JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

PARTE PRIMERA

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Capítulo I

Derecho Administrativo, función administrativa y régimen exorbitante[1].

1. Cometidos materiales, funciones jurídicas del Estado, Derecho Administrativo y Función Administrativa.

1.1 Funciones jurídicas del Estado. Criterios de conceptualización.

El Estado, para cumplir su fin de bien común, asume, históricamente, diversos cometidos a los que procura satisfacer mediante actos jurídicos y operaciones materiales. Y esa actividad la realiza a partir de poderes sujetos a regímenes jurídicos diversos, configuradores de las distintas funciones jurídicas: legislación, jurisdicción, administración (Sayagués Laso).

La actividad de los órganos del Estado está, por tal motivo, orientada, en su totalidad, a la satisfacción del bien común (causa final), pero encauzada y regulada por regímenes jurídicos distintos que dan forma a las tres funciones clásicas de aquél.

Por ello, antes de ahora hemos adherido, aunque no sin ciertos matices, al criterio propiciado entre nosotros por Gordillo, quien propone tomar en cuenta para la categorización de las funciones del Estado al régimen jurídico que las informa, lo cual significa, en nuestro concepto, aprehender, tal como en realidad surge del sistema positivo, elementos teleológicos, subjetivos u orgánicos, formales e, incluso, materiales. De acuerdo con esta idea no es válido tratar de explicar el derecho positivo desde pautas teóricas no recogidas por éste (Boquera Oliver).

Desde esta perspectiva, el régimen propio de cada función jurídica estatal responde a distintos criterios: *teleológicos* (en cuanto se refiere al modo de relación, inmediata o mediata, entre el poder atribuido y el fin de bien común procurado); *orgánicos* (según los datos políticos que determinan la conformación del órgano que actúa: representación popular; independencia; imparcialidad; subordinación jerárquica); *formales* (a tenor del procedimiento de actuación del órgano: deliberativo; contradictorio; mixto) y *materiales* (de acuerdo con la índole general o individual del acto que la traduce). Como se advierte, se trata de un criterio jurídico positivo mixto que no puede generar sino una conceptuación doctrinaria correlativamente también mixta.

[1] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira.

Así, por su función legislativa el Estado determina cómo se debe atender el bien común, pero no lo gestiona con inmediatez, ni prácticamente; mira, con ella, esencialmente, al futuro (Zanobini-Marienhoff); el órgano que la desarrolla debe, por su parte, reconocer como elementos tipificadores, en el Estado de Derecho Democrático y Republicano, su carácter representativo de la voluntad popular y el procedimiento deliberativo de actuación (Fiorini).

En nuestro ordenamiento el régimen propio de la función legislativa está previsto para la actividad que, cumplida por el Poder Legislativo (Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, de la Constitución Nacional) y expresada en el acto estatal "ley" (artículo 84 de la Constitución), sea ella general o particular, se desarrolla con arreglo al *procedimiento* fijado para la formación y sanción de las leyes (capítulo quinto de la sección citada). Es éste, como se advierte, un criterio *teleológico-subjetivo-formal* en tanto toma en cuenta el *fin*, el *sujeto* actuante y el *procedimiento* por éste observado.

Con la función jurisdiccional, por su lado, se atiende al bien común también de modo mediato, determinando, por medio de actos individuales, el derecho aplicable en los conflictos y evitando la autodefensa; y se lo hace por medio de órganos independientes de los legislativos y administrativos, e imparciales respecto de los intereses controvertidos en cada situación (Gordillo), que actúan con arreglo a los procedimientos legislativamente establecidos.

El régimen jurídico de la función jurisdiccional se aplica, en nuestro sistema, a la actividad que, realizada por los *órganos* integrantes del Poder Judicial (Segunda Parte, Título Primero, Sección Tercera de la Constitución Nacional) y traducida en el acto estatal "sentencia", reconoce, como *objeto,* la decisión individual de conflictos actuales o potenciales entre partes (artículo 116 de la Sección citada), mediante la observancia del *procedimiento* establecido para cada caso en orden a los intereses tutelados (artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional) Es, pues, un criterio *teleológico- subjetivo-material- formal.*

Mediante la función administrativa, el Estado satisface, por fin, el bien común con inmediatez, en forma directa, concretando los mandatos legislativos, judiciales o, en su caso, directamente constitucionales, a través de una estructura orgánica caracterizada por la relación de jerarquía, estricta o atenuada (tutela), que actúa con arreglo a un procedimiento dirigido a garantizar la legalidad y eficacia del accionar administrativo.

Respecto de la función administrativa, se puede afirmar que su régimen jurídico se impone, en nuestro ordenamiento, a la *mayor parte de la actividad cumplida por el Poder Ejecutivo* (Segunda Parte, Título Primero, Sección Segunda de la Constitución Nacional), y a la parte de la actividad de los otros Poderes que, en cada caso, no asuman condición legislativa o jurisdiccional con arreglo a la caracterización que de ellas se hizo.

Según este criterio, se considera función administrativa a toda la actividad realizada por la administración centralizada y descentralizada, cumplida por medio de procedimientos que garantizan formalmente la legalidad y eficacia del accionar de los órganos pertinentes, con exclusión de la que implica a los actos institucionales o de objeto privado. Se está, así, frente a un criterio *teleológico-subjetivo-residual*.

Cabe aclarar que la parte de la actividad del Poder Ejecutivo que, conforme con el criterio propiciado, no constituye función administrativa (exteriorizada en los actos *institucionales* y de *objeto privado*), se excluye de ella en el sentido de que su régimen no es, en su totalidad, de derecho administrativo, pero esa circunstancia no implica que

resulte, por tal motivo, marginada del mundo de la juridicidad constitucional en el caso de los actos institucionales, o administrativa y privada, en lo que ambas resulten pertinentes, en el supuesto de los actos de objeto privado.

No es, por cierto, posible remitir esos actos a la función legislativa o jurisdiccional (no son leyes, ni sentencias en el sentido antes expuesto); y, por otro lado no están sujetos a un régimen exclusivo de derecho administrativo. Unos traducen la vertiente institucional, en el caso desarrollada por el Poder Ejecutivo, de la función política o gubernamental del Estado[2]; otros, no dejan de implicar función administrativa, pero incidida, en parte, por el derecho privado (y, si se quiere, por eso, nominable como *impropia)*. Por razones de "alta política" o de "política de gestión", en un caso y en otro, el derecho administrativo, como derecho común de la Administración, no se aplica con exclusividad.

Así las cosas, y, si, por consiguiente, tal como ha quedado expuesto, las funciones jurídicas del Estado se definen, precisamente, por su régimen jurídico, es lógico concluir en que, al menos como derecho positivo, el Derecho Administrativo es el derecho de la función administrativa, o, lo que es lo mismo, el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan su ejercicio.

No obstante, y toda vez que, como ha señalado Gordillo, el conjunto de normas y principios que integran el régimen jurídico positivo llega a nuestro conocimiento y valoración a través de su estudio y análisis y que, por ende, nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, corresponde dar preferencia, en la definición, al concepto de derecho administrativo como rama de la ciencia jurídica, y hacer prevalecer, así, el aspecto cognoscitivo por sobre el meramente positivo.

Y en este sentido proponemos, pues, como definición del Derecho Administrativo la siguiente: rama de la ciencia del Derecho que tiene por objeto de estudio a las normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, al control judicial de ésta.

Coincidimos también con Gordillo en que en la función se incluyen todos los aspectos inherentes a ella: quién, cómo (formas), medios y límites (incluso judiciales).

Ahora bien, la característica central del régimen jurídico de la función administrativa y, en consecuencia, del derecho administrativo, es su *exorbitancia* a la cual nos referiremos más adelante. Una exorbitancia que, bien entendida, está alejada de construcciones autoritarias o insolidarias y que concibe al derecho administrativo como un instrumento equilibrado orientado no sólo a la debida protección de los intereses individuales, sino, también, a la adecuada preservación de las prerrogativas públicas.

1.2 La denominada actividad administrativa jurisdiccional

1.2.1 Introducción

[2] Una función de conducción o dirección superior del Estado, que, además de no estar fuera de la juridicidad constitucional, como decimos en el texto, no se agota en los actos institucionales, vinculados, como quería Marienhoff, con la organización y subsistencia de aquél, pues también se expresa, conceptualmente, en otros actos que el recordado maestro dio en llamar políticos o de gobierno, relacionados con finalidades superiores o trascendentes para el funcionamiento del Estado, pero, pese a ello, sujetos al régimen jurídico propio de los actos administrativos.

La legitimidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración pública es una temática singularmente debatida en el derecho público argentino (constitucional, administrativo, procesal).

Un sector importante de la doctrina rechazó siempre toda posibilidad de reconocer que el Poder Ejecutivo, o sus órganos dependientes, pudieran ejercer funciones propias de los jueces, invocando, a tal efecto, el texto del entonces artículo 95 de la Constitución Nacional (actual 109), a tenor del cual, como es sabido, el Poder Ejecutivo no puede, en ningún caso, ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Bullrich, inicialmente, y después Fiorini, Gordillo, Diez, Mata y Hutchinson, entre otros, han expuesto este criterio. En esta tesitura, el control judicial de la actividad administrativa pretendidamente jurisdiccional no es más que un supuesto, puro y simple, de control judicial de la *común* actividad administrativa.

La admisión del ejercicio de tal índole de funciones por parte de la Administración no ha estado, por su lado, exenta de matices.

En algún caso se pretendió trasladar el esquema de la justicia contencioso administrativa vigente en Francia y, sobre esa base, admitir el autojuzgamiento administrativo como manifestación de la función administrativa (Altamira). Jorge Tristán Bosch en su conocido estudio hizo, en su momento, un relevamiento de las opiniones orientadas en esas aguas.

En términos generales, sin embargo, la idea de las facultades jurisdiccionales de la Administración se sustentó en la categorización de la función jurisdiccional como una actividad estatal genéricamente comprensiva de dos especies: la administrativa, a cargo del poder administrador, y la judicial, titularizada por el Poder Judicial. Subyace en este modo de conceptuación criterios como el expresado en España por García Trevijano Fos: la jurisdicción es la potestad, genérica, de decidir conflictos entre partes con intereses contrapuestos.

En esa línea se presentaron diversas opiniones.

Bielsa, por ejemplo, limitó el reconocimiento de la jurisdicción administrativa a ciertos supuestos propios de la materia contencioso administrativa, es decir, al conflicto entre la Administración y el administrado (v. gr: fiscal, aduanera, universitaria, disciplinaria, además de la cumplida en la decisión de los recursos y reclamos administrativos), pero exigió, para su legitimidad, el control judicial amplio.

Marienhoff, por su parte, expresó un criterio más amplio en tanto admitió la configuración de actividad jurisdiccional administrativa no sólo en los casos contencioso administrativos, sino, también, en los supuestos de controversias entre administrados, derivando su legitimidad, en el primer caso, del control judicial por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, y, en el segundo, de la revisión, también judicial, a través del *recurso de apelación.*

Bosch, admitió, a su vez, la existencia de una unidad funcional jurisdiccional conformada, en una primera instancia, por el proceso en sede administrativa y continuada, en una segunda instancia, ante la Justicia cuyo control podría limitarse al propio de los recursos de apelación.

1.2.2 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación siempre admitió la existencia de cierta competencia jurisdiccional en las autoridades administrativas, con alcances variables a lo largo del tiempo. De algún modo, la génesis de ese reconocimiento está íntimamente vinculada a la habilitación del recurso extraordinario contra decisiones administrativas, tal como ocurrió, originalmente, en el año 1907, con el fallo de la Corte Suprema recaído en la causa "Albarracín"[3], pues esta habilitación supuso, tácitamente, como indicó De la Rúa, la admisión de la jurisdicción administrativa.

Es así como, en la causa "Parry"[4], la Corte expresó, a modo de síntesis de su posición sobre el tema, la admisibilidad de que ciertos tipos de negocios o infracciones fueran juzgados por funcionarios y con arreglo a formalidades especiales, en razón de los intereses públicos involucrados; y reiteró ese criterio en los autos "Etcheverry"[5], respecto de las paradigmáticas Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje Obligatorio, cuyo régimen consideró válido en razón, especialmente, del control judicial asegurado por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad sobre las decisiones de esos órganos.

En la sentencia dictada en los autos "López de Reyes"[6] –relativa a materia previsional decidida por el entonces Instituto Nacional de Previsión Social– la Corte ya planteó, sin embargo, la necesidad de que para reconocer validez a las funciones de tipo jurisdiccional asignadas a organismos administrativos, las decisiones de éstos debían quedar sujetas a control judicial suficiente; este concepto es medible, según el criterio del Alto Tribunal, de acuerdo con la naturaleza del derecho individual alegado, el carácter del organismo creado, la complejidad técnica de la materia sobre la que versa la función, la índole y magnitud de los intereses públicos comprometidos y el régimen y la organización administrativa establecida para garantizarlos.

Pautas que, en la especie, se consideraron cumplidas en razón del control judicial previsto en la legislación aplicable (relativo a la inaplicabilidad de la ley o de la doctrina legal) y habida cuenta, además, de que, según el Alto Tribunal, aun sin esa habilitación normativa los jueces podían, con sustento en potestades constitucionales propias, anular o revocar la decisión adoptada sobre los hechos controvertidos si ella fuera suficientemente irrazonable o se apoyara sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios o implicara denegación de la defensa en juicio.

Este caso es significativo porque en él se admite la validez de la restricción del control a los aspectos normativos del conflicto, con exclusión de los fácticos[7], en un

[3] CSJN, 28/09/1907, "Recurso extraordinario, deducido de hecho por don Ignacio Albarracín, Presidente de la Sociedad Protectora de Animales, en autos contra don Emilio Dubois, por infracción a la Ley Nº 2.786", Fallos: 107:263.
[4] CSJN, 31/08/1942, "Parry, Adolfo E.", Fallos: 193:408.
[5] CSJN, 14/12/1953, "Etcheverry, Raúl y otros c/ Grillo Hermanos", Fallos: 227:677.
[6] CSJN, 29/09/1959, "López de Reyes, María C. c/ Instituto Nacional de Previsión Social", Fallos: 244:548.
[7] No obstante, se destaca el voto de Boffi Boggero quien señaló que el examen de los hechos es esencial desde que su indebida fijación no puede subsanarse con una acertada selección de las normas jurídicas, pues sería equivocado el presupuesto del que se habría partido en el acto de juzgar.

criterio que no se rectifica posteriormente y que, de algún modo, se desprende de otros pronunciamientos incluso posteriores a "Fernández Arias"[8] (v. gr.: "Beneduce"[9]).

Fue, no obstante, en la causa "Fernández Arias" en la que la Corte definió con toda precisión los alcances que, en materia propia de conflictos entre particulares regidos por el Derecho privado, correspondía atribuir al reconocimiento de potestades jurisdiccionales a órganos administrativos –en el caso, las ya referidas Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje Obligatorio– en función del contenido asignable al control judicial suficiente.

En ese marco, la Corte resolvió que, en casos como el que juzgaba, *control judicial suficiente* implicaba: a) reconocimiento a los litigantes del derecho de recurrir ante los jueces ordinarios, b) negación a los tribunales administrativos de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y el derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en los que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose, voluntariamente, de la vía judicial. En la sentencia del Alto Tribunal queda, asimismo, expresamente dicho que la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en la inconstitucionalidad o arbitrariedad no satisface las exigencias referidas.

Esta posición de la Corte fue, posteriormente, extendida a supuestos en los que mediaba compromiso de derechos comunes fundamentales o aplicación de sanciones penales, como los registrados en materia de poder de policía local ("Cámara Gremial de Productores de Azúcar"[10]) o respecto de poderes administrativos represivos policiales ("Madala"[11]); aduaneros ("Schuster"[12]) o municipales ("Di Salvo"[13]; "Derna"[14]).

Otras situaciones caracterizadas por la índole pública de los intereses comprometidos ("Beneduce", citado), o la complejidad de la materia y la organización del Tribunal ("Ojeda"[15]) merecieron, en cambio, la aceptación de un control judicial más restringido.

1.2.3 La aparición de los entes reguladores de los servicios públicos y sus funciones jurisdiccionales. La respuesta jurisprudencial.

La sanción de los marcos regulatorios del Gas (Ley Nº 24.076) y de la Electricidad (Ley Nº 24.065), y el Decreto Nº 62/1990 en materia de telecomunicaciones, contemplan el sometimiento de ciertas controversias a la jurisdicción previa y obligatoria de los entes respectivos, situación que ha motivado importantes estudios doctrinarios, algunos de los cuales señalan la vinculación de tales disposiciones con la doctrina de la jurisdicción primaria administrativa norteamericana,

[8] CSJN, 19/09/1960, "Fernández Arias, Elena, y otros c/ Poggio, José suc.", Fallos: 247:646.
[9] CSJN, 18/12/1961, "Beneduce, Carmen Julia, y otras c/ Casa Auguste s/despido", Fallos: 251:472.
[10] CSJN, 1963, "Cámara Gremial de Productores de Azúcar", Fallos: 255:354.
[11] CSJN, 1983, "Madala, Adolfo Daniel", Fallos: 305:129.
[12] CSJN, 27/10/1987, "Casa Enrique Schuster S.A.I.C. c/ Administración Nacional de Aduanas, Fallos: 310:2159.
[13] CSJN, 24/03/1988, "Di Salvo, Octavio s/ hábeas corpus", Fallos: 311:334.
[14] CSJN, 06/11/1986, "Derna, Graciela Mabel", Fallos: 308:2133.
[15] CSJN, 27/11/1979, "Ojeda, Domingo Antonio", Fallos: 301:1103.

referencia ésta contenida ahora en el reciente fallo de la Corte dictado en la causa "Ángel Estrada"[16].

Por nuestra parte, tuvimos ocasión de expresar que más allá del alcance que se pretenda atribuir en nuestro ordenamiento a la nombrada doctrina americana, en los casos de los entes reguladores de los servicios públicos, la intervención previa y obligatoria que a ellos le asignan las normas de creación constituyen un supuesto de actividad jurisdiccional de la Administración pública, es decir, de aquella actividad que, conforme con la definición proporcionada por la Corte Suprema, corresponde, en el orden normal de las instituciones, a los jueces[17].

La Corte Suprema, en la causa "Litoral Gas"[18], después de recordar su doctrina tradicional en la materia y de denegar al ENARGAS las garantías formales de independencia y neutralidad necesarias para categorizarlo como tribunal administrativo (considerando 6º), le negó competencia para resolver respecto de un conflicto relativo a la venta y adquisición de las instalaciones de distribución de gas, por considerar que dicha competencia, al importar la necesidad de una determinación sobre el derecho de dominio de las partes involucradas en la causa, correspondía a la *jurisdicción judicial plena* (considerando 7º).

En fecha más reciente, en el citado pronunciamiento "Ángel Estrada", la Corte reitera y, en cierto modo, amplía su doctrina relativa a los requisitos que deben concurrir para la validez del ejercicio de funciones jurisdiccionales administrativas respecto de conflictos entre particulares, pues ahora se refiere, explícitamente, a la necesidad de una justificación razonable de los objetivos económico políticos que determinan la creación del órgano administrativo jurisdiccional, en orden a la restricción que él supone sobre la jurisdicción ordinaria (considerando 12º *in fine*), y consagra, además, al menos en el caso, un criterio más ajustado respecto de la especialidad como principio de interpretación de la competencia (considerando 16º, según lo apunta Bianchi).

La Corte sostiene que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos, con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a control judicial suficiente; los motivos que conducen a sustraer una materia de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar –expresa el Alto Tribunal– razonablemente justificados pues, de no ser así, se avanzaría indebidamente sobre las atribuciones que el Artículo 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial (considerando 14º).

Por eso, así como en "Litoral Gas", citado, se pudo considerar excluida de la competencia especial del ENARGAS la decisión relativa a un conflicto que involucraba la determinación de un derecho privado de las partes involucradas (el dominio sobre instalaciones de distribución de gas), por extensión de esa doctrina la Corte resuelve, ahora, negar competencia al ENRE para dirimir un reclamo de daños y perjuicios planteado por un usuario con fundamento en el derecho común (considerando 14º *in fine*).

Tal competencia no guarda coherencia, a juicio del Tribunal, con los fines tenidos en cuenta por el legislador para la creación del ente, pues, según señala la Corte,

---

[16] CSJN, 05/04/2005, "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resol. 71/96, Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-00219/96)", publicado en el Suplemento Especial de Derecho Administrativo de El Derecho, 18 de mayo de 2005, p. 17. Aunque la referencia es controvertida por Coviello.

[17] CSJN, 1963, "Cámara Gremial de Productores de Azúcar", Fallos: 255:354, citado.

[18] CSJN, 16/04/1998, "Litoral Gas S.A. c. Enargas – Resol. 29/94", Fallos: 321:776.

el reconocimiento de esa potestad no sería razonable de cara al objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para su creación (considerando 12º, del voto de la mayoría).

Esta idea parece expresarse con mayor precisión en el voto del Juez Belluscio, cuando apunta que el poder de policía atribuido al ente para regular y controlar la prestación del servicio público de distribución de energía, no sirve de fundamento para decidir un litigio entre particulares que debe resolverse, sustancialmente, por aplicación de normas de derecho común (considerando 12º).

Este criterio del Alto Tribunal se debe considerar referido –a nuestro modo de ver– exclusivamente, a la situación especial juzgada, dada, por un lado, por la existencia de un órgano administrativo al que le desconoce la calidad de tribunal administrativo, y, por otro, al hecho de que la competencia reclamada por éste, de índole jurisdiccional, no resultaba justificable en el marco de los fines propios del ente.

El pronunciamiento de la Corte deja, por eso, abierta la posibilidad de que un órgano administrativo, dotado de garantías de independencia e imparcialidad, pueda, válidamente, ser investido de facultades jurisdiccionales justificadas en el marco teleológico de su creación.

¿Cómo podría, entonces, sintetizarse la actual situación jurisprudencial en materia de funciones jurisdiccionales de la Administración pública?

1.2.4 La síntesis del criterio jurisprudencial en la actualidad

A nuestro juicio, sigue vigente el criterio de reconocer legitimidad al otorgamiento de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) otorgamiento de las funciones jurisdiccionales por ley formal;

b) justificación razonable del otorgamiento de las funciones;

c) garantías formales de independencia e imparcialidad para los integrantes del órgano administrativo;

d) control judicial suficiente, medido con arreglo a las siguientes pautas:

d.1) naturaleza del derecho individual invocado;

d.2) índole y magnitud de los intereses públicos comprometidos;

d.3) carácter de la organización administrativa establecida para garantizarlos; y

d.4) complejidad de la materia sobre la que verse la función.

En ese marco, y en relación con el control judicial es posible, entonces, precisar que él debería asumir los siguientes caracteres:

1. Los conflictos entre particulares relativos a sus derechos privados, o entre particulares y la Administración cuando están en juego derechos comunes fundamentales o la libertad, exigen control judicial pleno respecto de los hechos y del derecho controvertido.

2. Los conflictos entre particulares con la Administración, cuando no median derechos comunes fundamentales, o entre particulares pero regulados por el Derecho público, pueden experimentar una restricción del control acerca de los aspectos fácticos involucrados, sin perjuicio de la potestad constitucional de los jueces de revisarlos en caso de arbitrariedad, irrazonabilidad o violación del derecho de defensa.

1.2.5 Nuestra opinión. El artículo 42 de la Constitución Nacional como habilitante de una jurisdicción administrativa de base constitucional.

Hemos expuesto nuestra opinión sobre la cuestión de las facultades jurisdiccionales de la Administración antes de ahora. Es éste un asunto que no se puede resolver sino desde la teoría general de las funciones jurídicas del Estado, y –en ese plano– en el esquema de la Constitución histórica de 1853-60, siempre hemos pensado que no era posible aceptar la legitimidad de aquellas facultades si, con ello, se pretendía afirmar la existencia de una porción de la actividad administrativa sustraída al control pleno de la Justicia.

Sólo ciertos casos propios de la jurisdicción penal militar se podían admitir en el referido marco constitucional, a partir del entonces Artículo 67, inciso 23, que confería al Congreso la atribución de dictar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de los ejércitos.

La praxis jurisprudencial, sin embargo, como hemos intentado demostrar, evidenciaba otro criterio y la realidad era que había órganos administrativos investidos de atribuciones propias de los jueces, cuya actividad estaba sujeta a un control judicial variable en función de los parámetros ya indicados.

En la causa "Ángel Estrada" la Corte Suprema no innova, en este aspecto, más allá de lo que expresamos precedentemente (justificación razonable de la creación del órgano con competencia jurisdiccional y ajuste del principio de la especialidad), y deja abierta la posibilidad de crear órganos administrativos con funciones jurisdiccionales razonablemente justificadas, aunque sin hacer referencia alguna al Artículo 42 de la Constitución Nacional.

A nuestro juicio, esta previsión constitucional interpretada en su marco histórico y con la impronta técnica que deriva de la locución *conflictos*, permite considerar que habilita, y ¿por qué no? contiene un mandato al legislador referido a la instrumentación de medios de prevención y solución de conflictos no judiciales.

No parece lógico suponer que el mandato se refiere a medios judiciales de prevención y solución de conflictos, pues ellos ya estaban previstos en la Constitución; y, antes bien, parece razonable presumir que el constituyente, a la hora de incluir esa regulación, tuvo en cuenta el régimen legal entonces vigente, dado por la existencia de entes administrativos, que, carentes de las garantías de independencia e imparcialidad, poseían, sin embargo, facultades *materialmente* jurisdiccionales.

Siendo así, es, pues, no sólo posible, sino incluso necesario, pensar en la creación de un órgano administrativo con competencias jurisdiccionales, dotado de garantías formales de independencia e imparcialidad, superador de la frustración institucional derivada, inevitablemente, de la acumulación subjetiva de aquella competencia y las relativas al control y regulación, y a la vez, legítimamente investido de las facultades propias de un tribunal no judicial.

El conflicto requiere, como se desprende de diversos tratados internacionales relativos a derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recordados por Lagarde), que la determinación del derecho controvertido sea realizada por un tercero independiente e imparcial.

Adviértase, en ese sentido, que el artículo 42 no confunde las funciones en juego, porque contempla, separadamente, en primer lugar "los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos" y, seguidamente, los marcos regulatorios de los servicios públicos y la integración de los organismos de control (Salomoni).

El contexto histórico, el interés público comprometido en la prestación de todo servicio público, las exigencias jurídico políticas que nuestro sistema constitucional exige para cualquier solución de conflictos y la configuración ciertamente compleja de aquella categoría conceptual, dan, así, sustento al mandato contenido en la Constitución.

No intentamos valorar la conveniencia de crear un Tribunal Administrativo para la materia, pues excede el alcance de estre Curso. Sólo diremos, en ese sentido, que la prestación de los servicios públicos es una actividad que, por sus características, demanda, para su adecuado análisis y comprensión, una correcta perspectiva interdisciplinaria, lo cual hace de la materia una de aquellas caracterizada por la complejidad que exige la jurisprudencia, como dato para justificar la jurisdicción administrativa.

Por ahora, sólo procuramos demostrar que recién a partir de la reforma constitucional es posible aceptar la existencia de un Tribunal Administrativo con base constitucional expresa.

2. El Derecho Administrativo como régimen exorbitante y su contenido actual

Hemos dicho que la *exorbitancia* caracteriza a la función administrativa del Estado, siendo de señalar que el término *exorbitante* no puede ser entendido como indicativo de un régimen cuya definición deriva de un ámbito regulatorio residual, por oposición al principal o central constituido por el derecho privado.

En realidad, la *exorbitancia* del derecho administrativo deriva, hoy en día, de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías -en ambos casos tanto procesales como sustanciales- (Barra-Cassagne) y de su carácter de derecho común de la Administración Pública (García de Enterría y Fernández) ámbito, este último, excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado.

En ese esquema, y sin perjuicio de que nos referiremos a ellas a lo largo de este trabajo, se pueden enunciar como *prerrogativas sustanciales* propias de la Administración Pública las siguientes: creación unilateral y presunción de legitimidad de sus actos; ejecutoriedad de éstos; potestad de volver sobre ellos por razones de ilegitimidad o inoportunidad; régimen privilegiado de los contratos y bienes.

Asimismo, las *prerrogativas procesales* habitualmente reconocidas son: agotamiento de la instancia administrativa previa a la demanda judicial; plazos breves de caducidad para accionar judicialmente contra el Estado; mayor plazo para el cumplimiento de ciertas cargas procesales; incomparecencia personal de determinados funcionarios en el juicio contencioso administrativo; efectos declarativos de la

sentencia; régimen especial de ejecución de las sentencias que condenan al Estado a dar sumas de dinero; posibilidad de demandar la invalidez de sus actos.

Las *garantías sustanciales* del administrado son: el principio de juridicidad; la propiedad; la igualdad; la razonabilidad del actuar administrativo; el acceso a la Justicia; responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

A su vez, *las garantías procesales* son: el informalismo en favor del administrado (o, más propiamente, formalismo moderado a causa del carácter de colaborador que a éste corresponde reconocerle), un concepto amplio de legitimación y el debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo.

Se advierte, pues, que el Derecho Administrativo es una rama del Derecho singularmente política en el sentido de que está vinculada con el fenómeno del poder, motivo por el cual quienes lo cultivan desde cualquier ámbito tienen con éste un contacto inevitable.

Y el poder requiere tanto para su empleo como para su control, de equilibrio, de prudencia, de una ponderación que excluye toda deformación estatista o individualista.

Tanto desequilibrio existe en el avasallamiento del derecho individual consumado al amparo del supuesto interés público, como en el desconocimiento egoísta de los requerimientos solidarios de éste por parte de un interés individual desordenado.

En último término, como expresan Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, todos los problemas jurídico administrativos consisten en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se lo ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido.

Equilibrio que posee un sentido tuitivo de la libertad y, al mismo tiempo, significación como instrumento jurídicamente encauzador de la prerrogativa al servicio del interés público.

Porque no se nos escapa que, como señaló Prosper Weil, el Derecho Administrativo es, esencialmente, un arbitraje históricamente variable entre el poder y la libertad, una disciplina que aspira a ser instrumento de libertad y, a la vez, garantía de acción administrativa; en suma, un derecho de nacimiento y subsistencia milagrosa.

El régimen exorbitante que informa el ejercicio de la función administrativa, se integra, pues, actualmente, con prerrogativas y garantías igualmente valiosas.

Por tal razón, el administrativista debe responder a las exigencias de los sistemas jurídicos más evolucionados, los cuales, como apuntó Martín Retortillo, ofrecen mecanismos que aseguran la veta garantista y controladora sin mengua de la inaplazable actividad y de la inexcusable eficacia.

Así, es de esperar que los profesionales sean leales a la tradición del Derecho Administrativo de modo de contribuir al mantenimiento de una historia de dos siglos que, como ha afirmado con lograda expresión el ilustre profesor español Tomás Ramón Fernández, ha transformado en rutina el milagro al que se refería Weil.

Desde esta perspectiva, la eficiencia profesional del asesor del sector público no se identifica necesariamente con la desestimación de la pretensión privada; y, a su vez, la idoneidad del asesor particular no se asimila con la neutralización indiscriminada de la prerrogativa pública.

El interés público podrá, entonces, exigir la revocación de un acto o contrato por razones de ilegitimidad o de oportunidad, la rescisión de un acuerdo por culpa

imputable al contratista, el cese disciplinario de un empleado público o la imposición de una sanción de policía a un administrado. El asesor estatal deberá en esos casos controlar la legalidad de las decisiones observándolas con firmeza si son ilegítimas, en especial cuando ellas se conciban sin el respeto debido al derecho de defensa de los afectados.

Y, desde otro ángulo, el asesor privado deberá, a su vez, velar porque el interés al que sirve se encauce ética y jurídicamente sin obstruir la gestión justa del interés público, propiciando que el particular sea reconocido en sus relaciones con la Administración aun cuando actúe en defensa de sus derechos subjetivos, como un auténtico *colaborador* de aquélla según la fórmula propiciada por la doctrina y acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[19].

No se trata de grandes gestas. La prueba de fidelidad a la Justicia se presenta normalmente en las situaciones en apariencia pequeñas (pero siempre grandes ante los ojos de Dios, para quienes creemos en El, o frente a la propia conciencia).

Aquélla se rinde, en efecto, en el dictamen objetivo del asesor del Estado que tiene la fortaleza, más allá de todos los condicionamientos, para expresar lo que piensa y dar razón al administrado cuando considera que la tiene; en el asesoramiento privado, honesto y responsable, que, como exigía Ángel Ossorio del abogado, no pasa nunca sobre un estado de conciencia; en la sentencia ecuánime que define equitativamente el contenido del arbitraje en el que consiste el derecho administrativo.

El equilibrio en la valoración de las exigencias de la relación jurídico administrativa es, pues, una exigencia esencial para quien cultiva el derecho administrativo.

Es necesario, para ello, adherir a una visión servicial y no opresiva de la prerrogativa pública y a una concepción solidaria del derecho individual.

2.1. Sobre la filiación histórica del derecho administrativo argentino

Se debe tener en cuenta, en especial respecto de la perspectiva constitucional, que en la Argentina, mientras los lineamientos básicos de su estructura político institucional son de inspiración norteamericana y de ahí la influencia tradicional de la doctrina y jurisprudencia de ese origen en el Derecho Constitucional argentino, el Derecho Administrativo ha abrevado, en cambio, también tradicionalmente, en la doctrina francesa y española, sin perjuicio de los aportes tomados de la doctrina italiana y alemana. La influencia de la doctrina española ha sido muy marcada, en especial, a partir de la sanción, en 1972, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos inspirada en la ley española de 1958 (con las modificaciones de 1963).

Esa doble filiación -cuya compleja explicación excede el marco propio de este estudio- ha significado, como bien dice Revidatti, la génesis de un derecho administrativo típico, propio, singular, pues del derecho norteamericano, inspirado en el *rule of law,* hemos tomado el juzgamiento de la Administración por los tribunales del Poder Judicial (en las provincias, históricamente, por sus Tribunales Superiores y, en los últimos tiempos, por tribunales inferiores con competencia especial en lo contencioso administrativo; en la Nación, inicialmente por la justicia civil y comercial

[19] CSJN, 24/04/1986, "Durusse de Fernández", Fallos: 308:633.

federal y, en la actualidad, por la competente en lo contencioso administrativo); mientras que del derecho continental europeo, en especial francés y español, hemos adoptado la concepción exorbitante, con los alcances antes indicados.

A partir de 1989, con motivo del proceso de privatizaciones realizado durante la década de los años 90, y de la incorporación legislativa de algunas instituciones propias del derecho norteamericano (v.gr. las audiencias públicas), se actualizó una tendencia que ya se había exteriorizado con anterioridad, consistente en la adopción de criterios referenciales y de interpretación de ese origen.

Corresponderá a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, definir, de cara a la Constitución Nacional, los criterios fundamentales que se consideren válidos en la disciplina, tal como lo ha hecho, en general con justicia, a lo largo de la historia.

Por lo demás, ya existe en nuestro país un grado de evolución científica suficientemente consolidado como para que se pueda aspirar a una codificación, tanto en el ámbito nacional como en varias provincias, de gran parte de las instituciones fundamentales del derecho administrativo. Un desafío aún pendiente, que debería ser asumido para fortalecer la seguridad jurídica, y encararse, precisamente en razón de ese valor fundamental, en el marco de un acuerdo local- nacional dirigido a sentar las bases de una unificación legislativa que, sin afectar las singularidades reclamadas por las autonomías locales, responda, simultáneamente, a las exigencias impostergables de una básica uniformidad.

2.2 La significación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En la Argentina, como ocurrió en Francia en su momento con la actuación del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo han sido moldeadas, en el ámbito federal, por la construcción pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (aunque cabe recordar que en la Argentina la regulación del derecho administrativo corresponde a las provincias -y ahora a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- y a la Nación en sus respectivas jurisdicciones).

La génesis no se explica, por cierto, como el resultado de los criterios empleados para atribuir competencias jurisdiccionales respecto de la Administración Pública a la justicia ordinaria o a la jurisdicción administrativa, toda vez que nuestro país adscribe a una concepción estrictamente *judicialista* de la jurisdicción sea que ésta verse sobre materia administrativa, o no.

Sin embargo, y en tanto el Derecho Administrativo, tal como hoy lo conocemos, es, más allá de las circunstancias histórico políticas a las que aparece asociado su nacimiento, un modo de dar respuesta justa a la tensión entre el interés público y el interés privado -un arbitraje siempre discutible, al decir de Prosper Weil y de contenido históricamente variable- él se integró tempranamente al mundo jurídico argentino, incluso desde la visión preclara del codificador civil.

Nuestro Código Civil, en efecto, elaborado por el ilustre jurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield y que entrara en vigencia el 1º de enero de 1871, ya contenía en el artículo 2611 una cláusula que con independencia de la literalidad de su texto, circunscripta a las restricciones al dominio privado (“las restricciones impuestas al

dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo"), siempre pudo ser considerada, a mi juicio, como el lúcido reenvío genérico del derecho civil al derecho público en las materias propias de éste.

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA 19.549) vigente desde el año 1972- reformada en los años 1976 (por la ley 21686) y 2001 (por la ley 25344), inspirada, entre otras fuentes, en la ley española de procedimientos administrativos de 1958 (con las modificaciones introducidas en 1963), constituyó, en su momento, un importante factor de impulso para el desarrollo científico del Derecho Administrativo y para la *juridización* de la Administración Pública, aun cuando en este último aspecto la situación no ha escapado totalmente al fenómeno, ya denunciado por Ferrajoli, de la disociación entre la *idealidad* normativa y la *realidad* de los hechos.

El perfil de la disciplina fue, pues, configurado, en definitiva, antes e incluso después de la todavía inconclusa regulación positiva de sus instituciones, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nutriente permanente de la conformación de aspectos fundamentales del derecho administrativo. Y no sólo por aquello de que "el derecho no es sino lo que los jueces dicen que es" (bien que, como apuntó Llambías, los jueces no dicen sino lo que los doctrinarios del derecho han dicho primero), sino, además, porque en nuestro país los jueces en general, y la Corte en última instancia, tienen la posibilidad, a través del control de constitucionalidad, de superar las deformaciones estatistas o individualistas de las normas vigentes y de la doctrina y de remontar, así, al amparo de aquella potestad de control, el vuelo de las alturas constitucionales.

2.2.1 Una visión panorámica del Derecho Administrativo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Principios sentados en diversos fallos de la Corte dan sustento a la afirmación precedente. La valoración de aquéllos supone naturalmente una definición[20], como antes apuntamos; y ella responde a la idea de que el Derecho Administrativo es "algo más que un sistema de garantías jurídicas del particular pues es también el cauce para el mejor cumplimiento de los intereses colectivos" (Meilán Gil). Una definición, en fin, que procura superar las visiones *unidimensionales* asignadas, en ocasiones, al sentido *garantístico* del Derecho Administrativo, las cuales no parecen tomar en cuenta que él es, a la vez, "instrumento de liberalismo y garante de la acción administrativa" (Weil).

La exposición que sigue, resultado, entonces, del criterio indicado, es meramente ejemplificativa de los pronunciamientos del Alto Tribunal y se refiere sólo a algunas materias, escogidas sin ánimo de agotarlas y sin tener en cuenta el orden cronológico de las decisiones. He aquí, pues, la enunciación de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que merecen, a nuestro juicio, una valoración positiva en el marco axiológico delineado.

a) Sobre la caracterización del Derecho Administrativo

[20] La primera obligación del jurista es, como señala José Luis Meilán Gil, definirse frente al derecho.

-La categorización del Derecho Administrativo como *régimen exorbitante,* entendido como articulación armónica de prerrogativas estatales y garantías individuales[21] ;

b) Sobre el principio de legalidad y las fuentes

-la afirmación del principio de legalidad al expresar que es inherente al ejercicio de la actividad administrativa el desempeño de ésta conforme a la ley[22] y la caracterización de la vinculación de aquélla con ésta como *positiva*[23];

-la valoración de ese principio no sólo como un modo de excluir la indebida interferencia estatal en el ejercicio de los derechos individuales, sino, además, como deber de realizar prestaciones positivas de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio[24], y el encuadre, así, del accionar del Estado en el marco de una concepción social que reclama de éste el cumplimiento de su *deber natural* de asegurar la salud de sus habitantes;

-el requerimiento para admitir la validez de los decretos de necesidad y urgencia, de la configuración de una situación de *grave riesgo social*[25] o el peligro de la subsistencia misma de la organización social[26]; la profundización de esa exigencia al requerir que la necesidad invocada comprometa la "vida misma de la Nación"[27]; la inadmisión de esas normas en materia tributaria[28]; o la afirmación del control de constitucionalidad de las condiciones bajo las cuales se las emite y de la verificación de los presupuestos fácticos que las justificaría, descartando criterios de mera conveniencia[29];

-la aceptación ya antes de la reforma constitucional de 1994 de la prioridad de los tratados internacionales frente a la ley interna[30];

c) Sobre la teoría del acto administrativo

---

[21] CSJN, 26/10/1993, "Serra", Fallos: 316:2454, especialmente cons. 9º, asimismo, refiriéndose al régimen exorbitante, 28/06/1977, "Cima, María Cristina", Fallos: 298:172, especialmente cons. 7º.

[22] CSJN, 19/11/1992, "Naveiro de la Serna de López Helena María", Fallos: 315:2771, especialmente cons. 3º.

[23] CSJN, 26/10/1993, "Serra", Fallos: 316:2454, cit., cons. 14º.

[24] CSJN, 01/06/2000, "Asociación Benghalensis y otros", por adhesión al dictamen del Procurador General de la Nación (ver, punto X del dictamen, tercer párrafo, primera parte), Fallos: 323:1339, también publicada en ED, Suplemento Especial Derecho Administrativo, 30/11/2000.

[25] CSJN, 27/12/1990, "Peralta, Luis A. y otro", Fallos: 313:1513, cons. 24º.

[26] CSJN, 02/08/2000, "Risolía de Ocampo, María J. V., Rojas, Julio C. y otros", Fallos: 323:1934, cons. 6º y 7º.

[27] CSJN, 24/11/1998, "Della Blanca", Fallos: 321:3123, cons. 4º con comentario de Alberto Bianchi en ED.

[28] CSJN, 27/04/1993, "Video Cable Comunicación S.A.", Fallos: 316:766; 06/06/1995, "Video Club Dreams", Fallos: 318:1154, cons. 14º.

[29] CSJN, 19/08/1999, "Verrocchi", Fallos: 322:1726, cons. 9º.

[30] CSJN, 07/07/1992, "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492, cons. 17º y 18º; CSJN, 07/07/1993, "Fibraca Constructora S.C.A.", Fallos: 316:1669, cons. 3º; CSJN, 22/12/1993, "Hagelin", Fallos: 316:3219, cons. 7º.

-la adecuada precisión de los alcances de la presunción de legitimidad del acto administrativo, al resolver que ella no se puede siquiera constituir frente a supuestos de actos que adolecen de invalidez evidente y manifiesta[31] y excluir, en algún caso, el deber de obediencia del agente público destinatario cuando aquél aparece ostensiblemente desprovisto de fundamento[32];

-la afirmación del principio de legalidad en la teoría del acto administrativo, al interpretar con criterio de justicia los alcances de la potestad anulatoria de la Administración Pública, a la cual valora, de acuerdo con el texto de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, como un principio cuyas excepciones se deben interpretar restrictivamente[33], superando, así, las limitaciones de la construcción jurisprudencial anterior y las proyecciones excesivamente individualistas (Comadira) que se hubieran podido asignar a la letra de la norma[34];

-la afirmación de aquel principio al exigir que los componentes fácticos de la causa del acto (esto es, sus antecedentes de hecho) no sean sustraídos al conocimiento de los afectados por la decisión, y la descalificación de ceses de agentes públicos dictados con invocación de normas de *racionalización* administrativa, pero encubridoras, en realidad, de sanciones dictadas con omisión de los debidos procedimientos disciplinarios previos[35];

---

[31] CSJN, 07/10/1975, "Pustelnik, Carlos", Fallos: 293:133, cons. 2º.

[32] CSJN, 11/12/1980, "Barraco Aguirre, Rodolfo", Fallos: 302:1503 (especialmente considerando 7º).

[33] CSJN, 17/06/1980, "Movimiento Scout Argentino", especialmente considerando 6º, Fallos: 302:545; íd, 22/06/1982, "Rodríguez Blanco de Serrao", Fallos: 304:898, cons. 7º; íd, 16/02/1987, "Bodegas y Viñedos Giol", Fallos: 310:380, dictamen del Procurador, punto V; íd, 23/04/1991, "Furlotti", Fallos: 314:322, especialmente considerando 10º, entre otros.

[34] El Alto Tribunal, pudo, así, en la causa "Almagro" (CSJN, 17/02/1998, Fallos: 321:169, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 19/06/1998) extender la procedencia de la anulación en sede administrativa, prevista por la ley para el acto *regular* (es decir sólo para el anulable, de nulidad relativa) cuando el particular conociere el vicio (artículo 18, segundo párrafo, primera parte, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), al caso del acto *irregular* (esto es, el acto nulo, de nulidad absoluta) respecto del cual la norma no contempló, expresamente, esa posibilidad (artículo 17). Esta doctrina supera la contradicción axiológica que se desprende de la letra de la ley, la cual, literalmente interpretada, parece otorgar más estabilidad al acto *irregular* que al *regular*. Más recientemente la Corte reitera la doctrina "Almagro" en la causa "El Rincón de los Artistas", 30/09/2003, Fallos: 326:3700, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2003, en LL del 29/04/2004, pág. 3 con comentario de E. Mertehikian y analizado por nosotros en "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo" en Comadira, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo,* Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 665 y sigts.. De ambos pronunciamientos es posible desprender, por otra parte, que el conocimiento del vicio no implica, en el pensamiento de la Corte, contribución activa del administrado a su producción, sino, simplemente, saber de su existencia o, en todo caso, que dicho conocimiento le sea razonablemente exigible. El criterio del Alto Tribunal de considerar a la potestad anulatoria como principio y de someter, por tanto, a sus excepciones a interpretación restrictiva, le ha permitido precisar, asimismo, ante algunas dudas de la doctrina, que cuando la norma excluye de la anulación oficiosa a los actos que hayan generado *derechos subjetivos que se estén cumpliendo*, habilita, sin embargo, la anulación si los derechos derivados del acto no se hubieran comenzado a cumplir (CSJN, 22/09/1987, "Olivera", Fallos: 310:1870; y más cerca en el tiempo "Miragaya", 08/09/2003, Fallos: 326:3316, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2003 y analizado por nosotros en "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo" en Comadira, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo,* Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 665 y sigts.).

[35] Para la publicidad de la causa del acto respecto del afectado por éste, CSJN, 08/05/1984, "Oxley, Cesar O.", Fallos: 306:370, punto II, del dictamen del Procurador cuyos fundamentos la Corte comparte y hace suyos.; y en relación con causas irreales CSJN, 02/04/1985, "Arias", Fallos: 307:388.

-el encuadramiento de la teoría en un marco axiológico tuitivo de los derechos (uno de los propiciados por la doctrina) al resolver que, como regla, están sujetos a revisión judicial todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos[36];

d) Sobre la teoría del contrato administrativo

-la conceptualización del contrato administrativo como un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto es un fin público o propio de la Administración y/o contiene explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (Coviello), y el encuadramiento de los actos relacionados con los contratos en el marco normativo de las disposiciones generales previstas para aquéllos, habida cuenta la inexistencia, respecto de éstos, de una regulación específica propia;

-el sometimiento de los contratos categorizados como administrativos a los principios propios del derecho público y, consecuentemente, la admisibilidad en ellos de la *exceptio non adimpleti contractus* sólo si el contratista prueba que el incumplimiento de la Administración le genera la razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones asumidas[37];

-la aplicación del principio de legalidad en el ámbito de la contratación administrativa y el consecuente desplazamiento, en éste, de la vigencia plena de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y la declaración de oficio, con sustento en aquel principio, de la invalidez de un reglamento de contrataciones violatorio de la ley formal [38]; y, asimismo, la extensión del principio al siempre resbaladizo terreno de las contrataciones "reservadas" y exigir, respecto de éstas, que la autoridad administrativa dé debida cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales decide y observe, exclusivamente, los fines para los cuales fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, las de contratar [39];

-la inclusión de los contratos administrativos en el ámbito de vigencia del principio cardinal de la buena fe, como criterio para su celebración, interpretación y

[36] CSJN, 15/11/1983, "Cabrera, Carlos R.", Fallos: 305:1937, cons. 4º; 06/11/1986, "Derna, Graciela", Fallos: 308:2133, párr. 4º del dictamen del Procurador General de la Nación al cuál se adhirió la Corte; CSJN, 09/12/1993, "Nicosia, Alberto Oscar", Fallos: 316:2940, cons. 10. En la doctrina Agustín Gordillo ya había enseñado que una de las funciones de la teoría del acto es, precisamente, elaborar una noción útil para la protección de los derechos.

[37] CSJN, 02/03/1993, "Cinplast IAPSA", Fallos: 316:212 (especialmente considerandos 9º, 10, 11 y 12), conforme lo propiciaba en la doctrina argentina el profesor Miguel S. Marienhoff. Por mi parte, pienso con Escola que, en rigor, la *exceptio*, así concebida, queda desplazada por la teoría del *hecho de la administración*.

[38] CSJN, 22/12/1993, "Espacio S.A" Fallos: 316:3157, también publicado en ED 159-41, cons. 7º, con nota de David Halperín. En la causa "El Rincón de los Artistas", citada, la Corte recuerda esta doctrina y la aplica para considerar inválido un pliego de condiciones violatorio del régimen general de administración y disposición de bienes del Estado.

[39] CSJN, 17/02/1998, "S.A. Organización Coordinadora Argentina", Fallos: 321:174, publicado también en ED 177-749 con nuestro comentario.

ejecución, en tanto no existe motivo alguno para excluir al derecho público de aquel principio liminar[40];

-el rechazo de pretensiones de contratistas basadas en contratos nulos, incompatibles con la propia conducta contractual de aquéllos y con el grado de conocimiento que les es exigible en razón de la especialidad de su actividad[41];

-la interpretación de los contratos de concesión de servicios públicos con arreglo a criterios que preservan adecuadamente el interés público comprometido en ellos, al consignar que nada se debe tomar como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara, pues "la afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario[42];

-la jerarquización temprana del valor de las formas y de la garantía constitucional de igualdad en el procedimiento de selección del contratista del Estado, al declarar la nulidad absoluta y manifiesta de un contrato público celebrado en apartamiento de las condiciones generales previstas en el pliego respectivo[43], reiterada, en pronunciamientos más recientes, al rechazar acciones de daños y perjuicios basadas en contratos nulos, de nulidad absoluta e insanable, anudados en forma directa y en infracción a la norma que exige, como procedimiento previo, la licitación pública[44];

e) Sobre el procedimiento administrativo

-el acogimiento expreso de ciertos principios del procedimiento administrativo, como el de la verdad jurídica objetiva o verdad material[45]; la consideración del particular como colaborador[46]; el formalismo moderado o informalismo a favor del administrado[47] y en algunos casos[48] *el debido procedimiento previo*[49] y el *debido*

[40] Fallos: 305: 1011 y Fallos: 311:970, entre otros.
[41] CSJN, 17/11/1987, "Stamei S.R.L", Fallos: 310:2278, cons. 9º; 16/05/2000, "Cadipsa S.A", Fallos: 323:1146, cons. 8º.
[42] CSJN, 30/03/1993, "Vicente Robles S.A.", Fallos: 316:382 (especialmente considerando 14º "in fine" y sus citas).
[43] CSJN, 24/11/1937, "Empresa Constructora Schmidt S.A.", Fallos: 179:249, punto I, especialmente antepenúltimo párrafo.
[44] CSJN, 01/06/2000, "Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima", Fallos: 323:1515, cons. 8º; CSJN, 11/07/2000, "Servicios Empresariales Wallabies S.R.L.", Fallos: 323:1841, cons. 7º y 8º, CSJN, 05/12/2000, "Ingeniería Omega S.A.", Fallos: 323:3924, cons. 5º y 9º también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/03/2001.
[45] CSJN, 27/12/1988, "Resguardo cía. de Seguros S.A.", Fallos: 311:2821, punto V, segundo párrafo, del dictamen del Procurador General al cual se adhirió la Corte; CSJN, 07/12/2001, "Chubut, Pcia. de", Fallos: 324:4199, cons. 6º y 10, también publicado en El Derecho, Serie Especial de Derecho Administrativo, 30/09/2002.
[46] CSJN, 26/12/1978, "Galian", Fallos: 300:1292, cons. 5º; 24/04/1986, "Durusse de Fernández", Fallos: 308:633, cons. 5º.
[47] CSJN, 13/08/1992, "Leyes", Fallos: 315:1604, cons. 4º; CSJN, 17/11/1992, "Lewkowicz", Fallos 315:2762, cons. 4º.
[48]Conforme lo enseñara el profesor Bartolomé A. Fiorini, procede distinguir entre el *debido procedimiento previo a todo acto administrativo* como dato inherente al Estado de Derecho y el *debido proceso adjetivo* en tanto especie de aquél destinado a garantizar el derecho de defensa del administrado, cuando es objeto de una pretensión de reproche.
[49] CSJN, 17/06/1980, "Movimiento Scout Argentino", Fallos: 302:545, cons. 5º; CSJN, 17/11/1987, "Stamei S.R.L", Fallos: 310:2278, cons. 6º; CSJN, 21/05/2002, "Adidas Argentina", Fallos: 325:1038, punto IX del dictamen del Procurador al cual la Corte se adhirió, también publicada en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/06/2002.

proceso adjetivo[50] siendo de destacar, en este último aspecto, un pronunciamiento en el cual se afirmó, categóricamente, que "la garantía de defensa no es exclusiva de una rama particular del derecho, sino un principio aplicable también a los supuestos en los que la administración impone sanciones como las de autos"[51];

-la equilibrada concepción del principio que considera al administrado como colaborador de la Administración Pública, en tanto imputa a la falta de colaboración la decisión, en contra de aquél, de las situaciones dudosas que se puedan presentar en la relación administrativa[52];

f) Sobre la responsabilidad del Estado

-el empleo de la teoría del órgano como criterio para atribuir conductas al Estado, porque permite conceptuar a la responsabilidad de éste como directa y superar, de ese modo, las limitaciones que imponía considerar a los agentes no como órganos sino como dependientes[53]; valoración, ésta, que, de todos modos, ya había significado en su momento un importante progreso en el marco de la legislación civil entonces vigente[54];

-la admisión de la responsabilidad del Estado tanto por su actividad ilegítima[55] como legítima[56], construida sobre bases que más allá del casuismo habilitan a ensayar, a partir de los presupuestos valorados por el alto Tribunal, criterios de sistematización en general justos habida cuenta la inexistencia de legislación positiva expresa sobre el punto.

g) Sobre el acceso a la justicia y el control judicial de la Administración Pública.

-el principio sentado por vía de adhesión al dictamen del Procurador General, respecto de la justiciabilidad del Estado y la posibilidad presumida de acudir a la sede judicial planteando la ilegitimidad del obrar administrativo, salvo ley expresa en contrario y sin perjuicio de la posible inconstitucionalidad de ésta[57];

---

[50] CSJN, 13/08/1998, "Cedale", Fallos: 321:1970, especialmente cons. 12 y 13.
[51] CSJN, 2/09/1976, "Ferrer Deheza" Fallos: 295: 726, considerando 3º.
[52] CSJN, 30/03/1993, "Vicente Robles S.A.", Fallos: 316:382, cons. 12.
[53] CSJN, 18/12/1984, "Vadell", Fallos: 306:2030, cons. 6º.
[54] CSJN, 22/09/1933, "Devoto", Fallos: 169:111, especialmente considerandos 5º, 6º y 7º; CSJN, 03/10/1938, "Ferrocarril Oeste", Fallos: 182:5, especialmente considerandos 7º a 9º. El artículo 43 del Código civil establecía, en aquel momento, que no era posible ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos en beneficio de ellas.
[55] CSJN, 22/09/1933, "Devoto", Fallos: 169:111; CSJN, 3/10/1938, "Ferrocarril Oeste", Fallos: 182:5; CSJN, 18/12/1984, "Vadell", Fallos: 306:2030.
[56] CSJN, 18/03/1938, "Graty", Fallos: 180:107; CSJN, 26/02/1943, "Laplacette", Fallos: 195:66; CSJN, 22/12/1975, "Los Pinos", Fallos: 293:617; CSJN, 25/08/1988, "Carvallosa", Fallos: 311:1668; CSJN, 19/09/1989, "Tejedurías Magallanes", Fallos: 312:956; CSJN, 21/12/1989, "Cadesa", Fallos: 312:343; CSJN, 8/09/1992, "García", Fallos: 315:1892; CSJN, 19/05/1992 "Columbia", Fallos: 315:1026; CSJN, 13/10/1994 "Román", Fallos: 317:1232; CSJN, 15/08/1995, "Revestek", Fallos: 318:1531; CSJN, 13/03/1997, "Galanti", Fallos: 310:2824.
[57] CSJN, 6/11/1986 "Derna", Fallos: 308:2133, y dictamen del Procurador General Doctor Juan Octavio Gauna.

-el encuadre incluso más amplio de esa idea al requerir, en la exégesis de la Constitución, atender al sentido profundo de ésta con especial empeño y proporcionada rigurosidad, cuando se trate de deslindar espacios de no justiciabilidad, toda vez que éstos configuran excepciones a la regla del control judicial[58];

-la extensión a la acción declarativa, de la amplia legitimación reconocida por el artículo 43 de la Constitución (según la reforma de 1994) para la deducción del *amparo colectivo* contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general[59];

-el control oficioso[60] (ahora previsto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos después de su última reforma por la ley 25344) de los presupuestos de admisibilidad de la demanda importa un activismo judicial acorde con las exigencias que plantea la supremacía constitucional y el interés público comprometido en las prerrogativas procesales del Estado;

-la reiterada declaración de validez constitucional de los plazos de caducidad para demandar al Estado[61], hace mérito de la incuestionable necesidad de estabilidad y certeza de las relaciones jurídico administrativas que los justifica[62];

-la inaplicabilidad del plazo de caducidad cuando media silencio de la Administración, en tanto un rigor formal de esa índole importaría premiar la actitud negligente de la Administración y hacer jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituida en su favor[63];

-la instrumentación de la protección cautelar contencioso administrativa, incluso a través de medidas cautelares positivas, con arreglo a las exigencias axiológicas que impone la actuación del Estado en el litigio pues, pese a que ella ha sido construida, en la jurisdicción federal, sobre la base de textos procesales civiles, conjuga, en general, adecuadamente la verosimilitud del derecho[64] y el peligro en la demora[65], exigibles

---

[58] CSJN, 9/12/1993, "Nicosia", Fallos: 316:2940.

[59] CSJN, 22/04/1997, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA), Fallos: 320:690, cons. 5º.

[60] CSJN, 04/02/1999, "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María", Fallos: 322:74, especialmente cons. 6º a 10; 31/03/1999, "Tajes, Raúl Eduardo", Fallos: 322:555, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert (considerando 6º) y voto del juez Vázquez (considerandos 6º y 7º).

[61] En doctrina Mairal ha sostenido que más allá de su inconveniencia y foránea inspiración, el plazo general previsto por el artículo 25 no es angustioso, por lo que la reglamentación del derecho no equivale, aquí, a eliminación.

[62] CSJN, 5/04/1995, "Gypobras", Fallos: 318:441 y sus citas (especialmente considerandos 7º al 10).

[63] CSJN, 4/11/1993, "Colegio de Bioquímicos del Chaco", Fallos: 316:2477, considerando. 8º; CSJN, 7/04/1992, "Chacofi", Fallos: 315:656, considerando 6º. Cabe consignar, no obstante, que ambos pronunciamientos son anteriores a la reforma de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos introducida por la ley 25344, en virtud de la cual el plazo de caducidad también se aplica cuando media silencio administrativo frente al reclamo previo interpuesto por el particular en los términos del artículo 31 de la ley referida.

[64] Si bien el Alto Tribunal ha sostenido que, por vía de principio, las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos en atención a la presunción de validez de éstos, admite, sin embargo, la configuración de la verosimilitud del derecho como presupuesto de procedencia, no sólo cuando concurre la existencia de un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o de una violación legal patente (CSJN, 05/04/1991, "Foetra", cons. 5º, Fallos: 307:2267; CSJN, 8/10/1991 "Astilleros Alianza", Fallos: 314:1202, especialmente considerando 5° y 6º, entre otros) sino, también, cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles (CSJN, 21/12/2000, "Aguas de Formosa", Fallos: 323:4122, considerando 6º; íd, 18/07/2002, "Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina",

como presupuestos de procedencia de la cautela en el ámbito privado, con las consecuencias de la presunción de legitimidad y de la *ejecutoriedad* propias del acto administrativo, sin dejar de incorporar, además, la ineludible consideración del interés público[66];

h) Sobre el alcance del control judicial

-el adecuado control de la actividad administrativa discrecional[67] en tanto la somete a los límites derivados de los principios generales del derecho y, en particular, de la legalidad y razonabilidad[68];

-la negación a un Ente Regulador de servicios públicos de la condición de Tribunal Administrativo, con fundamento en la carencia, de éste, de garantías formales de neutralidad e independencia[69];

i) Sobre la restricción de los derechos

-La limitación del denominado poder de policía de emergencia -reconocido como potestad de reglamentar los derechos individuales con una intensidad superior a la propia del poder de policía ordinario- a la postergación en el tiempo del ejercicio de éstos (decidida por ley declarativa de la emergencia) y, por consiguiente, la exclusión de la posibilidad de que él se invoque para alterarlos, esto es, para modificarlos en su esencia o extinguirlos[70];

---

considerando .5º, publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/07/2002) o invocando simplemente la *ilegalidad* o *arbitrariedad* (CSJN, 25/02/1992, "Recurso de Hecho de la Asociación del Personal Superior de Segba", Fallos:315:96, considerando 4º).

[65] El criticable criterio de la irreparabilidad del perjuicio ha estado, por cierto, presente, en los fallos de la Corte para vincular a él la exigencia del peligro en la demora (v.gr: CSJN, 28/11/1985, "Arizu", Fallos:307:2267, considerando 2º *in fine*; CSJN, "Astilleros Alianza", citada, considerando 7º, segundo párrafo, voto de los jueces Petrachi, Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, entre otros fallos); pero no faltan, sin embargo, pronunciamientos en los que se ha señalado la necesidad de juzgar ese requisito "de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros" ("Asociación de Bancos", considerando 8º, citada en nota anterior).

[66] CSJN, 28/11/1985, "Arizu", Fallos: 307:2267, citada, considerando 2º; CSJN, 8/10/1991, *in fine*; "Astilleros Alianza S.A", Fallos: 314:1202, citada, considerando 7º, segundo párrafo *in fine*, del voto ya citado en la nota anterior de los jueces Petrachi, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano).

[67] CSJN, 23/06/1992, "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", Fallos 315:1361, especialmente cons. 7º a 10.

[68] CSJN, 25/11/1997, "Solá, Roberto", Fallos: 320:2509, especialmente cons. 10 a 15.

[69] CSJN, 16/04/1998, "Litoral Gas S.A.", Fallos 321:776, cons. 6º.

[70] CSJN, 28/04/1922, "Ercolano", Fallos 136:131, especialmente cons. 12º; CSJN, 21/08/1922, "Horta, José", Fallos 136:59, especialmente cons. 10º y 14º; CSJN, 7/12/1934, "Avico", Fallos: 172:21, especialmente considerando 12; CSJN, 1/09/1944, "Inchauspe Hnos., Pedro", Fallos: 199:483, especialmente cons. 5º, 6º y 7º; CSJN, 22/06/1960, "Cine Callao", Fallos 247:121, cons. VII a XV; CSJN, 7/12/1967, "Empresa Mate Larangeira Mendes S.A.", Fallos: 269:393, especialmente cons. III a VI, entre muchos otros, y más cercano en el tiempo, CSJN, 01/02/2002, "Smith, Carlos", Fallos: 325:28, especialmente cons. 9 a 15 (aun cuando respecto de este éste último pronunciamiento, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 1570/01 y sus normas modificatorias y reglamentarias, que dispusieron restricciones a la libre disponibilidad de los depósitos bancarios es, en rigor, muy discutible la real configuración de un supuesto de alteración de la *sustancia* del derecho, al menos en el propio marco histórico conceptual de la jurisprudencia del Alto Tribunal) y "San Luis, Pcia

j) Sobre el alcance de las restricciones legales a la ejecución de las sentencias condenatorias del Estado

-la justa restricción de los alcances literales de la legislación que impuso los efectos declarativos de las sentencias condenatorias del Estado, al establecer que una norma de esa índole no significa una autorización para el incumplimiento de las sentencias y no impide, por tanto, la intimación a aquél para que fije un plazo razonable de ejecución, pues su sentido radica en evitar que la Administración Pública se pueda ver colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no satisfacer el requerimiento por carencia de fondos presupuestarios, o perturbada en su marcha normal[71].

k) Sobre las potestades del Juez en el proceso respecto de la validez de las normas o actos

-la aceptación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes[72] y la razonable previsibilidad de que por aplicación de argumentos similares a los que

---

de ", considerandos 23 y 24, 5/03/2003, Fallos: 326:417. Es destacable, en la línea jurisprudencial que descalifica la pretensión de alterar la sustancia de los derechos al amparo de normas de emergencia, la sentencia recaída en la causa "Iachemet" (CSJN, 29/04/1993, Fallos: 316:779). En este pronunciamiento se consideró inconstitucional la aplicación a la actora, una anciana de 91 años, del procedimiento previsto en la ley 23982 –de consolidación de deudas- para el pago de las sumas correspondientes al haber de pensión que le había sido reconocido judicialmente. El tribunal consideró que, en el caso, el sometimiento de la señora Iachemet a aquel procedimiento, importaba no una simple restricción temporal al principio constitucional de la cosa juzgada, sino un desconocimiento sustancial del derecho en ésta comprometido, pues, sostuvo, resultaba virtualmente imposible, que, conforme con el desenvolvimiento natural de los hechos, aquélla llegara a percibir la totalidad del crédito que le fuera reconocido judicialmente.

[71] CSJN, 7/09/1966, "Pietranera, Josefa y otros", Fallos 265:291 (especialmente considerando 5º). Es ilustrativo señalar que en la causa "Giovagnoli" (CSJN, 16/09/1999, Fallos: 322:2132), en la cual la Corte desestimó la aplicación al caso del artículo 19 de la ley 24624 -que, en síntesis, determina la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución del presupuesto del sector público- el Alto Tribunal invocó como uno de los fundamentos de su pronunciamiento la doctrina sentada, precisamente, en "Pietranera". Después de puntualizar que la sanción de aquella norma tuvo por objeto imponer pautas racionales en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, evitando el desvío de fondos presupuestarios y los transtornos consiguientes que ello puede producir en la economía del referido sector, dejó sentada la necesidad de interpretar aquella cláusula en armonía con los principios y garantías constitucionales consagrados por nuestra Ley Fundamental y con el resto del ordenamiento, toda vez que, expresó, la aplicación mecánica y generalizada del citado artículo 19, sin consideración a lo previsto en otras disposiciones, conduciría a la frustración de los derechos de los particulares.

[72] CSJN, 27/09/2001, "Mill de Pereyra", Fallos: 324:3219, con comentario nuestro en coautoría con

determinaron esa admisión, se acepte, en el futuro, la declaración de oficio de la nulidad absoluta de los actos administrativos;

El futuro

Más allá de los aportes jurisprudenciales enunciados existen cuestiones de diversa índole con respuestas judiciales oscilantes o decididamente orientadas en un sentido, a nuestro modo de ver, cuestionable.

No nos referimos exclusiva ni preponderantemente a la aceptación del uso desviado de instituciones constitucionales como *el estado de sitio,* resultante de la autoinhibición judicial de exigir una motivación suficiente de la decisión presidencial de privar de la libertad a una persona durante la vigencia de aquel *estado*[73]; o a la admisión del abuso de los *decretos de necesidad y urgencia* validados sin la debida acreditación de un grave riesgo social [74], entre otras cuestiones que podríamos llamar *institucionales*. Estamos pensando también en algunas cuestiones que por su vinculación con la teoría del acto administrativo sería dable denominar como *técnicas,* sin perjuicio de su indudable proyección en el encauzamiento del debido accionar del Estado. Tenemos en cuenta, en ese sentido, entre otras, las siguientes situaciones:

a) la siempre recurrente *teoría de la subsanación* que permite sanear en sede judicial la indefensión en sede administrativa[75], con el desconocimiento que ello implica de la significación del debido proceso adjetivo en esta última sede y, además, la indebida transformación de un caso de nulidad absoluta e insanable en una situación convalidable;

b) la legitimación de ceses de agentes estatales con sustento en genéricas e indemostradas razones de servicio, con violación manifiesta de la garantía de la estabilidad *propia* consagrada por la Constitución[76];

c) la aceptación de que se integre la motivación del acto administrativo con posterioridad a su dictado, y la burla que ello implica respecto del sentido protector que aquélla posee para el interés público y el interés privado[77], sin terminar de comprender que, en materia de discrecionalidad, la falta de motivación es, por sí sola, índice de arbitrariedad manifiesta (Fernández);

d) la admisión de que el dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, considerados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos como un

---

Fabián Omar Canda, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/2001.

[73]CSJN, 03/12/1985, "Granada Jorge", Fallos: 307:2284, especialmente cons. 10; como contraposición cabe destacar el excelente voto del juez Belluscio, en disidencia, especialmente considerados 9º a 12.

[74]CSJN, 17/12/1997, "Rodríguez, Jorge", Fallos: 320:2851, con comentario de Fabián Omar Canda, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 13/04/1998.

[75] CSJN, 05/03/1969, "Universidad Bartolomé Mitre", Fallos: 273:134, cons. 16º; CSJN, 24/02/1987, "César Antonio Karam", Fallos: 310:360, considerando 4º. Cabe señalar que este lamentable criterio, se aplica también para purgar deficiencias procesales graves en el tránsito de las diferentes instancias administrativas. Así, por ejemplo, la omisión del dictamen jurídico previo es salvable si él se dicta en el trámite del recurso de reconsideración (CSJN, 12/02/1987, "Soñes", Fallos: 310:172, considerando 7º) o, en su caso, en el correspondiente al recurso jerárquico (CSJN, 25/10/1979, "Duperial", Fallos: 301:953, considerando 6º).

[76] CSJN, 01/10/1985, "Girardini de Brovelli, Marta S.", Fallos: 307:1858, cons. 5º; CSJN, 07/07/1988, "Piaggio de Valero, María E.", Fallos: 311:1206, especialmente considerando 4º, segundo párrafo.

[77] CSJN, 24/09/1991, "Molinas, Ricardo", .Fallos: 314:1091, cons. 15º.

requisito esencial del acto cuando éste afecte derechos subjetivos o intereses legítimos, se pueda emitir con posterioridad al dictado de aquél[78], con los efectos nocivos que esa posibilidad genera respecto de la significación del control de legalidad que implica la intervención previa del abogado del Estado y la ilegítima mutación de un supuesto legal de nulidad absoluta en simple nulidad relativa;

e) el reconocimiento de la existencia de *actos administrativos jurisdiccionales* sujetos a un control judicial variable[79], y no siempre pleno[80], de sus decisiones, sin que concurra a ese efecto autorización constitucional específica y en infracción a la genérica prohibición contenida, antes de la reforma de 1994 en el artículo 95 y, ahora, en el 109 de la Constitución Nacional;

Desde otra perspectiva ¿no sería hora, ya, de reformar la ley para exigir expresamente que el dictamen jurídico previo se produzca también cuando está en juego la hacienda pública, aunque no se afecten derechos ni intereses privados?[81];

¿No debería el Alto Tribunal rectificar explícitamente el criterio de *libre elección* del contratista del Estado, como regla de selección a aplicar en ausencia de previsión expresa, desprendido de antiguos pronunciamientos[82] y consagrar, expresamente, el principio de selección pública y reglada derivado de la Constitución y de los Tratados Internacionales?

Es, por otra parte, esperable que el Alto Tribunal supere las restricciones que ha impuesto a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo[83], a quien se la ha negado por el hecho de no ser titular de la relación jurídica sustancial o por la actuación, en el proceso[84], del afectado o de una asociación, con desnaturalización del texto constitucional[85]; como lo es también que al pronunciarse respecto de la procedencia, o no, de la revisión judicial de las ternas vinculantes de candidatos a jueces elaboradas por el Consejo de la Magistratura, confirme los criterios de diversos tribunales inferiores que revelan la tendencia a la revisión[86].

---

[78] CSJN, 25/10/1979, "Duperial", Fallos 301:953, considerando 6º; CSJN, 12/02/1987, "Soñes", Fallos: 310:272, considerando 6º.

[79] CSJN, 19/09/1960 "Fernández Arias", Fallos 247:646, especialmente considerando 14.

[80] CSJN, 08/08/1978, "Ojeda", Fallos 301:1103, cons. 7º y 8º.

[81] Del fallo de la Corte Suprema recaído en la causa "Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.", (30/09/1976, Fallos: 295:1017), se desprende una visión unidimensional de la función de las formas en el derecho administrativo, pues parece limitar, con arreglo a la letra de la norma, la exigibilidad del dictamen jurídico previo contemplado por el artículo 7º, inciso d), de la LPA al caso en el que el acto afecte derechos subjetivos e intereses legítimos (considerando 4º, último párrafo). La PTN, en el dictamen emitido el 23/01/2001, Dictámenes 236:91, también publicado en ED serie especial de derecho administrativo del 31 de mayo de 2001, sostuvo, en cambio, con criterio ciertamente ponderable, que el requisito del dictamen jurídico previo es insoslayable cuando el acto afecte la hacienda pública y destacó, además, que esa exigencia jerarquiza la tarea de los abogados del Estado y refuerza la garantía formal de legalidad de las decisiones de la Administración (punto II.6).

[82] CSJN, 24/04/1979, "Meridiano, S.C.A", Fallos: 301:292, cons. 9º, fallo éste que contiene otros importantes principios de Derecho Administrativo como lo ha destacado Cassagne en una nota, en la cual, respecto del tema en cuestión, comparte el criterio del Alto Tribunal.

[83] El artículo 86 de la Constitución, según la reforma de 1994, reconoce al Defensor del Pueblo legitimación procesal y le fija como misión "la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

[84]CSJN, 21/12/2000 "Defensor del Pueblo de la Nación", Fallos: 323:4098.

[85] Según lo destaca María Jeanneret de Pérez Cortés.

[86] Por ejemplo:CNCAF, Sala IV, 27/03/2002, "Mattera" (medida cautelar), especialmente considerando VI, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 29/04/2002; Sala I, 20/11/2003, "Mattera",

El presente punto no pretende agotar, en modo alguno, las materias tratables ni la enunciación de los fallos significativos respecto de cada una de ellas; sólo aspira a presentar al lector una visión muy general, por cierto, de algunos de los pronunciamientos más importantes de la Corte Suprema de Justicia acerca de temas relevantes para el estudio del derecho administrativo. Con la esperanza además de que el recuerdo o, en su caso, el conocimiento generados por la lectura del trabajo sea útil para quienes deben abordar el derecho administrativo, como estudiantes, profesores, investigadores, jueces o profesionales.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Aguilar Valdéz, Oscar, Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración -con especial referencia al Ente Regulador del Gas y de la Energía Eléctrica-, en Anuario del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Austral, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, N° 1, p. 215.
2. Barra, Rodolfo C., Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1980.
3. Bianchi, Alberto B., ¿Qué son los entes reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico), ED 186-675.
4. Bianchi, Alberto B., Reflexiones sobre el caso Ángel Estrada y sus efectos en la jurisdicción arbitral, en el Suplemento Especial de Derecho Administrativo de El Derecho, 18 de mayo de 2005, p. 10.
5. Bianchi, Alberto B., Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictados antes de la reforma constitucional, ED 181-982, nota al caso "Della Blanca".
6. Bielsa, Rafael, Cuestiones de Jurisdicción, Bs.As., 1956.
7. Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, t.I, Bs.As., 1955.
8. Boquera Oliver, José María, Derecho Administrativo, Volumen I, Madrid, 1977.
9. Bosch, Jorge Tristán, Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, La Ley, 84-182.
10. Bosch, Jorge Tristán, ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?, Buenos Aires, Ed. Víctor de Zavalía, 1951.
11. Bullrich, Rodolfo, Principios generales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1942.
12. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
13. Cassagne, Juan C., Principios del Derecho Administrativo en un fallo de la Corte, ED 83-444.
14. Canda, Fabián O., Aeropuertos: un fallo con turbulencias (Intervención de superintendencia, legitimación procesal y control de los decretos de necesidad y

especialmente considerando 4º del voto del juez Coviello, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2003; Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA), 28/09/1999, "Guridi", ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 29/08/2000; íd, 27/12/2002, "Zarlenga, Marcelo", ED, Suplemento Especial deDerecho Administrativo, 28/03/2003 (comentado por Laura Monti en JA 2003-II-536); Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10/08/2001, "Araldi"; íd, "Spisso", ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 27/03/2002; Suprema Corte de Justicia de la provincia de Tierra del Fuego, 26/04/2002, "Maiztegui".

urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/1998.
15. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., Control de constitucionalidad de oficio de las normas. Un análisis del caso Mill de Pereyra, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/2001.
16. Comadira, Julio R., Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudio., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
17. Comadira, Julio R., La anulación de oficio del acto administrativo, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, segunda edición, 1998.
18. Comadira, Julio R., Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado, en "Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público", Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, 2005, p. 31.
19. Comadira, Julio R., Procedimiento Administrativo y Denuncia de Ilegitimidad, Buenos Aires, 1996.
20. Coviello, Pedro J. J., ¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso "Ángel Estrada"), en el Suplemento Especial de Derecho Administrativo de El Derecho, 29 de abril de 2005, p. 11.
21. De la Rúa, Fernando, Jurisdicción y administración, Buenos Aires, Lerner, 1979.
22. Diez, Manuel, Derecho Administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, segunda edición, 1974.
23. Fernández, Tomás-Ramón, Arbitrariedad y Discrecionalidad, Madrid, 1991.
24. Ferrajoli, Luigi, El Estado constitucional de Derecho hoy, el modelo y su divergencia con la realidad, en Corrupción y Estado de Derecho (El papel de la jurisdicción), obra colectiva, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
25. Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, segunda edición actualizada.
26. Fiorini, Bartolomé, Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la Administración Pública, revista JUS nº 6, La Plata.
27. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1997, 8va. Edición.
28. García Trevijano Fos, José, Principios Jurídicos de la Organización Administrativa, Madrid, 1957.
29. Gordillo, Agustín, Introducción al Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1966.
30. Gordillo, Agustín, Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa, en "Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público", Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, 2005, p. 955.
31. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. 1, 5ª. Edición, Buenos Aires, 1998.
32. Gordillo, Agustín, Tribunales Administrativos, Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, Nº 41.
33. Guastavino, Elías P., Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, Lex, Buenos Aires, 1987.
34. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, t.II, Buenos Aires, 1988.

35. María Jeanneret de Pérez Cortés. en "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones", LL. 2003-B-sec.doctrina.
36. Lagarde, Fernando M., Mecanismo de solución de controversias en el ámbito de la coparticipación federal de impuestos: análisis de la función jurisdiccional de la Comisión Federal de Impuestos, Revista RAP, Buenos Aires, 2004, N° 315.
37. Llambías, Jorge J, Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, décimo sexta edición, 1995 (cita del Chief Justice Hughes).
38. Mairal, Hector, A, Control Judicial de la Administracion Publica, Buenos Aires, 1984.
39. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, T. I., Buenos Aires, 1990.
40. Mata, Ismael, Panorama del control sobre los entes reguladores, EDA, 2000-619.
41. Meilán Gil, José Luis, El proceso de la definición del derecho administrativo, en Administración Pública en Perspectiva, Edición Universidad Da Coruña, Universidad de Santiago de Compostela y Escuela Galega de Administración Pública, La Coruña, 1996.
42. Ossorio, Ángel, El Alma de la Toga, Buenos Aires, 1986.
43. Retortillo, Lorenzo Martín, Nota preliminar al libro Derecho Administrativo de Propser Weil, citado.
44. Revidatti, Gustavo A., Derecho Administrativo, Tº1, Buenos Aires, 1984.
45. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tº1, octava edición; Tº2, séptima edición, Montevideo, 2002.
46. Tawil, Guido S., Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, Depalma, Buenos Aires, 1993.
47. Weil, Prosper, Derecho Administrativo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.
48. Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, 5ª ed., 1955, t. III.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo II

Fuentes del Derecho Administrativo. Relaciones del Derecho Administrativo con otras ramas del derecho[1].

1. La Constitución

Todo el accionar del Estado halla su fundamento jurídico primario y su límite en la Constitución Nacional y en el sistema de juridicidad que de ella se deriva, el cual incluye, como se verá más adelante, desde los principios generales del derecho hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad.

Como ha dicho Fiorini, del mismo modo que la voluntad de los individuos en las relaciones particulares es fuente creadora de los actos jurídicos, en el Estado la Constitución establece la fuente creadora de todo el ordenamiento jurídico.

Lo anterior es sin perjuicio, claro está, de reconocer, por nuestra parte, la existencia de un derecho natural superior y anterior al derecho positivo.

La Constitución y sus principios inspiradores tienen primacía, pues, por sobre cualquier otra norma nacional o provincial (artículo 31 de la Constitución), y corresponde asegurar su vigencia tanto al Poder Judicial, incluso de oficio en las causas sometidas a su jurisdicción, como al propio Poder Ejecutivo en ejercicio de su función administrativa.

En lo que aquí interesa corresponde puntualizar, respecto del significado de la Constitución, las siguientes circunstancias:

a) En ella encuentra reconocimiento implícito la personalidad jurídica del Estado.

En efecto, al disponer el artículo 35 que el Gobierno y territorio de las Provincias llevarán, indistintamente, el nombre que en él se consigna, reconoce, implícitamente, que el Estado aludido posee personalidad (Gordillo-Cassagne) en tanto el nombre es, precisamente, un atributo de ésta (Llambías-Borda).

Y la Segunda Parte en la cual se regula bajo el título "Autoridades de la Nación", la actividad de los órganos esenciales de ésta, importa, asimismo, igual modo de reconocimiento, toda vez que éstos se muestran, así, como componentes del sujeto de derecho *Nación* (Gordillo).

b) En la Constitución se definen las formas de Estado y de gobierno adoptadas.

La forma de Estado deriva de las relaciones que se consagren entre el poder y el territorio como elementos constitutivos del Estado; la forma de gobierno, por su lado, responde al *quien* del ejercicio del poder (Bidegain-Gelli).

Pues bien, el artículo 1º de la Constitución determina que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según ella lo

[1] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira, con excepción del punto 7, que corresponde al Capítulo II, punto 37 del Volumen I del Compendio de Derecho Administrativo del Dr. Héctor Jorge Escola.

establece. Más allá de la mezcla de conceptos que, desde una perspectiva actual, implica la expresión "forma de gobierno" tal como es empleada por la Constitución, es posible afirmar que las formas de Estado y de Gobierno acogidas en ésta son el federalismo y la república representativa, respectivamente.

Los rasgos generales del régimen federal adoptado y las relaciones que él genera entre la Nación y las Provincias los exponemos en el capítulo VI al cual remitimos.

Sólo cabe, aquí, recordar que en virtud de lo dispuesto por los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional, las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Carta Fundamental al Gobierno Federal, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, circunstancias de las cuales resulta que, en nuestro país, el Derecho Administrativo es, esencialmente, un derecho *local*, en el sentido de provincial, sin que ello implique que la Nación carezca, por su parte, de las potestades necesarias para cumplir, en su ámbito, con los fines asignados por la Constitución.

Por eso, existen materias en las cuales por principio serán competentes para legislar las Provincias (v.gr.: todo lo atinente al procedimiento administrativo provincial); otras en las que la facultad legislativa concierne a la Nación (por ejemplo, legislar sobre el transporte público, cuando éste trasponga los límites provinciales o nacionales) y, por último, cuestiones en las que, en sus pertinentes esferas, son competentes la Nación y las Provincias.

En lo que se refiere a la forma de gobierno adoptada, esto es, la república, ella se define como un sistema político de división y control del poder y reconoce como notas que la caracterizan a la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley (Gelli). La república es, además, representativa de acuerdo con el principio consagrado por el artículo 22 de la Constitución, sin perjuicio de la morigeración que, respecto de esa nota, resulta de las formas de democracia semidirecta incorporadas por la reforma de 1994.

c) Se disciplina la actividad de los tres poderes del Estado y del Ministerio Público.

En la Segunda Parte, bajo el título "Autoridades de la Nación", se regulan, en el Título Primero (Gobierno Federal), las funciones y potestades del Poder Legislativo, incluyendo, en su ámbito, a la Auditoría General de la Nación y al Defensor del Pueblo (Sección Primera, artículos 44/86); del Poder Ejecutivo, comprendiendo el régimen del Jefe de Gabinete y demás Ministros (Sección Segunda, artículos 87/107) y del Poder Judicial, en cuyo ámbito se ubica al Consejo de la Magistratura (Sección Tercera, artículos 108/119). La Sección Cuarta, por último, incorpora al Ministerio Público, fuera de la tríada tradicional (artículo 120).

d) Se sientan las bases del régimen jurídico exorbitante propio del Derecho Administrativo.

Las potestades estatales que integran el contenido exorbitante del derecho administrativo, enunciadas antes, hallan en la Constitución Nacional su fundamento expreso, implícito o inherente mientras que, por su lado, los derechos y garantías correlativas de aquéllas resultan de los pertinentes textos constitucionales (artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28 y 33 de la Constitución Nacional) y de los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos, que las consagran de modo explícito o innominado e, incluso, inherentes (artículo 75, inciso 22, de la Constitución; asimismo

argumento del artículo 29, inciso c, de la Convención Americana de Derechos Humanos).

2. Los tratados

Los tratados han sido incorporados -con distintas categorías y bajo diversos regímenes jurídicos- en el marco de la reforma operada en 1994 (conf. art. 75, incs. 22, 23 y 24)[2].

Gregorio Badeni destaca la existencia de cinco categorías de tratados internacionales, cada una de ellas sujeta a un régimen constitucional diferente:

a) Los previstos en el art. 75 inc. 22, 1° párrafo, que no versan sobre derechos humanos ni son documentos de integración, y tienen jerarquía superior a las leyes;

b) Las declaraciones, pactos y convenciones que menciona el 2° párrafo del inciso citado (tratados que reconocen y protegen los llamados derechos humanos). Tienen jerarquía constitucional limitada, disfrutan de un rango superior respecto de las leyes, de los tratados de integración y de los citados en el punto anterior;

c) Los del último párrafo del inc. 22, aprobados, en el futuro, por el Congreso y que regulan derechos humanos, los cuales, a su vez, pueden subdividirse en:

c.1.) los aprobados por el Congreso con una mayoría especial (2/3 partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara), que tendrán jerarquía constitucional limitada y se hallarán en igual situación que los mencionados en b)[3];

c.2.) los que, regulando derechos humanos, sean aprobados por el Congreso, aunque sin las mayorías mencionadas en el punto anterior. Carecerán de la jerarquía constitucional limitada y estarán en un plano de igualdad con los citados en a) y de inferioridad respecto de los del punto c.1.);

d) Los previstos en el inc. 24, 1ra parte del segundo párrafo, (tratados de integración con países latinoamericanos)[4], por los que se delegan competencias y

[2] Art. 75, inc. 22: Corresponde al Congreso: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional."
Por su parte, en el art. 75, inc. 23, se hace especial referencia a los tratados internacionales sobre los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

[3] Actualmente existen dos: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por la ley 24456) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (aprobada por la ley 24584).

jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad que, de acuerdo con el nuevo texto constitucional, tienen jerarquía superior a las leyes[5];

e) los citados en el inc. 24, 2da parte del segundo párrafo (convenios de integración con otros Estados, no latinoamericanos), que tampoco tienen jerarquía constitucional limitada, aunque sí superior a las leyes.

Se ha dicho que en los dos últimos casos (d y e), las normas que dicten las organizaciones supraestatales respectivas tienen jerarquía superior a las leyes, dado que, al delegárseles competencias y jurisdicción, pueden modificar alguna norma del ordenamiento jurídico interno (Dromi y Menem).

3. La ley

Consideraremos, en este acápite, como "ley" al acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo con el procedimiento previsto para la formación y sanción de las leyes.

Es importante considerar, en relación con la fuente estudiada, el sistema de prelación de leyes, tema que ha sido abordado, principalmente, por la doctrina civilista, a la luz de principios generales aplicables a nuestra rama de estudio.

Así, se ha señalado que la ley posterior deroga tácitamente a la anterior, si la incompatibilidad de ésta con aquélla es absoluta, pues "basándose tal derogación en una interpretación de la omisa voluntad legislativa expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales para que el intérprete deba atenerse a esa complementación" (Llambías).

Otro problema se presenta respecto de la vinculación entre la ley general y la especial. En efecto, no se duda de que la segunda deroga tácitamente a la general en cuanto a la materia comprendida en el nuevo régimen y, a la inversa, "se entiende que la ley general no deroga a la ley especial, salvo que aparezca clara la voluntad derogatoria por el objeto o espíritu del nuevo ordenamiento" (Llambías).

Un tema particularmente interesante, relacionado ya con la vinculación de la ley con otra de las fuentes que estudiaremos, los reglamentos, es el que determina qué leyes son reglamentables, esto es, cuándo puede el Poder Ejecutivo ejercer la potestad reglamentaria, por medio del dictado de reglamentos de ejecución, que le acuerda el art. 99, inc. 2°, de la Constitución.

---

[4] Art. 75 inc. 24: Corresponde al Congreso: "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.
La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.
La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara."

[5] En el inc. 22 del art. 75 también se asigna esta jerarquía -superior a las leyes- a los tratados y concordatos con la Santa Sede.

En algún caso la prohibición de reglamentación está contemplada en la propia Constitución, como sucede, por ejemplo, con las leyes convenio que sobre la base de acuerdos entre la Nación y las Provincias instituyen regímenes de coparticipación impositiva (artículo 75, inciso 2, cuarto párrafo "in fine", de la Constitución Nacional).

Con independencia de ese supuesto, cabe puntualizar, siguiendo a Cassagne, que sólo pueden reglamentarse aquellas leyes cuya aplicación corresponde al Poder Ejecutivo, y agrega que "las normas de derecho privado son aplicadas directamente por los particulares, correspondiendo su aplicación en caso de controversia a los tribunales federales, nacionales o provinciales; en consecuencia, el Poder Ejecutivo carece de competencia para reglamentar las disposiciones del Código Civil o Comercial, con excepción de los aspectos donde su aplicación le ha sido encomendada (inscripciones de operaciones inmobiliarias o de actos registrables en general, etc.)".

4. Los reglamentos

En la LNPA, bajo la genérica denominación de "actos administrativos de alcance general", se engloba a los reglamentos (actos de alcance general normativos) y a los llamados actos de alcance general no normativos.

En los siguientes acápites nos referiremos a los reglamentos, dejando, para más adelante, la distinción entre ambas especies de actos administrativos de alcance general.

4.1 Clasificación de los reglamentos según su vinculación con las normas constitucionales

Dentro del género "reglamentos", se comprenden como especies, en primer lugar, aquellos emanados del Poder Ejecutivo Nacional (aunque también deben considerarse dentro del concepto genérico de "reglamentos" los actos de alcance general emanados del Jefe de Gabinete ´decisiones administrativas´, de los ministros ´resoluciones´, o de los órganos jerarcas de los entes descentralizados).

Entre ellos, corresponde distinguir los de ejecución o ejecutivos, los autónomos, también llamados independientes o constitucionales, los delegados -también llamados habilitados o de integración-, y los de necesidad y urgencia.

4.1.1 Los reglamentos de ejecución o ejecutivos

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución son "los que dicta la Administración, en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador"

(Marienhoff). Se hallan actualmente regulados en el art. 99, inc. 2°, de la Constitución Nacional[6].

Para el dictado de esta clase de reglamentos el Poder Ejecutivo no necesita, en el sistema constitucional, de la habilitación legislativa pues su emisión constituye una atribución propia de él. Son, por eso, irrelevantes las cláusulas legales que contienen esa autorización y, por lo mismo, ilegítimas las que pretenden otorgar la potestad reglamentaria a otros órganos o entes administrativos, sin perjuicio de la facultad presidencial de delegar sus atribuciones reglamentarias –con arreglo a los criterios admisibles en la materia- y siempre que tal atribución se considere delegable, como lo ha hecho la Procuración del Tesoro de la Nación.

La propia Constitución fija el límite específico de estos reglamentos, al determinar que ellos no pueden alterar el espíritu de la ley reglamentada con excepciones reglamentarias, lo cual no obsta para que, como ha interpretado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puedan sí contener apartamientos literales que no comprometan la sustancia de la ley[7].

La derogación de una ley reglamentada no genera la automática pérdida de vigencia de su reglamento ejecutivo; más aún, éste se podría llegar a emplear para tornar aplicable la nueva ley, operando, así, con ultraactividad, cuando sus disposiciones no resulten incompatibles con ésta[8].

La omisión reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo puede ser controlada judicialmente y originar, incluso, un mandato judicial en ese sentido porque la discrecionalidad se torna, en este caso, arbitrariedad cuando la inercia administrativa conduce a enervar la aplicación de la ley y, con ello, a desconocer el mandato del legislador.

4.1.2. Los denominados reglamentos autónomos, independientes o constitucionales

En el marco de la doctrina que acepta la existencia de la denominada zona de reserva de la Administración, los reglamentos autónomos serían las normas generales que ésta dicta en el ámbito de materias correspondientes a aquella zona. En su dictado, la Administración no aplica una ley, sino que directamente interpreta y aplica la Constitución. Por extensión, podría incluirse entre los reglamentos autónomos, aquellos dictados por el Poder Ejecutivo sobre materias no reguladas por la ley, siempre que se trate del ejercicio de facultades que no invadan la zona de reserva de ésta (Cassagne).

Ejemplos de estos reglamentos serían el régimen disciplinario del agente estatal, el sistema de recursos administrativos, la creación, en principio, de entidades descentralizadas.

Según Fiorini, "los denominados reglamentos autónomos, no son tan autónomos, puesto que se sustentan en el poder de organización que la Constitución reconoce a cada uno de los poderes estatales. Antes de definirlos como expresiones de la competencia

[6] Art. 99 inc. 2°: El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: "Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

[7] CSJN, 12/09/1995, "Barrose, Luis A.", Fallos 318:1707; 19/05/1999, "AADI-CAPIF, Asoc. Civil", Fallos: 322:775, entre muchos otros.

[8] CSJN, 1978, "Radio Suipacha S.A.", Fallos: 300:271.

interna de la Administración, deberá destacarse que son inherentes y provienen de la organización y funcionamiento de cada poder. Trátase de reglamentaciones que ordenan su vida interior y tienen relación con sus agentes, sus actos, sus relaciones interorgánicas". A ellos se refieren los arts. 99 inc. 1º[9] y 100 inc. 2º de la C.N.[10].

En el marco de los artículos 14 y 19 de la Constitución y a la luz, además, de la prohibición que, como regla, imponen al ejercicio de funciones legislativas por el Poder Ejecutivo los artículos 76 y 99, inciso 3, de la Constitución después de su reforma en 1994, no es fácil aceptar la constitucionalidad de estos reglamentos cuando con ellos se pretenda incidir en la esfera de los derechos individuales.

4.1.3. Los reglamentos delegados

Corresponde entender por reglamentos delegados, habilitados o de integración a los actos de alcance general normativo dictados por el Poder Ejecutivo o, eventualmente, por otro órgano de la Administración Pública, sobre materias propias de la competencia del Congreso, con base en la autorización previamente acordada por éste mediante una ley formal.

Una aclaración previa corresponde formular. A nuestro juicio el elemento esencial para la determinación del concepto de delegación legislativa y, consiguientemente, de reglamento delegado, es la existencia, o no, de la transferencia del ejercicio de la competencia legislativa, sea ella total, lisa, llana o incondicionada, sea, en cambio, limitada o circunscripta por límites de diverso alcance.

Si hay, entonces, transferencia del ejercicio de la competencia legislativa, aun cuando ella se encuadre en el marco de una política legislativa previamente fijada por el propio legislador -de acuerdo con la terminología empleada por nuestra Corte- o de directrices o contenidos determinados por la ley -como prescribe la Constitución italiana[11]- o, en suma, en cualquier otra pauta restrictiva cualitativa o temporal- existe, pues, delegación, sin que corresponda distinguir dentro del concepto, por ejemplo, entre sus especies *propia* e *impropia* según ella se instrumente sin o con límites, respectivamente (Bidart Campos).

La delegación es una sola (Segovia) y su resultado también; en todo caso se podrá diferenciar entre su alcance amplio e incondicionado o bien limitado y acotado. Esta aclaración conceptual es importante, como luego se verá, a la hora de establecer el sentido de la delegación regulada por el artículo 76 de la Constitución Nacional.

Para considerar la cuestión nos referiremos, en primer lugar, a los reglamentos delegados antes de la reforma constitucional de 1994 tomando en cuenta, especialmente, a ese fin, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en segundo término, consideraremos la situación posterior a ésta generada por el artículo 76.

---

[9] Art. 99 inc. 1: El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: "1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país."

[10] Por el que se atribuye al Jefe de Gabinete competencia para expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera.

[11] Constitución Italiana, art. 76

4.1.3.1 Los reglamentos delegados antes de la reforma constitucional de 1994. Tres signos distintivos de la praxis jurisprudencial

El tratamiento de los reglamentos delegados antes de la reforma constitucional de 1994, es decir, en el marco de la Constitución histórica de 1853-1860, estuvo signada, en la praxis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por tres elementos fundamentales:

a) una alta dosis de insinceridad jurídica en el encuadre otorgado por el Alto Tribunal de la Nación, a través de sus diversos pronunciamientos sobre el tema, a la realidad legislativa y reglamentaria que en estos debió juzgar, constituida, en rigor, por auténticas, propias y verdaderas delegaciones en el sentido que antes indicamos;

b) una consecuente resistencia a llamar las cosas -las delegaciones que debía juzgar- por su nombre -resistencia *semántica* diría Gelli- y, a partir de esa resistencia, el empleo de eufemismos (delegación *impropia*) dirigidos a encubrir la realidad que con sus fallos legitimaba; y

c) finalmente, la articulación de una construcción conceptual confusa y gravemente apartada de nuestro régimen constitucional, pero, a nuestro juicio, funcional a la actitud insincera y eufemística indicada, al identificar el poder reglamentario del Congreso con el propio y específico del Poder Ejecutivo y derivar, a su vez, de esa identificación, la categorización histórica de los reglamentos delegados como una especie de los reglamentos ejecutivos.

La base de esos tres datos se hallan ya presentes, sin duda, en el conocido caso "Delfino" resuelto por la Corte en el año 1927[12], y se repiten, en lo sustancial, a lo largo de los años en diversos fallos.

Las deficiencias del enfoque realizado por la Corte respecto de la situación configurada en el caso "Delfino", no impidieron, sin embargo, que, en otras situaciones como sucedió por ejemplo en la causa "Mouviel"[13], pusiera en evidencia la realidad de la delegación consumada con los edictos policiales creadores de infracciones y sanciones y corriera, así, el velo de la aparente habilitación reglamentaria con la cual habían sido legitimados al amparo del antiguo artículo 86, inciso 2, de la Constitución Nacional.

Escapa al objeto de este comentario enunciar y más aun analizar los diversos fallos en los cuales la Corte abordó el tema en estudio; remitimos para ello al clásico y erudito estudio sobre la cuestión realizado por Alberto Bianchi.

Procede, no obstante, puntualizar que es en el caso “Cocchia”, juzgado en el mes de diciembre del año 1993, donde la línea conceptual que se inicia con “Delfino” parece adquirir –sin perjuicio de ciertos matices terminológicos- su mayor elaboración[14].

En esta sentencia, quizás la última sobre el tema antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte debió decidir sobre la constitucionalidad del decreto 817/92, que había suspendido la vigencia de diversos convenios colectivos, fijado nuevas pautas para el régimen laboral de la actividad de los actores, derogado todo acto

[12] CSJN, 20/06/1927, “A.M. Delfino y Cia.”, Fallos: 148:430.
[13] CSJN, 17/05/1957, “Raul O. Mouviel y otros”, Fallos: 237:636.
[14] CSJN, 02/12/1993, “Cocchia, Jorge c/Estado Nacional”, Fallos: 316:2624.

normativo opuesto a éstas y convocado a las partes a la negociación y firma de un nuevo convenio con arreglo a ciertas limitaciones.

En sus considerandos el referido decreto había invocado, entre otras, las leyes 23696 -de reforma del Estado-, 23697 -de emergencia económica-, el decreto de necesidad y urgencia 2284/91 -de desregulación- y había hecho mérito, asimismo, del proceso de transformación encarado en aquel entonces por el Poder Legislativo, para lo cual, afirma, éste facultó al Poder Ejecutivo a adoptar decisiones dirigidas a materializar las pautas fijadas, entre ellas las que surgen del Tratado de Asunción -base del Mercosur- respecto de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países signatarios.

La Corte halla, pues, en especial en el Tratado de Asunción y en las leyes 23696 y 24093 -esta última posterior al decreto 817/92, pero, a su juicio, tácitamente ratificatoria de él- un sistema jurídico, un "bloque de legalidad" definidor, a su juicio, de una clara política legislativa acorde con la Constitución respecto de la cual el decreto referido no sería más que uno de los instrumentos cuya implementación el legislador confió en el Poder Ejecutivo.

A partir de esa conceptuación el Tribunal aborda la determinación de la naturaleza del decreto 817/92, para lo cual ensaya una clasificación de los posibles reglamentos dictables por el Poder Ejecutivo.

Descarta, así, los "delegados" por considerar improcedente en nuestro sistema la admisión de la delegación legislativa; pero reconoce los "autónomos" con fundamento en el entonces artículo 86, inciso 1, de la Constitución Nacional; los que denomina de "emergencia" originados en el presupuesto constitucional de la subsistencia misma del sistema y, finalmente, los de "ejecución" necesarios cuando las leyes requieren de alguna actividad del Poder Ejecutivo para su vigencia efectiva.

En estos últimos se trata, en definitiva, según la Corte, de normas de procedimiento requeridas para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración Pública; por eso los denomina reglamentos de ejecución *adjetivos.*

Existirían, además, otros reglamentos de ejecución: serían aquellos en los que el legislador define la materia que quiere regular, la estructura y sistematiza pero remite su aplicación concreta al juicio de oportunidad temporal o conveniencia de contenido del poder administrador. Estos reglamentos también estarían previstos en el antiguo artículo 86, inciso 2, de la Constitución Nacional (actualmente 99, inciso 2º); empero no son *adjetivos* sino *sustantivos*, en tanto no fijan un procedimiento para la aplicación de la ley, sino que por mandato del legislador regulan la aplicación de ésta en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos.

El decreto 817/92 se encuadraría en esta última categoría, por cuanto por su intermedio el Poder Ejecutivo ejecutó, con arreglo a sus propios criterios de oportunidad, una política de transformación contenida en el *bloque de legalidad* que le sirve de fundamento.

La construcción no deja de inspirarse en la vieja idea de concebir a la delegación como una especie de la ejecución ("Delfino") y de encuadrar, por tanto, la situación en el ámbito del anterior texto del artículo 86, inciso 2, de la Constitución, aunque invoca -justo es destacarlo- la concurrente facultad legislativa que derivaría del entonces artículo 67, inciso 28, de la Constitución Nacional (en la actualidad 75, inciso 32).

Con independencia del vicio tradicional que el voto de la mayoría del Tribunal reitera al insistir en la categorización de la delegación como una mera habilitación reglamentaria, la sentencia agrava dicho vicio porque en el caso juzgado viene a legitimar un supuesto en el cual una de las normas principalmente habilitante -la ley 23696, de reforma del Estado- había facultado al Poder Ejecutivo -especialmente a través del artículo 10- para modificar o dejar sin efecto normas de rango legal, admitiendo, de ese modo, la *deslegalización* de materias y no sólo el otorgamiento de una potestad reglamentaria amplia.

Así, se llega a la reforma constitucional de 1994: negando, en general, formalmente, la procedencia de la delegación, pero admitiéndola, de hecho, bajo la denominación eufemística de *delegación impropia*.

Nos atrevemos, por eso, a sostener que, más allá del tratamiento terminológico otorgado por la Corte a los llamados reglamentos delegados, éstos configuraban, en realidad, actos reveladores de verdaderas y propias delegaciones en el sentido indicado precedentemente.

4.1.3.2 La reforma constitucional de 1994

El artículo 76 de la Constitución Nacional, consigna, como principio, la prohibición de la delegación legislativa, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. El mismo artículo prescribe, en su segundo párrafo, que la caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

La fijación como regla, de la improcedencia de la delegación legislativa, es coherente con el sentido de la prohibición contenida en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución, a tenor de cuyo párrafo segundo el Poder Ejecutivo no puede en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Esa coherencia es importante como pauta interpretativa general para toda la cuestión, más allá de la opinión que al intérprete le pueda merecer el criterio plasmado por el constituyente.

Como excepción a la prohibición, se habilita una delegación circunscripta a ciertas materias y a una situación y, en ambos casos, ejercitable con arreglo a límites materiales y temporales.

No parece dudoso, entonces, que la autorización no pudo sino referirse a la delegación *impropia*, es decir, la limitada y circunscripta que, de hecho, ya estaba vigente.

La locución *materias determinadas de administración* fue utilizada por Bielsa para referirse precisamente a los aspectos sobre los cuales la delegación legislativa puede incursionar válidamente. Este jurista no dio un concepto positivo de las materias mencionadas y, en cierto modo, las definió por exclusión al considerar que ellas no podían significar la remisión del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la

libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio.

Este temperamento es decisivo porque restringe la procedencia de la delegación al ámbito de la función administrativa, pero los límites que le opone son tan amplios que, en rigor, vacía de contenido a la posible delegación, porque inhibida ésta de versar sobre cualquier incidencia restrictiva de la libertad en general, las materias de administración se limitarían a la actividad de organización interna del poder administrador, para la cual éste no requiere, por lo demás, de delegación, excepto para la organización ministerial.

Una idea que es posible emplear para interpretar el sentido de las *materias determinadas de administración*, puede resultar de la distinción efectuada por Marienhoff entre administración general y especial.

De acuerdo con este criterio no toda la función administrativa está atribuida por la Constitución al Poder Ejecutivo, pues a éste sólo le corresponde la administración *general* del país. Según Marienhoff, administración general no es sinónimo de administración *total*, pues existen ciertos ámbitos de la función administrativa asignados directa y expresamente por la Constitución al Congreso, como sucede, por ejemplo, con la función implicada en la creación de Bancos o Universidades.

Pues bien, desde este punto de vista la delegación autorizada excepcionalmente por el Congreso se referiría, sustancialmente, a las materias de administración confiadas por la Constitución a aquél, con exclusión, por tanto, del resto de las materias propias de la función administrativa las cuales corresponderían originariamente al Poder Ejecutivo y no necesitarían, por ende, de delegación para ser asumidas por éste.

La idea subyacente en el antes enunciado pensamiento de Marienhoff -consistente, básicamente, en la existencia de una competencia especial del Congreso para regular ciertos aspectos de la función administrativa- integrada a una concepción de las funciones jurídicas del Estado que atienda al régimen positivo propio de cada una de éstas permite, a nuestro juicio y tal como se vio antes, obtener una conceptualización de aquellas materias coherente con las exigencias jurídico políticas del principio de división de poderes tal como él ha sido recogido por la Constitución e interpretado, incluso, por la ley 25148 a la que luego haremos referencia (criterio que fue mantenido por las Leyes 25645 y 25918).

En aquél esquema, parece razonable aceptar que cuando la Constitución enuncia a las materias determinadas de administración como ámbitos idóneos para ser objeto de delegación legislativa, se refiere a la posibilidad de que el Poder Legislativo atribuya al Poder Ejecutivo potestad para que éste regule *per se* y con arreglo a los límites que la propia cláusula constitucional fija, actividades que aun cuando sean propias de éste, requieren, sin embargo, para su desarrollo, de sustento normativo legal formal (no sería razonable pensar en la posible delegación legislativa, a favor del Poder Ejecutivo, de la función administrativa residual del Poder Legislativo o Judicial).

Cabe, entonces, preguntar: ¿cuáles son aquellos aspectos de la actividad del Poder Ejecutivo que requieren su disciplina por ley formal?

A la luz de lo dispuesto por los artículos 14 y 19 de la Constitución, de los cuales se desprende que la reglamentación de los derechos individuales y la restricción de la esfera de libertad de éstos no puede derivar, en principio, sino de la ley formal, la actividad del Poder Administrador requerida por ésta es toda aquella que, sin perjuicio

de su carácter administrativo y, por tanto, secundario y ejecutivo, implica incidir sobre la esfera jurídica de los administrados, restringiéndola.

Por ende, la delegación legislativa en materias de administración se refiere, en principio, a las regulaciones legales formales que deben dar soporte al accionar ejecutivo sobre los derechos individuales.

Y comprende, asimismo, a la regulación relativa a aquellas materias que por expresa imposición constitucional -como sucede, por ejemplo, con Bancos y Universidades- debe ser objeto de disciplina legislativa.

En síntesis: la delegación legislativa es procedente respecto de la regulación de actividades que aun siendo propias del Poder Ejecutivo deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignadas por la Constitución al Congreso.

El repaso de las materias consideradas como de administración en el artículo 2° de la ley 25148 permite advertir la influencia del temperamento expuesto (criterio, como se dijo, mantenido por las Leyes 25645 y 25918).

Los incisos a), b), c), d) y e) del citado artículo son indicativos, en efecto, de la administración *especial* –bien que ampliada- a la que se refería Marienhoff (creación de entidades autárquicas; regulación de las fuerzas armadas; organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; creación de un organismo fiscal federal para la ejecución del régimen de coparticipación federal y legislación en materia de servicios públicos de competencia legislativa).

Y el mismo valor indicativo posee el inciso f) del referido artículo -cláusula final residual que considera como materia determinada de administración *a toda otra asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo*- en la medida en que se lo interprete como referido a las competencias legislativas que fundan el accionar administrativo afectante de derechos individuales.

Por su parte, la *emergencia* no es un concepto desconocido en el derecho público argentino. Ha sido empleado con diversas intenciones y efectos. La Corte Suprema basó en él la elaboración de una institución que aún hoy se sigue aplicando: el poder de policía de emergencia.

Al amparo de la emergencia el legislador ha dispuesto y la Corte legitimado, con distintas composiciones, prórrogas de contratos privados, congelamientos de alquileres, moratorias hipotecarias, reducción de tasas de interés, paralización de la ejecución de sentencias judiciales firmes, entre otras medidas restrictivas de la libertad individual.

Esta derivación restrictiva de la libertad proveniente de la emergencia pública no pudo ser ignorada por el constituyente; por eso se explica que *a fortiori* también en ella se haya exigido para la procedencia de la delegación la consignación legislativa de sus *bases* y un plazo para su ejercicio, tal como ocurrió, históricamente, respecto de este último requisito, con las leyes de emergencia.

De todos modos, los tiempos actuales autorizan a preguntar si, como ya apuntara en su momento Oyhanarte, la corta duración o temporariedad de la medida de emergencia -en el caso de la delegación legislativa- no resultarán, en definitiva, ligadas, antes que a un límite en el tiempo, a la efectiva duración de aquélla cuando la situación que la genera parece ser, en rigor, estructural.

La emergencia aparece contemplada en el texto constitucional junto con las materias determinadas de administración, pero ella no es una materia, sino, como antes dijéramos, una situación la cual, por tanto, puede en sí misma exigir, teóricamente, la delegación en cualquier materia. Esta circunstancia conduce, entonces, a preguntar: ¿hay límites materiales para la delegación legislativa fundada en la emergencia pública?

La letra de la Constitución habilita una respuesta negativa. Sin embargo no se nos escapa que ese sólo argumento podría ser insuficiente si la contestación significara un desconocimiento del sentido jurídico de la norma.

En ese orden de ideas, existe una corriente doctrinaria que, invocando el principio de interpretación sistemática de la Constitución, sostiene que serían aplicables a la delegación legislativa los mismos límites que condicionan el dictado de los decretos de necesidad y urgencia (Gordillo-Gelli-Perrino-Badeni).

Tal criterio hermenéutico importaría, en el caso, presumir la omisión normativa del constituyente y, con ello, su error o deficiencia técnica lo cual es inaceptable como pauta interpretativa.

De todos modos, no hay motivos para que la nueva cláusula constitucional sea interpretada de modo distinto al que en las diversas materias ya había consagrado la Corte, especialmente en materia penal y tributaria, en las cuales había determinado las precisiones que la norma delegante debía contener. El principio general prohibitivo de la delegación y su procedencia excepcional justifican, a nuestro modo de ver, esta ultraactividad de la interpretación jurisprudencial.

La norma en comentario prohíbe la delegación en el Poder Ejecutivo, salvo en los casos ya comentados (materia y situación). ¿Quiere esto decir que aquélla resultaría permitida, sin esas limitaciones, a favor de órganos subordinados a aquél o en entes actuantes en su jurisdicción? No nos parece coherente sostener que el sentido de la prohibición radique en excluir sólo al Poder Ejecutivo del ámbito de la delegación incondicionada (sin límites materiales o de situación) y en habilitar, en cambio, su procedencia (la de la delegación incondicionada) a favor de órganos o entes actuantes en su esfera de jerarquía o tutela. El sentido tuitivo de la libertad operante como fundamento de la prohibición gravitaría también en este caso.

Gordillo exime, sin embargo, de la prohibición a la delegación en los entes reguladores, la cual procedería, a su juicio, sin los límites del artículo 76 e invoca, para ello, el artículo 42 de la Constitución. Quiroga Lavié, por su parte, admite la delegación en favor de legislaturas provinciales, de concejos deliberantes municipales cuando la materia sea estrictamente local, de entes autónomos creados por ley del Congreso y de las Universidades, en este último caso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 19, de la Constitución.

Desde nuestro punto de vista, y aun cuando la cuestión es, por cierto, dudosa, nos inclinamos a pensar que cuando la delegación es viable –en las materias y en la situación ya consideradas- ella procede no sólo a favor del Poder Ejecutivo, sino, también, de los entes jurídicamente descentralizados creados por ley del Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, sea que éstas se justifiquen en razón de la materia administrativa específicamente asignada por la Constitución al Congreso o bien por involucrar la reglamentación de derechos individuales.

Es cierto que la Constitución supone la inexorable participación del Presidente en el dictado de las normas delegadas, en tanto prescribe en su artículo 100, inciso 12, primer párrafo, que compete al Jefe de Gabinete de Ministros el refrendo de los *decretos*

que ejerzan las facultades delegadas por el Congreso. Esta previsión sólo implica, sin embargo, en esta postura interpretativa, que cuando la delegación se realiza a favor del Poder Ejecutivo, y éste la ejerce, el decreto pertinente debe ser refrendado por el Jefe de Gabinete, pero no significa que el decreto deba ser la única fuente posible de normas delegadas.

La delegación legislativa en entes administrativos era, por lo demás, la práctica previa a la reforma constitucional–aunque sin los límites jurídicos positivos que ahora impone la Constitución- y, por otra parte, concentrar en el Presidente de la Nación la exclusividad de la delegación no sería coherente con el fin de atenuación del presidencialismo pretendido por la reforma.

Por tal motivo, pensamos que si bien la delegación sería viable en los entes reguladores o, en su caso, por ejemplo en el Banco Central, ella no podría estar exenta de los límites propios a los que se somete al Poder Ejecutivo, habida cuenta que tales entes no dejan de ser, más allá de su autonomía funcional, simples entidades autárquicas sujetas, según el caso, a la jerarquía o la tutela administrativa del Poder Ejecutivo.

No es idéntica, en cambio, la situación de las Universidades, pues la autonomía que ellas tienen garantizada constitucionalmente puede autorizar la delegación, sin los límites del artículo 76, cuando ésta sea razonable derivación de las exigencias de aquella autonomía. El artículo 75, inciso 19, viene a confirmar esta interpretación en la medida en que habilita al Congreso para el dictado de leyes de *base* en materia educativa.

En cualquier caso no habría inconveniente en que el Poder Ejecutivo sea habilitado expresamente por la ley formal delegante para, a su vez, delegar en órganos o entes dependientes de él o actuantes en su esfera, el ejercicio de las atribuciones delegadas. El Poder Legislativo podría así actuar en uso de los poderes implícitos que le asisten en virtud del artículo 75, inciso 32, de la Constitución, idéntico al anterior 67, inciso 28 (en contra García Lema-Perrino).

En consecuencia, la subdelegación sólo es posible si la ley delegante lo autoriza expresamente. De no admitirse esta viabilidad legal no podría alcanzarse, en no pocos casos, una de las finalidades que el instituto de la delegación procura, cual es la especialización técnica del organismo que dictará la reglamentación.

No estamos entre quienes piensan que, necesariamente, cuanto más se restrinja el poder más garantida estará la libertad; antes bien consideramos que el poder está al servicio de la libertad y requiere, por ende, de medios eficaces para que ésta sea real y no meramente formal y sólo privilegio de algunos.

Somos partidarios, asimismo, del empleo de métodos dinámicos de interpretación constitucional, reiteradamente utilizados por la Corte Suprema, con el fin de adaptar su texto a las exigencias cambiantes de los tiempos.

La República exige no tanta delegación como para comprometer la vigencia del artículo 29 de la Constitución -escrito, como se ha dicho, con la sangre de varias generaciones de argentinos- ni tan poca como para malversar el sentido del poder, esterilizándolo.

Como siempre la virtud está en el equilibrio. Y él sólo pueden asegurarlo legisladores y administradores prudentes y, en definitiva, jueces independientes.

De todos modos el equilibrio y la independencia, como todas las virtudes cívicas exigibles a los gobernantes, no se conciben en éstos si la conducta virtuosa no se cultiva, antes, *desde el llano*, en el ámbito de la propia convivencia ciudadana.

4.1.4 Los reglamentos de necesidad y urgencia

Por último, los reglamentos de necesidad y urgencia son los que dicta el Poder Ejecutivo en los casos autorizados por la Constitución Nacional, sin que medie autorización o habilitación legislativa, para regular materias que son propias del legislador.

Se hallan actualmente regulados en el art. 99 inc. 3º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional.

En el texto del citado artículo podemos distinguir la consideración de seis aspectos: el principio general en la cuestión, el presupuesto habilitante, el procedimiento de elaboración, los límites materiales, el control parlamentario y el control judicial.

Sobre el primer punto, rige, en principio, la prohibición al Presidente para emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 76 de la C.N.). Con el nuevo texto constitucional, los decretos de necesidad y urgencia están, entonces, prohibidos como principio, pero pasan a poseer un fundamento normativo explícito (el art. 99 inc. 3º de la C.N.), respecto del cual cabe trazar su vinculación de derivación, como ocurría antes de la reforma, con la Jefatura presidencial del Estado y ahora, también, del Gobierno.

En cuanto al presupuesto habilitante de su dictado, sólo cuando circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, el Poder Ejecutivo podrá dictar decretos de necesidad y urgencia. La configuración de este concepto debería referirse, como lo resolvió la Corte en la causa "Peralta", a las situaciones de grave riesgo social. Y sería conveniente que esa situación, tal como lo valoró la Corte Suprema en el aludido precedente, asumiera la calidad de *pública y notoria*, pues la evidencia y ostensibilidad del riesgo implicado configura un argumento difícilmente rebatible desde una perspectiva que contemple con criterio realista la preservación de las instituciones democráticas[15].

---

[15] En la causa "Della Blanca", referida a un decreto del año 1989, es decir anterior a la reforma de 1994, la Corte Suprema vinculó la necesidad habilitante del decreto a la "preservación de la vida misma de la Nación y el Estado" (CSJN, 24/11/1998, Fallos: 321:3123) y en fallos posteriores, ya relativos a normas dictadas después de la reforma, profundizó la exigencia de ese requisito; así en "Verrochi" se refirió a la existencia de acciones bélicas o desastres naturales que impidan la reunión del Congreso o el tralado de los legisladores a la Capital Federal (CSJN, 19/08/1999, Fallos: 322:1726, considerando 9º); en "Risolía de Ocampo" a situaciones que pongan en peligro la subsistencia misma de la organización social (CSJN, 02/08/2000, Fallos: 323:1934, considerando 8º, *in fine*) y en "Fast" a "condiciones de rigurosa excepcionalidad excluyentes de criterios de mera conveniencia ajenas a situaciones de extrema necesidad" (1/10/2003, Fallos: 326:3180, considerando 5º). En la misma línea restrictiva se inscribe un fallo emitido el 7 de diciembre de 2004, en el que reitera la idea de que el Poder Ejecutivo sólo puede dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, en situaciones de grave trastorno que amenacen la *existencia, la seguridad o el orden público o económico* y siempre y cuando a aquél le sea *imposible* dar respuesta a las circunstancias de excepción. El Alto Tribunal consideró que no se había configurado la situación de *grave riesgo social* no susceptible de ser resuelta por el Congreso por los cauces ordinarios, máxime, estimó, cuando la norma había sido dictada durante el período de sesiones ordinarias (CSJN, 7/12/2004, "Leguizamón Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J. y P. s/ ordinario", Fallos: 327, en presa). El fallo recién citado es, por otra parte, muy significativo, porque sienta como principio que el ejercicio de la facultad extraordinaria que posee el Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia, no se justifica para resolver la crisis de un *sector*, por muy grave que ella sea -se trataba de atender a la crisis financiera del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados-

La norma constitucional consigna, asimismo, que las referidas circunstancias excepcionales deben hacer imposible la consecución de los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. Esto implica que el dictado del reglamento resulte necesario ante la imposibilidad de asumir la situación por los medios normales que en la Carta Magna se prevén. Se trata de supuestos en los que los procedimientos *normales* de producción normativa son inaplicables ante la gravedad de la situación.

En lo que hace al procedimiento de elaboración, el decreto debe ser decidido en acuerdo general de ministros, quienes lo deberán refrendar juntamente con el Jefe de Gabinete.

Asimismo, la Constitución determina límites materiales al dictado de estos reglamentos, vedando su empleo en materia penal -que debe considerarse comprensiva de la represivo contravencional y, en general, de las facultades restrictivas de la libertad física, en atención a la significación histórica, jurídica y política que cabe atribuir, en esos aspectos, al principio de reserva legal consagrado por la reforma-, tributaria[16], electoral y relativa al régimen de los partidos políticos[17].

Admitir la incursión presidencial en estos ámbitos de libertad individual[18] -a los que hubieran debido equipararse expresamente las materias relativas a la función judicial y, dentro de ésta, en especial los aspectos referidos al acceso a la jurisdicción- no hubiera sido coherente con el espíritu que animó el intocado art. 29 de la Constitución Nacional y, en general, con el sentido del art. 7º de la ley 24309 en cuanto prohibió a la Convención Constituyente introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidas en el capítulo único de la Primera Parte de la Constitución.

Por lo mismo, más allá de la letra de la Constitución en este artículo, deben también quedar fuera del ámbito de estos reglamentos las cuestiones inherentes a la propia integración del Poder Ejecutivo o los relativos a la meritación de los actos de éste en los casos en que esa atribución es conferida por la Constitución al Congreso, pues aceptar estas materias en la esfera de la "necesidad urgente" no conformaría sino una variante de la suma del poder público, titularizada en el Poder Ejecutivo.

No sería posible, en cambio, considerar prohibidas otras materias además de las enunciadas. En tal sentido, hubiera debido también vedarse del ámbito de la regulación reglamentaria las cuestiones vinculadas con la soberanía nacional, o relativas al crédito

---

pues el fundamento de hecho que lo legitima, sostuvo la Corte, debe estar dado por una situación de necesidad y emergencia que comprometa la sociedad en su conjunto.

[16] De la sentencia dictada por la Corte Suprema en los autos "V.C. Comunicación" (CSJN, 27/04/1993, Fallos: 316:766, considerando 5º) se desprende la improcedencia de una medida cautelar dispuesta contra un decreto que había creado un impuesto, por no haberse acreditado, en el caso, el compromiso de la política económica del Estado, sino sólo necesidades de fomento de la cinematografía mientras que en la pronunciada en "Video Club Dreams" (CSJN, 06/06/1995, Fallos: 318:1154, considerando 14º) destaca la valla constitucional infranqueable que significa para estos decretos la materia tributaria.

[17] La PTN se refiere a estos recaudos al señalar que para el dictado de un reglamento de necesidad y urgencia deben darse las siguientes circunstancias: a) Una situación excepcional que, por su urgencia, impida seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes; b) No debe referirse a materias vedadas por la norma citada; c) Estas medidas revisten naturaleza legislativa, y d) El control de estas medidas le corresponde al Congreso Nacional (Dictámenes: 229:218, en el mismo sentido, 225:209 y 226:35).

[18] Cabe, incluso, preguntarse si la regulación por Reglamento de estas materias y las relativas al acceso a la jurisdicción no significa un desconocimiento de los limites a la legislación de emergencia consignados en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 27, especialmente punto 2)

público, a la integridad territorial del Estado o a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación.

En lo relativo al control de los decretos de necesidad y urgencia por el Congreso, aun cuando la Constitución nada dice acerca de la situación de receso de éste, es importante puntualizar que, al radicar el real sustento de la normatividad en estudio, en la existencia de una situación de necesidad y urgencia no susceptible de resolverse a través de los medios normales de producción normativa, no será relevante, para su empleo, que aquél esté, o no, en receso.

Sin embargo –es de recordar- la Constitución impone siempre el control del Congreso al prever la obligación del Jefe de Gabinete de someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, personalmente y dentro de los diez días.

El incumplimiento de esta obligación por el Jefe de Gabinete compromete, por supuesto, su propia responsabilidad ante el Presidente y el Congreso; pero además, incide sobre la validez del decreto el que adolecerá, en el caso, de nulidad absoluta.

La Constitución también consigna que la Comisión Bicameral debe elevar su despacho dentro de los diez días al plenario de cada Cámara, para el expreso tratamiento e inmediata consideración por éstas, difiriendo a una ley especial, sancionada con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, la regulación del trámite y los alcances de la intervención del Congreso[19].

Nada se dice respecto del silencio de la Comisión o de las Cámaras. ¿Cuál habrá de ser, entonces, el efecto atribuible al silencio congresual?

En nuestra opinión, es discutible la generalización de la solución que consagra el artículo 82 de la Constitución –que exige la manifestación expresa de voluntad de las Cámaras, excluyendo, en todos los casos, la voluntad tácita o ficta- porque ella está referida y fue, en realidad, pensada para los casos de leyes de urgencia (en definitiva no aceptadas) y para las relaciones de las Cámaras entre sí. Su ubicación sistemática también evidencia que está referido al trámite de formación y sanción de las leyes.

Existen, asimismo, otras disposiciones constitucionales que bien podrían ser invocadas para sostener una conclusión distinta o, en todo caso, para propiciar una aprobación ficta provisional.

Así, el artículo 80, primera parte, sigue estableciendo que se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Si el silencio es de efectos positivos cuando el Poder Ejecutivo no se pronuncia respecto de la actuación del Congreso ¿por qué no podría asignarse, paralelamente, igual consecuencia al caso inverso? Téngase en cuenta, por lo demás, que si bien esta cláusula está contenida en el capítulo relativo a la formación y sanción de las leyes, su objeto se

[19] En la causa "Guida" (CSJN, 2/06/2000, Fallos: 323:1566) la CSJN entendió ratificado el decreto de necesidad y urgencia 290/95 (que dispuso la reducción temporaria de los sueldos de empleados públicos), por la ley 24624, la que tradujo, según afirmó el Alto Tribunal, "el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma". Agregó la Corte que ese acto legislativo era "expresión del control que —en uso de facultades privativas- compete al Congreso de la Nación conforme al art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24624 demuestra que el tema fue considerado por ambas cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional al enfrentar la crisis".

refiere, a diferencia del artículo 82, a las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, y no a vínculos intralegislativos, es decir, de las Cámaras entre sí.

Podrá, quizás, argumentarse que en el caso del decreto de necesidad y urgencia se trata de una competencia propia del Congreso ejercida, excepcionalmente, por el Poder Ejecutivo. Empero, la promulgación es también una competencia propia del Poder Ejecutivo. Y el dictado del decreto no deja de ser una competencia, también propia del Ejecutivo, al menos inicialmente. Por lo demás, ¿por qué no propiciar, justamente en razón de la dejación de su propia competencia por el Congreso, derivada de la inacción, una respuesta estimulante de la dinámica legislativa?.

¿No es ésta, acaso, la solución que procede frente al silencio congresual respecto del estado de sitio declarado durante su receso por el Poder Ejecutivo? Cabe recordar que, en este tema, se ha llegado a sostener, incluso, que la potestad congresual no incluye la "desaprobación" del estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo, limitándose a la posibilidad de suspenderlo y "nada más" (González Calderón).

Y, en todo caso, ¿no sería posible interpretar el silencio como una aprobación ficta provisional del decreto hasta tanto el Congreso se pronuncie expresamente, o concluya el lapso de sesiones ordinarias durante el que se dictó el decreto, o el tiempo de las extraordinarias para que éste hubiera sido convocado? ¿No sería esta respuesta coherente con el criterio constitucional de asignar validez hasta el fin de la próxima legislatura, a los nombramientos que requiriendo acuerdo del Senado, son efectuados por el Poder Ejecutivo, por sí solo, durante el receso de aquél?

No existe argumento terminante que impida atribuir efecto positivo al silencio del Congreso. Y menos aún que obste a la posibilidad de que sea el propio Congreso quien, a través de la ley, así lo establezca. Esta es una solución con acogida en el derecho público provincial, la cual, en su momento también mereció el apoyo de la doctrina nacional y de la jurisprudencia administrativa[20], parece derivar de un antiguo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[21], es la receptada en "Peralta"[22] y resulta, asimismo, del criterio legislativo del propio Congreso, aunque no parece ser la predominante en el derecho comparado ni en la doctrina extranjera.

Esta conclusión importa, además, un instrumento idóneo para el debido autoresguardo de los espacios de poder conferidos por la Constitución.

Ahora bien, una cuestión que corresponde plantear es el efecto asignable a la derogación legislativa del decreto de necesidad y urgencia.

La ausencia de una previsión constitucional expresa aconseja otorgar al control del Congreso un alcance amplio, lo cual debe importar la extinción retroactiva del reglamento porque la solución contraria significaría sustraer del control legislativo una parte de la actividad del Ejecutivo, sólo excepcionalmente atribuible a éste. La derogación lisa y llana debería significar, entonces, un enjuiciamiento de la validez inicial del Reglamento y, consecuentemente, un efecto también inicial de su extinción. Igual efecto *ex tunc* correspondería atribuir al cese de la aprobación provisional resultante del silencio del Congreso, durante el tiempo de sus sesiones ordinarias en el

[20] La PTN ha sostenido que a partir del conocimiento que el Parlamento toma de los reglamentos mencionados, éstos se emancipan de la voluntad del Poder Ejecutivo, de suerte tal que el transcurso del tiempo sin que se produzca una derogación expresa deriva en la aprobación tácita (Dictámenes: 121:93, reproducido en 207:272).
[21] CSJN, 1872, "Criminal c/ Andrade, Crisólogo", Fallos: 11:405.
[22] CSJN, 27/12/1990, "Peralta, Luis A.", Fallos: 313:1513.

que el decreto fue emitido, o durante el lapso de las extraordinarias convocadas para su tratamiento, si se optara por el criterio interpretativo de asignar carácter provisional a ese silencio.

En ambas situaciones, sin perjuicio de la posible regulación, en la propia norma derogatoria, o en la que al efecto pueda sancionarse, según el caso, de las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la norma reglamentaria presuntamente legítima.

Sólo cuando las circunstancias valoradas para la derogación radicaran en el mérito o conveniencia de las medidas instrumentadas por el Reglamento -evidenciadas principalmente en la sustitución por una ley de *contenido* diverso- se podría justificar el efecto *ex nunc* de aquélla (Sagüés-Monti)

En cualquier caso, medie aprobación expresa o tácita del Reglamento, ello no importará el saneamiento de sus eventuales vicios[23], tanto del proveniente de la inexistencia del presupuesto habilitante como los derivados de la ilegitimidad intrínseca de las medidas contenidas en el Reglamento (v.g. las que instrumenten restricciones propias de la "emergencia"), los que sí podrían ser controlados judicialmente, más allá del lapso fijado para el pronunciamiento parlamentario.

Finalmente, el control judicial debe ejercerse en plenitud, tanto respecto de la la efectiva existencia *fáctica* de la situación de "necesidad y urgencia" invocada por el Poder Ejecutivo, como del trámite de su dictado y, por supuesto, de la razonabilidad de las normas adoptadas para regularla.

5. La costumbre y los precedentes

Si bien se trata de fuentes no enumeradas en el artículo 3° LNPA, cabe hacer algunas consideraciones sobre ellas.

La costumbre es una norma jurídica no escrita que "se forma insensiblemente por el uso, por la repetición, constante, reiterada, de los mismos actos esencialmente semejantes, que traducen el asentimiento popular y su voluntad de observarlos como preceptos obligatorios, a los cuales deben ajustarse los actos jurídicos de los particulares" (Villegas Basavilbaso). Se clasifica en:

1) Costumbre *secundum legem*, que supone la existencia de una ley, y sólo la complementa por la observancia de sus preceptos o por su interpretación si es dudosa;

2) Costumbre *praeter legem*, que suple los vacíos del derecho legislado, introduciendo normas nuevas en el ordenamiento jurídico y;

[23] Ya en la causa "Porcelli" la Corte Suprema declaró la carencia de interés de un pronunciamiento sobre la validez de un decreto de necesidad y urgencia, en atención a su origen, en razón de haber sido ratificado por el Congreso (CSJN, 20/04/1989, Fallos: 312:555, considerando 2º); en los autos "Miguel Angel Rossi Cibils y otros" (CSJN, 08/09/1992, Fallos: 315:2077, considerando 4º) consideró abstracta la cuestión referida a un decreto ampliatorio de la intervención federal a una provincia toda vez que al momento de la setencia la cuestión había sido "ubicada por el Poder Ejecutivo Nacional dentro de la órbita del Congreso de la Nación"; y en la sentencia dictada en "Guida" (CSJN, 2/06/2000, Fallos: 323:1566) consideró, como fuera señalado, que la ratificación legislativa del decreto cuestionado en la causa impòrtaba el reconocimiento de la situación de emergencia invocada y, a la vez, un concreto reconocimiento de la regularidad de dicha norma (considerndo 6º).

3) Costumbre *contra legem,* que se halla en contra de toda determinación jurídica positiva, y puede operar tanto tornando inaplicable una norma legislativa anterior, como por haber caído en desuso tal disposición normativa.

En cuanto a la costumbre *secundum legem*, Villegas Basavilbaso opina que si una ley administrativa llama a la costumbre local o a la costumbre del pueblo, esa recepción convierte la norma consuetudinaria en fuente jurídica del derecho administrativo; su fuerza obligatoria no es originaria, sino derivada de la ley introductora. Admite también la vigencia de la costumbre *praeter legem*, aunque -sostiene- en el derecho administrativo tiene un campo más limitado que en el privado, puesto que en aquél no se advierten numerosos vacíos en el derecho legislado. En punto a la costumbre *contra legem*, tampoco la excluye como fuente, entendiendo que se exterioriza principalmente por vía jurisprudencial.

Marienhoff, a su vez, entiende que la costumbre *praeter legem* no puede ser norma jurídica, pues a ello se opone lo dispuesto por los arts. 19 (conforme con el cual ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe) y 22 de la Constitución (el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución). A su juicio, sólo la costumbre basada en ley o *secundum legem* es fuente jurídica, en tanto la *contra legem*, esto es, la contraria a la ley, no puede asumir esa condición toda vez que, pese a su derogación, el contenido del texto del Código Civil, según el cual las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes, sigue imperando como principio general del derecho.

Por su parte, Cassagne interpreta que el Código Civil, al disponer en la nueva redacción del art. 17, que "los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente", acepta la costumbre *secundum legem* y *praeter legem* y, tácitamente, la validez de la costumbre *contra legem*.

En este sentido cabe recordar que Diez, al examinar el valor de la costumbre en el ámbito del derecho administrativo, sostiene que aquél "...depende del ordenamiento positivo. Si la norma fundamental es escrita, las leyes que en su consecuencia se dicten pueden autorizar, en casos determinados, la introducción de la costumbre o prohibirla expresamente. Pero aun sin autorizarla, la ley puede tener lagunas que haya que cubrir. Aun cuando el derecho administrativo es fundamentalmente un derecho escrito, no se nos oculta que, como en otras ramas del derecho, debe admitirse la posibilidad de que existan lagunas en ese ordenamiento jurídico escrito ... fenómeno que comprueba fácilmente la experiencia...".

De ello deduce que en esos casos la costumbre podrá actuar como fuente, en su aspecto *praeter legem*. Admite asimismo la validez de la costumbre *contra legem*, salvo que opere contra leyes de orden público, concordando con Villegas Basavilbaso en que esa costumbre *contra legem* suele surgir de la práctica jurisprudencial.

Por nuestra parte, no admitimos la validez de la costumbre *contra legem* pues el principio general es que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes (art. 22 C N).

Pensamos, asimismo, que esta inadmisibilidad de la costumbre como fuente derogatoria de la ley no procede ni aun cuando aquélla genere derechos para los administrados (en contra Gordillo).

En efecto, la legislación administrativa atiende por igual a la preservación de las prerrogativas de la Administración y al aseguramiento de las garantías del particular, por lo que aceptar la validez de la costumbre cuando ella genera derechos para el particular implicaría alterar el equilibrio que debe presidir la relación entre prerrogativas y garantías, en desmedro del interés público representado por la Administración.

El precedente administrativo, a su vez, constituye el resultado de la práctica (actos sucesivos, reiterados en un mismo sentido) observada por la Administración Pública.

A nuestro juicio, el precedente administrativo integra el sistema jurídico en tanto en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo cual supone, desde luego, la legalidad de aquél. Por lo tanto el precedente, no está demás aclararlo, no puede esgrimirse para pretender una reiteración de la ilegalidad, porque el precedente ilegal conduce no a la igualdad ante la ley sino a la igualdad fuera de la ley (López Rodó).

En este sentido, la CNCAF, ha señalado que la desigualdad de tratamiento en que habría incurrido la Administración respecto de un grupo de personas en la misma condición (a algunos de los cuales había concedido autorización para realizar un tratamiento médico, sin observar estrictamente las normas aplicables), no entraña sin más una violación del principio de igualdad, recordando que es un principio esencial al Estado de Derecho que la equiparación ante la ley -fundamento del accionar del Estado- lo es dentro de la legalidad y no fuera de ella[24].

En un dictamen en el que se tratan en forma equívoca los conceptos de "costumbre" y "precedente", la PTN ha sostenido que la "costumbre" que derivaría de precedentes apartados de la normativa vigente no podría gravitar con efectos derogatorios respecto de las normas de competencia porque el precedente administrativo no se manifiesta ante el ejercicio de facultades regladas "... pues éstas no pueden crear ninguna fuente nueva ante la existencia de normas positivas..."[25].

El organismo asesor señaló que la costumbre derogatoria en nuestro derecho es inconcebible. Agregó que, aun quienes sostienen una posición favorable a la aceptación de la costumbre como fuente en el derecho administrativo, no dejan de puntualizar que la fuerza vinculante del precedente debe fundarse en una "interpretación legítima de la ley" y que el precedente no es, en nuestro ordenamiento jurídico, fuente de derecho ni impone, por tanto, resolver cuestiones idénticas de igual manera sino cuando el derecho objetivo así lo autoriza[26].

En otro asesoramiento, la PTN ponderó, sin embargo, la existencia de una práctica administrativa uniforme para interpretar el criterio del PEN en una cuestión sometida a su consulta[27]. Recordó allí un fallo de la CNCAF[28], en el que se expresó que "si mediante un comportamiento habitual y repetido en el tiempo la Administración ha formulado una interpretación objetivada de la norma que de un lado la autolimita y de otro confiere una expectativa legítima del particular, bien se comprende que su eliminación requiere una motivación más detallada que la que puede surgir de un

[24] CNCAF, sala IV, 12/08/1986, "Peluso, Juan Carlos" (voto del Juez Hutchinson).
[25] Dictámenes: 201:131.
[26] Dictámenes: 168:94 (pto. II, 4.b) y sus citas; Dictámenes: 201:131 (pto. III, c.) tomando las posturas de Fiorini y Marienhoff, para apoyar su opinión.
[27] Expte. N° 10.716/1994- Ministerio de Defensa, dictamen del 15/05/1995, Dictámenes: 213:156.
[28] CNCAF, Sala I, 2/08/1994, "Asociación de Balanceadores, Corredores y Martilleros Públicos".

comportamiento fáctico contrario a la práctica inveterada", y se ponderó la importancia de la certeza del accionar de la Administración y de las obligaciones de los particulares.

En fecha relativamente reciente, el Alto Organismo Asesor, con cita nuestra, señaló que "el principio de juridicidad que requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico exige, asimimos, el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad"[29].

6. Circulares e instrucciones

Como señala Baena del Alcázar, "el estudio de las fuentes escritas del Derecho administrativo suele centrarse normalmente en las disposiciones de mayor rango formal, perdiendo de vista con ello el hecho de que muchas veces los administrados se encuentran afectados de un modo más inmediato por las disposiciones de rango más humilde que emanan de las autoridades inferiores", entre ellas, las circulares e instrucciones.

Aun cuando se coincida en la calidad de fuentes de esos actos, se plantea la necesidad de dilucidar su naturaleza jurídica, según los efectos que produzcan (internos o externos a la Administración; generales o particulares).

En efecto: dentro del concepto *instrucción de servicio* –en tanto orden que, en ejercicio del poder jerárquico, imparte el superior al inferior- se puede distinguir entre las instrucciones generales, dirigidas a varios órganos, en cuyo caso cabe denominarlas *circulares*-, y las destinadas en particular a un solo sujeto, a las que se las puede llamar, simplemente, "instrucciones", "instrucciones individuales", "órdenes" u "órdenes individuales".

Estos actos poseen, en principio, sólo efectos *ad intra* de la Administración, mas pueden vincular a los órganos administrativos en su relación con los particulares. En este sentido, Gordillo señala que, si una norma relativa al ejercicio de la función pública (incluyendo, entre ellas, a las circulares y órdenes internas) establece una conducta concreta a la cual el funcionario está obligado a ajustarse, el particular que pueda considerarse alcanzado en forma exclusiva por esa conducta del funcionario, tendrá un derecho subjetivo a ella. Por lo mismo, pensamos que si los actos examinados pudieran generar perjuicios para el particular éste estaría habilitado para impugnarlos por las vías procedimentales y procesales que el ordenamiento establece (por ejemplo, si se los categoriza como reglamentos, por los medios que establece el art. 24 de la LNPA).

Por otra parte, cabe destacar que ciertos actos emanados de organismos estatales adoptan la denominación de "circulares", y poseen un indudable carácter reglamentario externo, con efectos directos sobre los administrados. Entre ellas, se distinguen las circulares emanadas del Banco Central de la República Argentina[30].

---

[29] Dictámenes 248:364.

[30] Confr. en este sentido los precedentes de la CSJN en los que se los ha caracterizado como normas: 20/11/1990, "Pcia. de Formosa y Caja Nacional de Ahorro y Seguros", Fallos: 313:1213; CSJN, 12/05/1992, "Arpemar S.A.P.C.E.I y otros", Fallos: 315:908; CSJN, 14/12/1993, "Fisco Nacional c/Luis Nazareno Luzzi", Fallos: 316:3019; CSJN, 12/09/1996, "Papelera Paysandu S.A.I.", Fallos: 319:1873 y CSJN, 15/07/1997, "Omnipol Sudamericana C.I.P.E.I S.A", Fallos: 320:1480. Otro organismo administrativo, la A.F.I.P., emite Circulares e instrucciones, con fundamento en facultades que otorga a funcionarios de aquél la ley 11683. Esos actos resultan vinculantes para los particulares.

En rigor, tales circulares configuran verdaderos reglamentos delegados, cuya procedencia después de la reforma constitucional es, como ya dijimos, dudosa, aun cuando nos inclinamos a aceptarla con arreglo a los límites materiales y de situación previstos por el artículo 76 de la Constitución.

7. Relaciones del Derecho Administrativo con otras ramas del Derecho

La circunstancia de que el derecho administrativo sea una rama y una disciplina jurídica autónoma y diferenciada, no impide que mantenga vinculaciones con otras ramas del derecho y con otras disciplinas jurídicas y no jurídicas.

Como se ha dicho con razón (Villegas Basavilbaso, Marienhoff), la exposición del derecho administrativo, como la de toda ciencia especializada, no puede ser llevada a cabo si no se la considera en relación con las demás ciencias, ya que no es posible escindir totalmente una de ellas de todo el conjunto de las ciencias sustrayéndola a la plenitud de sus conocimientos, vinculados estrechamente en razón de su solidaridad y unidad esencial. De ese modo, mediante tal vinculación se alcanza una verdadera concepción científica, una necesaria unidad sistemática, y una coherencia imprescindible.

Las vinculaciones del derecho administrativo con las demás ramas y disciplinas se llevan a cabo en un doble plano de relaciones, a saber: 1) relaciones de jerarquía y subordinación, en los casos en que la disciplina con la cual se vincula –como ocurre con el derecho constitucional- le otorga bases de las que no puede apartarse y que debe recibir como de prelación superior; y 2) relaciones de contacto o interferencia, en los supuestos en que tal prelación superior no existe, como ocurre con el derecho civil o comercial.

La vastedad y amplitud del derecho administrativo y de las cuestiones que él trata, han influido para que éste mantenga vinculaciones con casi todas las otras ramas del derecho y con otras disciplinas que no son jurídicas, como más adelante veremos.

Hemos de considerar, en consecuencia, dichas vinculaciones, señalando las particularidades que se presenten en cada caso.

a) Con el derecho constitucional

El derecho constitucional, en términos generales, considera y determina la estructura fundamental del Estado, las funciones de sus órganos superiores y los derechos y deberes tanto del gobierno como de los individuos, suministrando las bases esenciales de todas las ramas del derecho, que encuentran en él su punto de partida.

El derecho administrativo, de tal modo, mantiene con el derecho constitucional una vinculación de jerarquía o subordinación, pues todas sus instituciones y previsiones deben encuadrarse dentro de los principios y normas constitucionales. Tal subordinación, sin embargo, no logra evitar que existan algunas interferencias, ya que

---

También se emiten "circulares" en el curso de los procedimientos licitatorios, las que, según accedan a los pliegos de condiciones particulares o generales, se caracterizarán como actos administrativos o actos de alcance general no normativo, en el primer caso, y como reglamentos, en el segundo, y en ambos casos como contractuales, a partir de la adjudicación (Comadira). La CSJN examinó la legitimidad de una Circular de este tipo en "Cadipsa" (CSJN, 16/05/1996, "Cadipsa S.A.", Fallos: 323:1146).

los límites entre ambas ramas no han podido ser determinados con precisión, facilitando su diferenciación.

También se ha sostenido, por ello mismo, que el derecho administrativo es el derecho procesal del derecho constitucional, con lo que se quiere expresar que si a la Constitución corresponde lo atinente a la estructura sustantiva del Estado, la administración supone, en cambio, una actividad que aparece como adjetiva respecto de aquélla, una actividad o acción teleológica.

Con igual concepto se entiende que el derecho administrativo trata la fisiología del Estado, cuya anatomía considera el derecho constitucional, fijando sus movimientos, encaminados al logro de fines presupuestos.

Lo cierto es que el manejo y comprensión del derecho administrativo habrá de requerir siempre un pleno conocimiento del derecho constitucional aplicable, pues la administración, en todo su accionar, habrá de moverse inexorablemente dentro de los límites, directos o indirectos, establecidos por el marco constitucional.

b) Con el derecho político

El derecho político, entendido en su sentido estricto, es la disciplina jurídica que estudia el concepto del Estado y sus problemas esenciales, como su origen, naturaleza y fines, excediendo, en este aspecto, al propio derecho constitucional y aun precediendo a éste.

De tal modo, si el derecho político trata la organización estructural del Estado, sus formas y sus relaciones y la precisión de sus fines esenciales, el derecho administrativo se relaciona con él, en cuanto al desarrollo de esa organización, la de sus formas y vinculaciones con los individuos que integran su población, en toda la variedad posible de sus órganos, y la de la dinámica de ellos.

Si el derecho político pretende constituir el Estado, para que éste realice los objetivos básicos que se le asignan, el derecho administrativo facilita y precisa la actuación del Estado, para que llegue al logro práctico y efectivo de esas finalidades.

En consecuencia, al igual que con el derecho constitucional, el derecho administrativo estaría en una posición de subordinación con respecto al derecho político, del cual recibiría lineamientos estructurales que pretendería poner, a su vez, en vías de realización y consecución.

c) Con el derecho penal.

El derecho administrativo mantiene estrechas vinculaciones con el derecho penal, las cuales surgen, principalmente, del hecho de que la administración requiere, para su más eficaz y normal funcionamiento, la protección represiva, a fin de evitar y reprimir aquellas acciones que perjudican o pueden llegar a perjudicar su desenvolvimiento, y a las cuales la ley penal configura como delitos.

De esas vinculaciones resulta, por un lado, que el derecho penal adelante y precisa ciertos conceptos que son propios del derecho administrativo, como ocurre en el art. 77 del Código Penal con los de "reglamento", "ordenanza", "funcionario público" y "empleado público", mientras que por el otro existen situaciones en que el derecho penal utiliza conceptos cuya determinación resulta del derecho administrativo, como sucede en los arts. 163, inc. 8, y 184, inc. 3, que hablan de "servicio público"; en el art. 163, inc. 6, donde se menciona la "vía pública"; el art. 191, inc. 2, que habla de "uso público"; el art. 246, inc. 2, en el cual se trata de "cargo público"; etc., nociones, todas

éstas, que sólo en el ámbito del derecho administrativo pueden ser debidamente esclarecidas.

Actualmente, los artículos 252 y 255 del Código Penal son los que se refieren al servicio público. Asimismo, el "uso público" se menciona en los artículos 184 inciso 5° y 200, y el "cargo público" es aludido en los artículos 19 inciso 1°, 20, 20 bis, 67, 246 inciso 2° y 253.

La identidad de un mismo objeto –la administración pública- que es materia principal del derecho administrativo y sólo parcial del derecho penal, hace que ambas disciplinas se vinculen e interfieran en esos aspectos, a lo que se añade que el derecho administrativo recurre al derecho penal en algunas materias que este último ha tratado con detalle, aplicando su principios por vía de analogía, cuando no existan normas administrativas específicas, como en aquellos casos en que se aplican las normas de la prescripción penal al régimen de las faltas administrativas.

Por lo demás, el derecho administrativo toma a su cargo todo lo atinente a la organización y funcionamiento de los servicios penitenciarios, a los cuales corresponde atender lo referente al cumplimiento de las penas, y si bien hay quienes aceptan que el estudio de las penas y medidas de seguridad y su cumplimiento es el objeto de una disciplina especial –el llamado derecho penitenciario o ejecutivo-, otra parte de la doctrina continúa sosteniendo que esa materia es propia del derecho penal, con lo que estas cuestiones vendrían a señalar una nueva relación entre este derecho y el administrativo.

d) Con el derecho penal administrativo

Para quienes aceptan la existencia del derecho penal administrativo como rama autónoma del derecho, las vinculaciones de ésta con el derecho administrativo, como fácilmente se comprende, son aún más amplias y estrechas que con el derecho penal sustantivo.

A pesar de que aún se discute si el derecho administrativo penal administrativo existe realmente como tal, o si es una parte del derecho administrativo, o del derecho penal general, o si es un derecho penal especial, o un derecho o rama autónoma, por encima de estas divergencias es innegable que si de cualquier manera existe un derecho penal administrativo, él debe estar en íntima relación con el derecho administrativo, ya que aquél tiene por objeto la protección penal de principios y normas de derecho administrativo específico, garantizado bajo la amenaza de una pena el cumplimiento de los deberes y obligaciones que los individuos tienen respecto de la administración pública, y, además –según algunos-, las contravenciones de policía y las infracciones tributarias.

Como se advierte, el contenido de todos estos conceptos es materia exclusiva del derecho administrativo, y el derecho penal administrativo no puede sino recibirlo de aquél, evitando indebidas discordias.

e) Con el derecho penal disciplinario

El derecho penal disciplinario es aquella parte del derecho que trata de las infracciones de naturaleza administrativa, en cuya configuración se manifiesta la existencia de la potestad jerárquica administrativa y el deber de obediencia, asociando a ellas una sanción, que reviste el carácter de una pena.

El derecho penal disciplinario, que la mayoría de la doctrina señala como una parte componente del derecho administrativo, no pretende, en consecuencia, la prevención y represión de delitos y de la delincuencia, sino la protección del orden y

disciplina que son indispensables en el seno de la administración pública, a fin de que pueda cumplir convenientemente las funciones que le son propias.

Por las mismas razones ya indicadas en los apartados c y d precedentes, es fácil comprender las estrechas vinculaciones que el derecho penal disciplinario, si se lo admite como tal, guarda con el derecho administrativo, ya que ambos se refieren –desde ópticas diferentes- a un mismo objeto, siendo conceptualmente dependientes y complementarios, en muchos aspectos.

Si bien el derecho penal disciplinario mantiene también vinculaciones con el derecho penal sustantivo, se diferencia, no obstante, de éste en aspectos importantes, como la inaplicabilidad, entre otros, de los principios "nullum crimen nulla poena sine lege" y "non bis in idem", por razones que atañen, justamente, a su raigambre y materialidad administrativa.

f) Con el derecho penal económico

La particularidad de las relaciones y actividades económicas propias de nuestra época, ha dado trascendencia al derecho penal económico, que aparece como un derecho penal cuyo contenido se divide entre hechos penales económicos, que podrían suscribirse en el derecho penal, y contravenciones económicas, que podrían integrarse en el derecho penal administrativo. Las vinculaciones del derecho penal económico con el derecho administrativo nacerían, especialmente, de esta última parte de su contenido, en los casos y por las razones expuestas en el punto d.

g) Con el derecho penal militar

El derecho penal militar es aquella rama del orden jurídico militar que contiene y agrupa las normas jurídicas, integrativas de ese mismo orden jurídico, que son impuestas bajo la compulsión de una sanción retributiva, es decir, que se actúan o realizan indirectamente.

El derecho penal militar –en el cual es posible distinguir la existencia de un derecho penal militar objetivo y un derecho penal militar subjetivo- es considerado, por la mayoría de la doctrina, como una parte componente del derecho administrativo.

Sin embargo, desde ya hace tiempo, está avanzando el criterio que pretende demostrar que el derecho penal militar es, verdaderamente, una rama autónoma del derecho, pues presenta una real autonomía científica, jurídica y didáctica y se halla, además, codificado (Escola, La autonomía del derecho penal militar, en "Revista Jurídica Militar de la Armada Argentina", año I, n° 3, ps. 29 y ss.).

De cualquier manera, el derecho penal militar y el derecho administrativo guardan muchos puntos de contacto y relación, ya que el sujeto de ambos –el militar- es un funcionario público, estando la función que éstos componen –el servicio militar- organizada y regulada por el derecho administrativo, procurando el derecho penal militar, bajo la amenaza de penas y sanciones disciplinarias, asegurar la disciplina y el buen orden de ese servicio, del cual son pilares fundamentales.

h) Con el derecho financiero

El derecho financiero, en términos generales, es aquél que trata todo lo referente a la regulación normativa de la actividad financiera del Estado, que es la que tiene por objeto la obtención de los recursos necesarios para el logro de sus fines, agregando una parte de la doctrina lo atinente a la inversión e incluso rendición de dichos recursos.

Aún existe divergencias respecto de si el derecho financiero es o no una rama autónoma del derecho, y si la opinión predominante le reconoce ese carácter, otros autores sostienen que se trata de una parte del derecho administrativo, o bien de una parte especializada de él, mientras que no faltan quienes sustentan la idea de que sólo se debe admitir la autonomía didáctica del derecho financiero, por razones de índole práctica, fundadas en su mejor tratamiento y enseñanza. Asimismo, se discute si el llamado derecho fiscal o tributario integra o no el derecho financiero, o si es también, a su vez, una rama o parte diferenciada de él.

El derecho financiero y el derecho fiscal o tributario mantienen importantes vinculaciones con el derecho administrativo.

Baste recordar, en ese sentido, que todo el sistema de recaudación tributaria, los órganos que lo componen y las formas de recaudación que aplican son eminentemente administrativas, al igual que el régimen de recursos y medios de impugnación que pueden ser utilizados para atacar los actos de tributación o imposición tributaria, a lo que se añade que el derecho financiero debe echar mano de conceptos e instituciones que son propias del derecho administrativo, como los de autarquía, descentralización, responsabilidad administrativa, función pública, etc., que debe tomar de éste, para mantener la indispensable unidad conceptual.

i) Con el derecho municipal

El denominado derecho municipal, en realidad, no es sino una parte integrante del derecho administrativo, que carece de autonomía conceptual y científica, habiéndosele asignado, en algunos lugares, cierta autonomía didáctica, contra la cual, incluso, se ha reaccionado.

El derecho municipal no es, en su conjunto, sino el derecho administrativo que se aplica específicamente al ámbito de las relaciones comunales, limitadas a ese campo.

Por tanto, tratándose de una sola y misma disciplina jurídica no es posible hablar de relaciones entre ellas, sino de identidad y consustanciación conceptual y normativa.

j) Con el derecho procesal

El derecho procesal, que es indiscutiblemente una rama autónoma y diferenciada del derecho, tiene por objeto la consideración, determinación y estudio de los principios y normas jurídicas que se refieren a los presupuestos, requisitos, contenido y efectos del proceso.

Siendo el derecho administrativo un derecho principalmente sustantivo, es natural que requiera la existencia de un procedimiento que aún debiendo ser también administrativo, no puede sino recurrir al derecho procesal en aquellos casos en que carece de una normatividad propia o trata cuestiones que guardan identidad objetiva y finalística con las incluidas en este último.

Las vinculaciones del derecho administrativo con el derecho procesal tienen lugar, de distinta manera y con diferente extensión, en tres niveles especiales, a saber: a) respecto de la actividad administrativa propiamente dicha, mediante el procedimiento administrativo; b) respecto de la actividad jurisdiccional administrativa, mediante el procedimiento administrativo de índole jurisdiccional o recursivo; c) respecto de la actividad contenciosoadministrativa, que entre nosotros es judicial, mediante el procedimiento contenciosoadministrativo.

Muchos conceptos y principios del derecho procesal –como los de parte, notificaciones, prueba, sentencia, caducidad, etc.- encuentran sus equivalentes en el procedimiento administrativo, donde son trasladados y adaptados, teniendo en cuenta las particularidades y exigencias de la actividad administrativa.

En otros casos, el derecho procesal tiene aplicación en el ámbito administrativo, por vía de analogía, ante la ausencia de normas propias administrativas.

k) Con el derecho laboral

Alguna parte de la doctrina ha señalado que el derecho laboral mantiene ciertas vinculaciones con el derecho administrativo, en todo aquello que se refiere a la seguridad e higiene en el trabajo, y el derecho de la seguridad social, cuyos órganos y procedimientos de aplicación son, por lo demás, de raigambre administrativa.

l) Con el derecho internacional público

Las exigencias de la vida moderna, en materias tales como sanidad, cultura, comunicaciones, asistencia social, etc., han dado lugar no sólo al acrecentamiento de las relaciones entre los distintos Estados, sino también a la creación, organización y funcionamiento de entidades y sistemas en los cuales, con la participación de esos Estados, son tratados y resueltas en común tales cuestiones.

El proceso de internacionalización, cada vez más evidente, ha dado lugar a la existencia de una organización pública internacional, que incluye, necesariamente, una administración pública internacional, la cual no puede regirse sino por principios e instituciones que son de derecho administrativo. Nace así el derecho internacional administrativo, que es de índole convencional, que se nutre y encuentra sus raíces en el derecho administrativo y en sus bases científicas y generales.

Pero, además, la actividad de cada Estado no se limita al solo ámbito de sus límites territoriales, sino que trasciende de ellos y se lleva a cabo, incluso, en otros Estados, en virtud o no de ficciones de extraterritorialidad, por medio de los órganos diplomáticos, consulares, etc. Todos ellos cumplen una actividad que en muchos aspectos es, sin discusión, administrativa y que se rige, como tal, por el derecho administrativo nacional, que no es convencional, como es obvio, o si se quiere, por una rama de él, que sería el derecho administrativo internacional.

Lo dicho pone de manifiesto la necesidad de que existan vinculaciones estrechas y frecuentes entre el derecho administrativo y el derecho internacional público, a fin de solucionar correctamente todos los problemas y cuestiones que de esa actividad resultan.

m) Con el derecho privado

El derecho privado, como es sabido, se constituye sobre la base de los principios de autonomía, igualdad y limitación de los poderes otorgados a los individuos, de lo que resultan relaciones fundadas en un criterio de coordinación interindividual; el derecho administrativo, en cambio, si bien se manifiesta respetando razonablemente ese justo equilibrio, se estructura reconociendo la preeminencia del interés público sobre los intereses particulares, y, por ende, la posición privilegiada de la administración pública, como gestora de ese interés público. Las relaciones de derecho administrativo son, así, relaciones de subordinación de los administrados frente a la administración, y de supraordinación de ésta respecto de aquellos.

El hecho de que el derecho administrativo fuera, hasta hace no mucho tiempo, un derecho en formación, dio lugar a que, ante la falta de elaboración de sus propias instituciones, se tuviera que recurrir a los principios propios del derecho privado, en especial del derecho civil, los cuales –por otra parte- contaban con una sólida explicitación dogmática y normativa, y una elaboración jurisprudencial importante.

En la actualidad, esa dependencia del derecho administrativo respecto del derecho privado ha desaparecido, y al contrario, se asiste a una creciente influencia del primero en el segundo, sobre todo bajo el influjo de una publicización acentuada de muchos aspectos del derecho civil y del derecho comercial.

De cualquier manera, el derecho administrativo y el derecho privado mantienen importantes vinculaciones, que es dable comprobar en materias tales como la capacidad de las personas individuales, el régimen de las personas jurídicas, la teoría de los actos jurídicos y de los contratos, el régimen del dominio, sus limitaciones y restricciones, las servidumbres y los derechos reales, el régimen de las sociedades civiles y comerciales, el sistema de ferias y bolsas de comercio, los privilegios, etc.

Además de aquellos casos en que la administración voluntariamente decide someterse a un régimen de derecho privado, en todos esos aspectos la interrelación entre ambas disciplinas jurídicas ha producido recíprocos beneficios, sin que ninguna de ellas haya tenido que perder, por ello, su autonomía conceptual, científica y normativa, que ya es indudable respecto del derecho administrativo, el cual se sirve de esas vinculaciones para tomar, adaptar o transformar conceptos y principios del derecho civil o del derecho comercial, que son elaborados sobre bases propias, teniendo en cuenta, principalmente, la vigencia del interés público y la posición espectable de la administración pública, que justifica el otorgamiento, en su favor, de situaciones jurídicas exorbitantes del derecho privado, pero que muchas veces ha comenzado por tener su origen esencial en éste.

n) Con el derecho minero

Entre el derecho administrativo y el derecho minero o de minería, como rama del derecho que considera todo lo atinente al régimen de apropiación, uso y goce de las sustancias minerales y de las minas, existen relaciones que resultan de puntos de contacto tales como el dominio de las minas, los principios de utilidad en que el derecho minero se funda, los casos de expropiación de las minas y, sobre todo, el otorgamiento de las concesiones mineras, que si para una parte de la doctrina tienen perfiles propios y diferenciativos, para otros no son sino verdaderas concesiones administrativas.

ñ) Con el derecho agrario

El derecho agrario, que ha sido reconocido como una rama autónoma del derecho, se caracteriza por presentar, en su normativización, bases jurídicas que son de derecho privado, y otras que son, en cambio, de estricto derecho público.

Es en este último aspecto donde se establecen las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho agrario, especialmente en lo atinente a la organización y funcionamiento de los entes que tienen a su cargo la regulación de ciertos aspectos de la economía agraria, los que aparecen como personas administrativas, y a los cuales es aplicable el derecho administrativo; al régimen de los bosques y de la aguas públicas o privadas; al sistema de los caminos rurales, y a las servidumbres y restricciones al dominio impuestas por razones de interés público; al ejercicio del poder de policía; etc.

La creciente publicización del derecho agrario va acentuando cada vez más esas vinculaciones y ampliando el campo de ellas.

o) Con el derecho industrial

La intensa actividad industrial de nuestro tiempo ha dado lugar a la aparición de una legislación especial, que considera los múltiples aspectos y relaciones jurídicas que dicha actividad origina, y que es objeto del estudio del llamado derecho industrial, constituido como una rema del derecho privado.

El derecho industrial se relaciona con el derecho administrativo en dos aspectos esenciales, en los cuales se halla en juego un real interés público, a saber: a) en todo lo referente a la policía industrial, a fin de procurar la seguridad, higiene, etc., de las actividades industriales. La policía industrial, en efecto, no es sino una forma del ejercicio del poder de policía que compete al Estado, aplicado a esa actividad, siendo, por tanto, materia, también del derecho administrativo. b) en todo lo atinente a la tutela jurídica de los empleados y obreros de la industria, como tales, siendo muchos de esos aspectos materia propia del derecho administrativo.

p) Con el derecho marítimo

El derecho marítimo o de la navegación trata y desarrolla todas las cuestiones que se vinculan o se originan en la navegación, y la utilización de los buques y artefactos navales.

Muchas de esas actividades presentan aspectos que son de índole administrativa; además, en ellas actúan organismos que como la Prefectura Naval Argentina, la Dirección Nacional de Aduanas, la Administración General de Puertos y Vías Navegables, etc., desarrollan formas de actividad que son, en la mayoría de los casos, también administrativas.

Es en todos esos aspectos que el derecho marítimo encuentra su vinculación con el derecho administrativo, y en los cuales este último cobra importancia relevante, dentro de ese campo.

q) Con el derecho aeronáutico

Lo mismo que ocurre en el caso del derecho marítimo, sucede con el derecho aeronáutico, en cuanto éste trata todo lo atinente con la navegación aérea y la utilización de las aeronaves.

Distintos aspectos considerados por esa rama del derecho, como el carácter dominical de los aeródromos, el dominio público aéreo, el régimen de los servicios auxiliares terrestres, el registro de las aeronaves, etc., son cuestiones que son de derecho administrativo o que encuentran su raíz y origen en este último.

De ahí las estrechas vinculaciones que se originan entre ambas disciplinas jurídicas.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Abad Hernando, Jesús, Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo, Córdoba, 1967.

2. Abad Hernando, Jesús, Régimen jurídico de los reglamentos: prelación normativa en el derecho positivo, separata de la Academía Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1991.
3. Aftalión, Enrique R., Derecho penal económico, Buenos Aires, 1959.
4. Aftalión, Enrique R., El derecho penal administrativo, Buenos Aires, 1955.
5. Aftalión, Enrique R., Las sanciones en el derecho penal económico, LL t. 90.
6. Alimena, B., Principios de derecho penal, Madrid, 1915, t. I.
7. Alsina, Hugo, Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1941, t. I.
8. Andreozzi, M., Derecho tributario argentino, Buenos Aires, 1951.
9. Astarloa Huarte-Mendicoa, Ignacio, Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español, en RAP, Nro. 106.
10. Badeni, Gregorio, Reforma constitucional e instituciones políticas, Buenos Aires, 1994.
11. Baena del Alcázar, M., Instrucciones y circulares como fuente del derecho administrativo, en RAP, Madrid, 1965, N° 48, p. 107 y ss.
12. Barra, Rodolfo C., Declaraciones, tratados y convenciones internacionales, en obra colectiva La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la comisión de redacción, Santa Fe, 1994.
13. Barra, Rodolfo C., La potestad reglamentaria de la Administración Pública, RAP, Nro. 1.
14. Bianchi, Alberto B., La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica, LL 1991-C, p. 153.
15. Bianchi, Alberto B., La delegación legislativa, Teoría de los Reglamentos Delegados en la Administración Pública, Buenos Aires Astrea, 1990.
16. Bianchi, Alberto B., Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictados antes de la reforma constitucional, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 23/03/1999.
17. Bidart Campos, Germán, Derecho constitucional, Buenos Aires, 1964.
18. Bidart Campos, Germán, La reforma constitucional de 1994, Tº VI, Buenos Aires, 1997.
19. Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1986.
20. Bidegain, Carlos, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, nueva versión revisada y actualizada con la reforma de 1994 por el autor y otros, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
21. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, t. I.
22. Bielsa, Rafael, Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1959, 3ra. Edic.
23. Bielsa, Rafael, Nociones preliminares de derecho fiscal, Buenos Aires, 1944.
24. Bielsa, Rafael, Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo, Buenos Aires, 1923.
25. Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Pte. gral., Buenos Aires, Abeledo Perrot, T° 1, 1976.
26. Bueno Monreal, Principios fundamentales del derecho público eclesiástico, Madrid, 1945.
27. Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, Buenos Aires, 1944, t. I.
28. Canasi, José, Derecho administrativo, t° 1, Buenos Aires, 1972.
29. Canasi, José, Derecho administrativo, tº 1, Buenos Aires, 1977.

30. Canda, Fabián O., Aeropuertos: un fallo con turbulencias (intervención de superintendencia, legitimación procesal y urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), ED 177-755.
31. Canda, Fabián O., El control de los reglamentos de necesidad y urgencia por la Corte Suprema, a través de ciertos precedentes paradigmáticos, ED 186-631.
32. Canosa, Armando, La delegación legislativa en la nueva constitución en Estudios sobre la reforma constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1995.
33. Carrillo, Marc, ¿El Decreto-ley: excepcionalidad o habitualidad?, "Revista de las Cortes Generales", Nro. 11, 1987, p. 76 y ss.
34. Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
35. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
36. Cassagne, Juan C., Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria en los decretos de necesidad y urgencia, LL 1991 E-1187.
37. Clavero Arévalo, Las formas políticas y la administración del Estado, en R.E.A., Sevilla, 1952.
38. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., ¿Control de constitucionalidad de oficio de las normas? (Un análisis del caso "Mill de Pereyra" resuelto por la Corte Suprema de la Nación), suplemento de Derecho Administrativo de El Derecho, 28/12/01.
39. Comadira, Julio R., Derecho administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios, Buenos Aires, 2003, segunda edición actualizada y ampliada.
40. Comadira, Julio R., La licitación pública (nociones, principios, cuestiones), Buenos Aires, 2000.
41. Comadira, Julio R., Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional, en LL 1995-B, 825.
42. Comadira, Julio R., Reglamentos de necesidad y urgencia (fundamento: su posible regulación legislativa), en LL 1993-D, 750.
43. Diez, Manuel M., Derecho Administrativo, Buenos Aires 1963; 2º edición actualizada, 1974-1976.
44. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1965, t. I.
45. Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, La Constitución reformada, comentada, interpretada y concordada, Buenos Aires, 1994.
46. Dromi, Roberto, Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1973.
47. Duguit, León, Les transformations du droit public, Paris, 1913.
48. Escola, Héctor J., Compendio de derecho administrativo, Buenos Aires, 1984.
49. Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, Gobierno por decreto en la Argentina (1989-1993), ED 27/6/1994.
50. Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo, Tº 1, 2da. Edicición actualizada, Buenos Aires, 1976.
51. Fiorini, Bartolomé A., Inexistencia de las reservas del poder administrador, LL 152-963.
52. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1958.
53. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1944.
54. García Belsunce, H. A., La autonomía del derecho tributario, Buenos Aires, 1957.
55. García Lema, Alberto, La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava, ED 182-1285

56. García Lema, Alberto, La reforma de la Constitución: Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción con la colaboración del Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1994.
57. García Macho, Ricardo, Reserva de la ley y potestad reglamentaria, Madrid, 1988.
58. García Oviedo-Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 1968.
59. García Pelayo, Manuel, Derecho constitucional comparado, Madrid, 1959.
60. García Trevijano Fos, José A., Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1964, t. I.
61. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madird, 1964, t. I.
62. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, Buenos Aires, 2001.
63. Gelli, María Angélica, Cuestiones de la delegación legislativa, ED 182:1277.
64. Giuliani Fonrouge, Carlos, Derecho financiero, Buenos Aires, 1965, t. I.
65. Gonzalez Calderón, Juan A., Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1963, p. 291.
66. González Calderón, Juan A., Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1918, Tº II.
67. González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo, Madrid, 1955, t. I.
68. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, t. 1.
69. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada, anotada y concordada, T. I, Buenos Aires 1985-1988.
70. Jesch, Dietrich, Ley y administración, Madrid, 1978.
71. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, 5ª ed., Paris, 1970, t. I.
72. Linares Quintana, Segundo V., Gobierno y Administración de la República Argentina, Buenos Aires, 1959.
73. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires, 1953-1963, t. I.
74. Linares, Juan Francisco, Cosa juzgada administrativa.
75. Linares, Juan Francisco, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1986.
76. Linares, Juan Francisco, Los reglamentos autónomos en el orden federal, LL 1981-D, p. 1217.
77. Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, Buenos Aires, 1970, 2da. edic. act.
78. Llambías, Jorge Joaquin, Tratado de Derecho Civil, Pte. gral., Buenos Aires, T° 1, 1995.
79. López Rodó, Laureano, El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, RAP, nº 100-102, vol 1, p. 338.
80. Marienhoff, Miguel S., El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público, LL 1989-E-963.
81. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1965, t. I.
82. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Tº I, 4ª edición, Buenos Aires, 1990.
83. Mayer, Otto, Derecho Administrativo Aleman, Tº 1, Buenos Aires, 1949.
84. Micele, Mario, Las circulares e instrucciones como fuentes del derecho tributario. Validez de su invocación por los responsables, en "Impuestos", Tomo LV-A, p. 1179 y ss.

85. Midón, Mario, Los inciertos límites de la legislación delegada, separata de ED, Temas de reforma constitucional del 22/09/1995.
86. Monti, Laura, tesina titulada La responsabilidad del Estado por la emisión de los reglamentos de necesidad y urgencia, presentada para obtener el título de Magister en derecho administrativo en la Universidad Austral, Buenos Aires, 1992.
87. Morillo-Velarde Pérez, José, El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional, en obra colectiva, Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, 1989.
88. Nielsen, Federico, Una discutible doctrina sobre la vigencia de las leyes, EDA, 2005-75.
89. Oyhanarte, Julio, Poder político y cambio estructural en la Argentina, un estudio sobre el Estado de Desarrollo, Buenos Aires, 1969.
90. Padilla, Miguel, Lecciones sobre derechos humanos y garantías, Tº I, Buenos Aires, 1986.
91. Pérez Llana, E. A., Derecho agrario, 3ª ed., Santa Fe, 1959.
92. Perrino, Pablo, Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma constitucional, en Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
93. Quiroga Lavié, Humberto, La constitución de la Nación Argentina Comentada, 2da. edic. actualizada, Buenos Aires, 1997.
94. Quriroga Lavié, Humberto, en La potestad Legislativa, Buenos Aires, 1993.
95. Ramella, Pablo, Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1982.
96. Revidatti, Gustavo, Derecho administrativo, Tomo 1, Buenos Aires, 1984.
97. Sagüés, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, tomo 1, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1997.
98. Sagüés, Néstor P., Legislación del Poder Ejecutivo detraída del Poder Legislativo, en "Revista de derecho bancario y de la actividad financiera", Nros. 1/2, p. 137.
99. Sagüés, Néstor P., Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino, LL 1985-E, p. 798.
100. Salvat, R., Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Buenos Aires, 1965, t. I.
101. Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1945.
102. Santiago (h), Alfonso, Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte sobre la delegación legislativa, LL 1994-B, 633.
103. Sarría, Félix, Derecho administrativo, Córdoba, 1950.
104. Satanowsky, M., Tratado de derecho comercial, Buenos Aires, 1957, t. I.
105. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
106. Segovia, Juan Fernando, Delegación legislativa e incremento de las atribuciones del Ejecutivo, en Atribuciones del Presidente Argentino, Buenos Aires, 1986.
107. Seisdedos, Felipe, Inmunidades parlamentarias y comisiones investigadoras en las constituciones provinciales, en la obra colectiva Derecho publico provincial, Buenos Aires, 1991, T º2.
108. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1945.
109. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1956.

110. Spisso, Rodolfo, Ley de consolidación de deudas del Estado, La Constitución mancillada. Ocaso de la seguridad jurídica. Quiebra de la división de poderes del Estado. Buenos Aires, 1992.
111. Spota, Alberto G., El procedimiento penal administrativo, Buenos Aires, 1945.
112. Tawil, Guido S., Primeras Jornadas Nacionales sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional, Buenos Aires, 1994.
113. Terán Lomas, R. A., Delitos económicos al margen del Código Penal, LL t. 85.
114. Urrutigoity, Javier, Comentario sobre la delegación legislativa en la Reforma Constitucional, en obra colectiva, La reforma constitucional interpretada, Bs.As., 1995.
115. Vanossi, Jorge, Los reglamentos de necesidad y urgencia, JA 1987-IV-885.
116. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Tº I, Buenos Aires, 1949.
117. Zambrano, Pedro, Decreto de Necesidad y Urgencia. La evolución jurisprudencial sobre el valor del silencio o de la ratificación implícita por el Congreso. El veto del Poder Ejecutivo. El caso "Verrochi", en REDA, n. 30/31, p. 109.
118. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1942.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA
HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
Federico Nielsen

PARTE TERCERA

PERSONALIDAD DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Capítulo IV

La personalidad del Estado, organización administrativa y órganos estatales[1]

1. Noción de persona. Personas jurídicas públicas y privadas.

La noción jurídica de "persona", su caracterización, la determinación y explicación de su naturaleza propia, así como su clasificación, son cuestiones que atañen al derecho civil, donde son objeto de un minucioso estudio, que el derecho administrativo no puede sino aceptar y aplicar.

En este sentido, cabe recordar que para nuestro Código Civil, "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones" (art. 30), condición que les es otorgada por las leyes, y cuya capacidad o incapacidad nace de esa facultad, que las mismas leyes les conceden o niegan.

Las personas, así entendidas y definidas, pueden ser distinguidas en dos grandes grupos, a saber: por un lado, las personas de existencia visible o personas naturales, que son todos los seres humanos, sin excepción, cuya existencia comienza desde que han sido concebidas en el seno materno; por el otro, las personas de existencia ideal o personas morales, que son todos los entes capaces de adquirir y contraer obligaciones que no son personas de existencia visible, y a las cuales el propio Código Civil llama "personas de existencia ideal" o "personas jurídicas".

No obstante, y fundándose en las disposiciones de ese mismo cuerpo legal, la doctrina ha aceptado que las personas de existencia ideal pueden ser divididas, a su vez, en personas jurídicas, y en personas de existencia ideal propiamente dicha, que son aquellas que no teniendo existencia legal como personas jurídicas, son consideradas como simples asociaciones civiles.

Las personas jurídicas, finalmente, siempre según nuestro Código Civil, pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público el Estado nacional, las provincias, y los municipios, las entidades autárquicas, y la Iglesia Católica, mientras que tienen carácter privado, las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar (art. 33).

Esta distinción de las personas jurídicas en públicas y privadas tiene especial importancia para el derecho administrativo, razón por la cual, hemos de referirnos a ella con más detalle.

Toda la doctrina administrativa coincide en aceptar esa división, que responde, además, a una innegable realidad material, pero las divergencias aparecen cuando se trata de precisar sobre qué criterios o bases conceptuales debe fundarse la diferenciación y consecuentemente, cuáles son las notas caracterizantes que permiten calificar a una persona jurídica dada como pública o privada.

[1] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira, quien también redactó el punto 11.

Es que mas allá de la enumeración y la calificación puramente legal, es indispensable contar con apreciaciones que expliquen el criterio normativamente adoptado, y que sirvan, igualmente para dirimir la cuestión, no ya en los casos extremos en que la distinción es notoria, sino en aquellos otros, mucho más frecuentes, en que no aparece tan visible, o en los cuales la situación, incluso, llega a ser confusa.

Los criterios más importantes propuestos en tal sentido, son en concreto los siguientes:

1) Criterio del origen de la persona jurídica. Este sistema elaborado por Ducrocq, reconoce que son personas jurídicas públicas las que han sido creadas por el Estado, por cualquiera de los medios viables para hacerlo, mientras que son personas jurídicas privadas aquellas que han sido creadas por los particulares, aun cuando esa decisión necesite ser aprobada, aceptada, o convalidada por el Estado.

Se ha señalado con razón que este criterio es, en sí mismo, insuficiente, ya que es posible comprobar la existencia de personas jurídicas públicas que no han sido creadas por el Estado, y la de entidades que son indudablemente privadas y que, no obstante, han sido originadas por él.

2) Criterio del fin público. En este sistema, sostenido por Mayer, se entiede que son personas jurídicas públicas aquellas que persiguen un fin público, o, más precisamente, un fin de interés público; y que son personas jurídicas privadas que sólo tienen en mira la consecución de un mero interés privado o particular.

La noción del interés público, de tal modo, se constituye en un elemento esencial para la diferenciación, y siendo como es una idea de contenido variable, permitirá ir actualizando, en el tiempo, las bases para su aplicación.

Este es, sin lugar dudas, el método que mejor contribuye a fundar la diferenciación entre una y otra clase de personas jurídicas, y el que más adhesiones ha recibido.

3) Criterio de las prerrogativas de poder público. Según esta teoría, precisada por Jellinek, lo que singulariza a las personas jurídicas públicas es la particularidad de que tienen y ejercen prerrogativas que son propias del poder público, y que las personas jurídicas privadas, en cambio, no tienen.

Esta solución, tomada aisladamente, no es enteramente satisfactoria, ya que aquí también es factible comprobar la existencia de personas públicas que no gozan de tales prerrogativas, y personas privadas que sí las tienen, como ocurre en el caso de concesionarios de servicios públicos.

4) Criterio del grado de control estatal. En este sistema, el elemento que se toma como base para distinguir las personas jurídicas públicas de las privadas, es el grado de intensidad del control o tutela que sobre dichas personas jurídicas ejerce el Estado, el cual, siendo muy intenso en el supuesto de las personas públicas, tiene mucho menor relieve en el de las personas privadas.

Dos circunstancias han contribuido a disminuir la importancia de este criterio. Una es la convicción de que el mayor o menor control que sobre las personas jurídicas lleva a cabo el Estado es, en realidad, consecuencia, y no causa, de su caracterización como públicas o privadas; el otro es el de las dificultades de su aplicación, ya que no se ha logrado precisar debidamente cuándo el control o tutela son intensos y cuándo menores, lo que torna prácticamente inaplicable el sistema, sobre todo en los casos marginales, que son, justamente, los que reclaman mayor precisión.

5) Criterio del servicio público. Según este sistema, son personas jurídicas públicas sólo aquellas que tienen a su cargo la prestación de un servicio público.

Como fácil resulta advertirlo, este criterio, originado en Jéze, carece de verdadero asidero, no sólo porque existen numerosas personas jurídicas públicas que no

llevan a cabo la presentación o atención de servicios de esa clase, sino porque, además, debe considerárselo subsumido dentro del criterio del fin público, del cual sería un resultado parcializado.

Otros criterios tales como los que tienen en cuenta la forma adoptada para la creación del ente o persona, su encuadramiento o no dentro de la organización estatal, el origen de los recursos que utilizan, o la jurisdicción judicial aplicable para dirimir los conflictos o controversias que con ellos puedan suscitarse, no tiene tampoco relevancia, pues o son consecuencia del carácter público y privado de la persona jurídica de que se trate, y por ende, no ocurren a su caracterización, o sólo suministran indicaciones que no llegan a ser exclusivas de un tipo u otro de personas jurídicas.

En conclusión, se puede aceptar que el criterio del fin público o de interés público es el que mejor servirá para determinar si una persona jurídica es pública o privada, a lo que contribuirá también eficazmente la aplicación de los restantes criterios, en cuanto estos últimos servirán para acentuar o reafirmar la conclusión a que con el otro se hubiera llegado.

2. Personas públicas estatales y no estatales

Al principio, las personas jurídicas públicas fueron entendidas y calificadas como personas jurídicas públicas estatales, aceptándose de ese modo un necesario parangón entre ambos conceptos: toda persona jurídica pública era estatal, y toda persona jurídica estatal era pública, lo cual implicaba, además su sometimiento prioritario y preponderante al derecho público.

Fue Michoud quien primeramente destacó la posibilidad de que existieran personas jurídicas públicas estatales, y personas jurídicas públicas no estatales, temperamento que fue doctrinalmente desarrollado por Sayagués Laso, que sostuvo que es innegable que existen personas colectivas que no son estatales, que no pertenecen a la colectividad, ni integran la administración pública, ya sea porque el legislador las creó con ese carácter, ya sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad de estatal, lo cual no impide, sin embargo, que tales personas jurídicas sean públicas y estén regidas, en todo o en gran parte, por el derecho público.

Los criterios propuestos para diferenciar a una y otra clase de personas jurídicas públicas, son los siguientes:

1) Sistema de la satisfacción de fines específicos del Estado. Según este criterio, son personas jurídicas públicas estatales aquellas que tienen como objetivo la satisfacción de fines específicos del Estado, es decir, propios de éste, mientras que son personas jurídicas públicas no estatales las que no persiguen el logro de finalidades específicas del Estado, aún cuando las que pretenden alcanzar sean de interés general. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de aquellas entidades públicas que desarrollan actividades de tipo comercial o industrial, debiéndose tener presente, sin embargo, especialmente en nuestra época (el autor escribe en 1984), que el propio Estado crea diversos tipos de entidades públicas que cumplen cometidos de esa clase, con lo cual el distingo puede no parecer tan claro y estricto.

2) Sistema que atiende al origen del capital de la entidad. Para quienes propugnan este sistema, la nota que permite diferenciar y clasificar a una persona jurídica pública como estatal o no estatal es el origen y la composición de su capital. Si

éste pertenece o ha sido suministrado íntegramente por el Estado, la entidad es estatal; si el capital pertenece o ha sido suministrado total o parcialmente por personas privadas, la entidad es no estatal. Se ha señalado, con razón, que este sistema no suministra un criterio de diferenciación cierto, ya que una u otra forma de integración del capital –total o parcialmente proveniente del Estado o aun totalmente proveniente de personas privadas- puede darse tanto en el caso de personas jurídicas públicas estatales o no estatales, citándose, en apoyo de esta objeción, la situación de las Cajas Nacionales de Previsión, en el régimen de la ley 17.575.

3) Sistema que atiende al encuadramiento orgánico de la entidad. Finalmente, se ha sostenido que una persona jurídica pública es estatal cuando pertenece y está incluida dentro de los cuadros que componen la administración pública, siendo no estatal en el caso contrario. Este criterio no aparece, tampoco, como suficientemente claro y categórico, máxime si se recuerda que en muchos supuestos no es fácil concluir si una entidad determinada está o no incluida realmente en la administración pública, sin perjuicio de que pueda estar o no incluida en los cuadros orgánicos de ésta.

Todo lo dicho pone de manifiesto que la diferenciación de las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales, no obstante aparecer como atrayente y fundada, es en realidad bastante confusa, máxime si se considera que los criterios puntualizados para distinguir una y otra clase de entidades se superponen o coinciden, en gran parte, con los que se aplican para diferenciar las personas jurídicas públicas de las privadas, y a los cuales ya nos referimos en el parágrafo anterior.

Es por eso que distintos autores destacan que la distinción no puede fundarse en uno sólo de los elementos propuestos, sino más bien en varios o en todos ellos, aún cuando esa coincidencia no se extienda a la determinación de cuáles deben ser ellos.

Dentro de esa tónica, se ha sostenido que las personas jurídicas públicas no estatales presentan los siguientes caracteres: *a*) por lo común, su creación resulta de la ley; *b*) persiguen fines de interés público, que no son fines específicos del Estado; *c*) pueden gozar de ciertas prerrogativas de poder público; *d*) el Estado ejerce sobre ellas y su actividad un control intenso; *e*) su capital y sus recursos provienen, principalmente y por lo general, de las personas que están afiliadas o incorporadas a ellas; *f*) las personas que se desempeñan en esas entidades no son agentes públicos; *g*) sus decisiones y resoluciones no son actos administrativos (sin embargo, ver nuestra opinión en el capítulo en que desarrollamos el concepto de acto administrativo), aún cuando tales entidades puedan estar sometidas, con mayor o menor preponderancia, al derecho público (Cassagne).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado la existencia de las personas jurídicias públicas no estatales en las causas "Farmacia Roca"[2]; "Ferrari"[3]; "Colegio Público de Abogados"[4] y "Apoderados del Partido Liberal"[5], entre otras.

Tampoco se debe descartar, como efectivamente ocurre, la posibilidad de que el Estado cree, para su accionar, personas jurídicas privadas, o más exactamente que adopte, para llevar a cabo ciertos cometidos, las formas y figuras propias del derecho

[2] CSJN, 28/02/1989, "Farmacia Roca S.C.S. c/ Inst. Nac. de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso – administrativo", Fallos: 312:234.
[3] CSJN, 1986, "Ferrari, Alejandro Melitón c/ Nación Argentina" (PEN).", Fallos: 308:987.
[4] CSJN, 01/09/1992, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Martínez Echenique, Benjamín s/ cobro de sumas de dinero", Fallos: 315:1830.
[5] CSJN, 14/10/1999, "Apoderados Partido Liberal, Todos por la Alianza, Pacto Autonomista Liberal - Partido Demócrata Progresista s/ Impugnan candidaturas a cargos electivos nacionales s/ su solicitud de avocamiento directo", Fallos: 322:2424.

privado, aunque de algún modo y en algunos aspectos también sometidos al derecho administrativo, las que para ser realmente admisibles deberán concurrir, por lo menos de manera indirecta, a la obtención de los fines específicos del Estado, tal como ocurre en el supuesto de las sociedades y empresas del Estado, afectadas a la prestación de actividades comerciales e industriales. Ver, en este sentido, lo expuesto *infra*.

3. Teorías sobre la personalidad del Estado

Esta cuestión, en efecto, ha dado lugar a prolongadas controversias doctrinales, y a teorías muy dispares y aun opuestas entre sí, fundadas en consideraciones no sólo jurídicas, sino también políticas.

Tales teorías pueden ser agrupadas en dos sistemas principales: por un lado, las que restringen o niegan totalmente la personalidad del Estado; y por el otro, las que aceptan, con diferentes variantes, la existencia de esa personalidad.

Las teorías restrictivas o negativas parten de la afirmación de que las personas físicas son las únicas que pueden tener personalidad jurídica. Las asociaciones, en cambio, cualquiera que sea su forma y entidad, no constituyen sino una suma de personas físicas que quieren y actúan colectivamente, pero sin que ello implique la aparición de una personalidad nueva, diferenciada de las personas físicas componentes, capaz de tener una voluntad y una razón propias. El Estado, de tal modo, no puede tener una personalidad distinta de quienes lo compongan, y esta circunstancia permitía a Duguit sostener que el Estado no es más que una pura abstracción, ya que en la realidad son los individuos quienes ejercen el poder estatal.

Esta posición doctrinal ha sido objeto de severas críticas, en especial en cuanto no reconoce en el Estado la existencia de una finalidad superior, que es la causa de su existencia y cohesión, y no acepta que la personalidad jurídica constituye una realidad que no puede ser desconocida, y que tiene tanta validez como la personalidad física o material.

Entre las teorías que aceptan la existencia de la personalidad del Estado cabe destacar las siguientes:

a) Teorías que admiten la personalidad jurídica del Estado, pero no la personalidad moral.

1) Teoría del interés. Según esta tendencia, la colectividad estatal tiene intereses propios, que son distintos de aquellos de los individuos que la componen. La existencia de esos intereses es la que da lugar y justifica que el Estado sea un sujeto de derecho, ya que es sujeto de los derechos y obligaciones relativos o que se refieren a ese interés colectivo.

Se ha puntualizado, en este aspecto, que no existen intereses puramente estatales, sino que los destinatarios del interés colectivo son los propios integrantes, presentes y futuros, de la colectividad estatal.

2) Teoría normativa. Para Kelsen, que fue quien desarrolló este criterio, el Estado es la personificación del orden jurídico total, que constituye la comunidad jurídica comprensiva de todas las comunidades jurídicas parciales. El Estado es el derecho, en toda su complejidad, convertido en sujeto ideal y común, en quien se centra

la imputación de todos los actos previstos por las normas, y que llevan a cabo las personas físicas que, en definitiva, son investidas y aparecen como órganos estatales.

La teoría normativa, que ha sido criticada por imputársele un excesivo formalismo, debe ser concebida como una fundamentación normativa del Estado, aceptable en esa esfera, y contribuye a solucionar muchos de los problemas que las otras teorías no alcanzan a explicar suficientemente.

b) Teorías que afirman que el Estado es una persona jurídica y al mismo tiempo moral.

En esta posición se admite que el estado tiene esa doble personalidad, pero reconociendo siempre que la personalidad moral es anterior a la jurídica, que necesariamente la presupone, con el agregado de que esa personalidad precedente no es producto del orden normativo, sino de la realidad social.

1. Teoría de la voluntad colectiva. Para quienes se enrolan en esta orientación, el Estado es persona en cuanto es el sujeto de la voluntad de la colectividad estatal, la cual es una, continua y superior a las voluntades individuales. La escuela orgánica alemana sólo ve en la colectividad estatal un organismo o corporación, que tiene una voluntad y una actividad que se manifiesta por sus propios órganos. Para otras escuelas, en cambio, es la finalidad atribuida al Estado la que actúa como fuerza de cohesión, que origina una resultante unificada. En ambos casos, al aceptarse que la colectividad estatal tiene una voluntad propia y diferenciada, se fundamenta que el Estado aparezca como una persona jurídica.

2. Teoría de Carré de Malberg. Para este autor el Estado consiste en una pluralidad de individuos, y esa pluralidad se halla constituida y organizada de manera tal que se resuelve en una unidad indivisible, que aparece con personalidad en cuanto es, al mismo tiempo, una unidad jurídica, una de cuyas características salientes es su continuidad.

c) Teorías que vinculan u oponen la personalidad del Estado con la de la Nación.

Para quienes aceptan esta posición, la Nación es la persona moral y el Estado la personificación jurídica de la Nación. Esta doctrina apareció con el advenimiento de la Revolución Francesa de 1789, y en especial con el concepto de soberanía establecido por ella, admitiendo como variante aquella que entiende que el Estado no es sino la personificación de sí mismo.

Esta tendencia carece de verdadero asidero, y actualmente ha perdido su auge, principalmente por contribuir a establecer una dualidad de personas, con los inconvenientes que de ello se derivan.

De todo lo dicho, resulta claro que el Estado es una persona artificial, una construcción jurídica, que obra por medio de las personas físicas que actúan como órganos componentes de esa personalidad, y que en nuestro ordenamiento normativo es una persona jurídica pública, de existencia necesaria, en la cual es posible escindir una personalidad política, que en ejercicio de su poder crea el ordenamiento jurídico, y una personalidad jurídica, estructurada conforme a ese ordenamiento normativo.

Entre las ventajas que ofrece el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado se han señalado las siguientes:

1) explica acabadamente la continuidad y perpetuidad del Estado;

2) fundamenta las relaciones patrimoniales que se establecen entre la administración pública y los administrados;

3) permite otorgar una adecuada configuración jurídica a las relaciones de poder, como ocurre en el caso de los actos y los contratos administrativos;

4) da lugar a la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado;

5) justifica y explica las relaciones jurídico-administrativas; y

6) posibilita que el Estado pueda estar en juicio, con o frente a otras personas físicas o jurídicas.

El Estado no tiene sino una sola y única personalidad, que puede actuar indistintamente en la órbita del derecho público o en la del derecho privado, o más exactamente, una sola personalidad que actúa ciñéndose predominantemente al derecho público o al derecho privado, pero sin excluir totalmente, en la mayoría de los casos, al otro de esos aspectos normativos de su actividad integral.

El sistema de la doble personalidad del Estado, en efecto, ha quedado ya definitivamente superado y abandonado, solucionándose de ese modo todos los problemas e inconvenientes, teóricos y prácticos, que el antiguo reconocimiento de tal doble personalidad había originado.

4. Actuación del Estado

Si el Estado es una persona jurídica pública, de existencia necesaria, con una sola y única personalidad, y que, como tal, sólo puede actuar por medio de las personas físicas a las cuales se les confiere ese rol y esa atribución, es natural que se haya pretendido siempre explicar en razón de qué fundamentos los actos de esas personas aparecen como voluntad del Estado y son imputables a éste.

Tres teorías se han elaborado a ese fin, de las cuales, en la actualidad, sólo una de ellas mantiene su validez.

En un principio, y como natural resultado del influjo entonces prevaleciente del derecho privado, se echó mano de la teoría del mandato, reconociéndose que las personas físicas que actuaban como agentes del Estado eran simples mandatarios de la persona jurídica estatal, la cual, a su vez, era quien había otorgado ese mandato, es decir, era el mandante. De ese modo, y tal como ocurre en todo mandato, los actos de los agentes estatales podían ser imputados al Estado y obligarlo.

Sin embargo, a pesar de la aparente corrección y simplicidad de esta explicación, pronto se hizo evidente que ella se fundaba en una contradicción inicial, que fue imposible salvar. En efecto, si el Estado era una personalidad jurídica carente de voluntad y querer propios, no se podía entender cómo podía haber otorgado el primer mandato y constituido su primer mandatario, ya que en ese momento no existía ninguna persona física que pudiera, en su nombre, otorgar aquél acto inicial.

Con un sentido y alcance semejantes, se estructuró la llamada teoría de la representación o de la representación legal, asentada en principios extraídos igualmente del derecho civil, según la cual las personas jurídicas, y entre ellas el Estado, al carecer de voluntad, son representadas por las personas físicas a las cuales se atribuye esa función. La ley, al crear una persona jurídica, determina quiénes serán sus

representantes, o al menos precisa cómo serán designados tales representantes. La representación tiene lugar, de esa manera, del mismo modo y con los mismos efectos como se lleva a cabo la representación de un menor o de un insano, y con el objeto de suplir su incapacidad, haciendo que los actos del representante sean tomados como actos del propio representado, al cual obligan.

La teoría de la representación, que fue aceptada por Mayer y adoptada por la Constitución francesa de 1791, se hace pasible de las mismas críticas efectuadas en torno de la teoría del mandato, pues no da razón de cómo puede ser que el Estado, careciendo de voluntad, pudo haber llegado a designar a sus primeros representantes.

Fue por ello que posteriormente por obra principalmente de Gierke, en Alemania, y de Michoud y Carré de Malberg, en Francia, se desarrolló la teoría del órgano, que permitió superar las antinomias fundamentales de las dos anteriores, en especial las que se derivan de la necesidad de la existencia de dos personas distintas –mandante y mandatario, o representante y representado- y las que resultaban del principio de que los actos de los mandatarios o representantes sólo obligan en cuanto han sido regular y válidamente cumplidos, lo que contrariaba los más modernos principios sobre la responsabilidad del Estado.

La teoría del órgano, a la cual nos referiremos con detalle en el parágrafo siguiente, parte del supuesto innegable de que la voluntad es un atributo propio e inherente a las personas físicas, las cuales son las únicas realmente capaces de querer, motivo por el cual, al disponerse la organización del Estado, se previó qué personas físicas tendrán el encargo de expresar una voluntad que sería imputada al ser colectivo, al Estado. Esas personas son los órganos de voluntad de la persona colectiva, de la persona jurídica, mediante los cuales ésta puede querer jurídicamente.

El órgano, así entendido, no es un ente extraño a la persona jurídica, ni un sujeto diferente de ella, sino que, al contrario, forma parte de ella. El órgano nace con la persona jurídica, siendo uno de sus elementos constitutivos, y es el instrumento o el medio para que exprese su voluntad y actúe.

Pero –y este concepto es importante- la persona jurídica, en el caso del Estado, y sus órganos componen una sola unidad, que no puede diferenciarse ni escindirse, en sí misma.

La teoría del órgano, con sus variantes admitidas, es la que actualmente predomina, y la que mejor permite fundar y explicar todos los problemas que se vinculan con la necesaria actuación del Estado, y de la administración pública.

5. Consideración particular de la teoría del órgano

Expuesta ya en el parágrafo precedente, en forma general, la teoría del órgano, procede ahora ahondar algunos de los aspectos que ella ofrece.

Son varias las doctrinas propuestas que explican qué se debe entender, en esta materia, por "órgano", expresión que no debe ser confundida con la noción que se le atribuye en el campo de la biología, y que ha sido utilizada en el mundo jurídico con un sentido meramente referencial o metafórico. Todas esas doctrinas pueden ser agrupadas desde dos puntos de vista diferentes.

Por un lado, se hallan las doctrinas objetivas, que entienden por "órgano" cada una de las partes o esferas en que se descomponen las atribuciones y los medios de la administración pública, y que aparecen, por ende, como centros de competencia independiente de las personas físicas que en ellos se desempeñan y la ejercen. Por el otro, en cambio, aparecen las doctrinas subjetivas, que reconocen que el "órgano" está constituido por la persona o personas físicas que tienen a su cargo, por haber sido encargadas de ello, formar, interpretar y ejercer la voluntad administrativa, como tal.

Dentro de esas posiciones caben distintas formas o maneras de considerar la existencia y realidad de los órganos que componen la administración pública, y así, por ejemplo, es posible referirse a cada órgano, desde un punto de vista estático, como una porción funcional, y desde un punto de vista dinámico, a esa misma porción funcional, con el agregado del elemento humano cuya actividad mental y física es la que anima dicha unidad; al órgano-individuo, que no es sino la persona o personas que se desempeñan en él, o al órgano-institución, que surge como una unidad jurídica en la cual a las personas físicas se les suma la competencia, y los medios materiales y los actos con que llega a exteriorizarse; al órgano jurídico y al órgano físico; o a la opinión subjetiva o a la opinión objetiva que de ellos puede tenerse; todas las cuales no son sino variantes de las primeras.

De cualquier manera, es innegable que la noción de "órgano" no puede llegar a concretarse sino partiendo de dos elementos diferentes, que concurren a conformarla, a saber: 1) un elemento estático, permanente y abstracto, que no es otra cosa que la estructura que es centro de competencia y atribuciones que deben ser ejercidas, y que configura al órgano en su calidad institucional, las cuales pertenecen a éste, y no a las personas (órgano-institución); y 2) un elemento dinámico, variable y concreto, integrado por las personas físicas que actúan en la estructura y ponen en movimiento aquellas competencias y atribuciones (órgano-persona). Algunos autores (Sayagués Laso) añaden a estos dos elementos un tercero, que es la forma, es decir, la disposición como aparece establecido el órgano y sobre cuya base actúa.

En consecuencia, pronto se advierte que lo que ocurre es que algunas personas físicas, en virtud de diferentes títulos, como la elección, el nombramiento, el sorteo, el contrato, etc., se incorporan a ciertas estructuras estatales, y actúan en ellas por el Estado, debido a un proceso de despersonalización, de modo que su voluntad se transforma en acto del Estado, y es imputable a éste.

Es interesante destacar que esta imputación puede tener lugar de dos maneras, según fuere la doctrina que se acepte. Para una posición, que se califica de subjetiva, se funda en la finalidad perseguida por el agente al actuar, que no debe ser otra que la del mismo Estado, de suerte que cuando así ocurre el acto cumplido es acto estatal. Para otra posición, que se entiende como objetiva, para fundar la imputación se prescinde de la motivación que puede haber tenido el agente, para atender solamente al acto cumplido, entendiendo que es un acto del Estado cuando ha sido llevado a cabo dentro del marco legal establecido al efecto (criterio de la legitimidad); o que asume tal carácter cuando reviste la apariencia externa de un hecho o un acto propios de la función atribuida al órgano de que se trate (criterio de la reconocibilidad exterior). Este último criterio es el más aceptado, y explica convenientemente el problema de la imputación de los actos irregulares (nulos, anulables, etc.), contando entre nosotros con

respaldo legal, por lo cual ha sido adoptado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación[6].

El órgano, pues, no teniendo existencia visible sino jurídica, aparece como una unidad inescindible, compuesta por dos elementos, uno estático y normativo, y otro dinámico y humano, los cuales configuran un todo.

Son las personas físicas, más el aditamento de las atribuciones que les son conferidas y los medios que les son otorgados para su correcto ejercicio, las que dan razón, en su conjunto, a que se pueda sostener que existe, realmente, un "órgano" de la administración (Marienhoff-Sayagués Laso).

De tal forma, sería aceptable la definición según la cual un órgano no es sino una institución, que actúa por medio de un titular (Romano).

Como principio general, los órganos no tienen una personalidad jurídica distinta de la del ente al cual pertenecen y componen, salvo que exista una norma legal expresa que disponga lo contrario. Por ello mismo, carecen de fines autónomos y de derechos e intereses propios, pues sólo tienen los que son atributo del ente del cual forman parte.

No obstante, alguna parte de la doctrina, sin mayor fundamento, pretende reconocer la existencia de una "cuasi personalidad" o de una "subjetividad parcial" en los órganos, pero esta posición no ha predominado sobre la anterior.

En la sentencia dictada en la causa "Vadell" la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó la teoría del órgano, al entender que la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público, a causa de la actuación defectuosa del Registro de la Propiedad de una provincia, no configura un supuesto de responsabilidad indirecta regulado por el artículo 1113 del Código Civil (referido, en lo que aquí interesa, a la responsabilidad del *principal* por lo hechos dañosos de sus *dependientes*), sino una actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, la cual, por tal motivo, se debe considerar propia de éstas, quienes deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas[7].

6. Órgano, cargo, oficio. Órgano y agente.

En algunas ocasiones, las expresiones "órgano", "cargo" y "oficio" son utilizadas como si se refirieran a un mismo concepto o a conceptos semejantes. Sin embargo, no siempre hay que entenderlo así, y por ello conviene diferenciarlas, para evitar confusiones.

El concepto o noción de "órgano" ha quedado reseñado en el parágrafo anterior, y allí nos remitimos.

Por "cargo", en cambio, se debe entender el lugar o posición que un sujeto ocupa dentro de un órgano determinado, no sólo estáticamente, sino también dinámicamente, es decir, funcionalmente. Cada cargo tiene una actividad especialmente fijada, un conjunto de atribuciones y deberes, y es individualizado por una denominación que permite clasificarlos y distribuirlos en el conjunto orgánico.

Además, si los órganos tienen formas y estructuras que pueden ser variables, los cargos, en cambio, se caracterizan por responder a un patrón único y estable.

---

[6] Como se puede ver en CSJN, 1931, "Gasull, José c/ Provincia de Mendoza", Fallos: 160:381; y 1931, "Ferrugia, José María c/ Provincia de San Juan", Fallos: 163:155.

[7] CSJN, 1984, "Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 306: 2030, considerando 6º.

El "oficio", a su vez, puede ser entendido de dos maneras diferentes: o como la obligación de una persona determinada de realizar cierta función del Estado; o como una porción funcionalmente precisada de asuntos o cuestiones estatales; es decir, como un complejo ideal de atribuciones y poderes.

La noción de oficio, utilizada en la doctrina alemana y muy especialmente en la italiana, no es enteramente aceptable, siendo preferible referirse, exclusivamente, al concepto más preciso de "órgano" (García Trevijano Fos).

Ahora bien: ¿qué tipo de relaciones se establecen entre el órgano, como tal, y las personas físicas que componen el elemento humano con el cual se integra dicho órgano?

En unos casos, esas personas físicas, investidas como agentes estatales por medio de las distintas formas establecidas para ello, actúan hacia el exterior del órgano, vinculándose con otras personas, físicas o jurídicas, que son ajenas al órgano y constituyen el conjunto de los administrados o particulares. Cuando así ocurre, los agentes estatales, vistos desde el punto de mira de los administrados o particulares, pierden su individualidad, y se identifican con el órgano en el cual se desempeñan; son el órgano, y cuando ellas actúan es el órgano el que obra.

En otros casos, en cambio, las personas físicas componentes del órgano, en vez de actuar hacia fuera de éste, vinculándose con terceros, lo hacen hacia adentro, relacionándose incluso con otras personas físicas también integrantes del mismo órgano. No pierden su individualidad, sino que la conservan, al punto de que aparecen como diferenciadas y distintas del ente orgánico al cual pertenecen.

En el primero de los supuestos indicados –actuación hacia el exterior- se configuran las llamadas "relaciones orgánicas", en las cuales las personas físicas investidas como agentes estatales no actúan frente a la organización, al órgano, sino en y para ella. Estas personas físicas, por ello mismo, no tienen derechos y obligaciones propios, ni intereses diferenciados, sino sólo los derechos, obligaciones e intereses del órgano, apareciendo un único sujeto del derecho: el mismo órgano.

En el segundo supuesto –actuación hacia el interior- se establecen las denominadas "relaciones de servicio", en las cuales las personas físicas que son agentes estatales, aparecen frente a la organización con derechos y obligaciones propias e intereses particulares, que suelen hacer valer jurídicamente, incluso contra el mismo órgano, razón por la cual se percibe en esas relaciones dos sujetos de derecho diferentes: por una parte, el órgano; y por la otra, la persona individual del agente estatal.

Las relaciones de servicio, si se toma en cuenta la situación de cada agente público, son previas y anteriores a las relaciones orgánicas, pues es en virtud de aquéllas que la persona entra en vinculación con la administración y se integra en el órgano, para luego, manifestándolo externamente, impulsar su acción mediante las relaciones orgánicas. No obstante, no debe perderse de vista el hecho de que, con posterioridad a dicha integración, también pueden suscitarse relaciones de servicio entre el agente y el órgano al que pertenece, lo cual –incluso- llega a ser frecuente.

7. Clasificación de los órganos administrativos

Son muchas y muy variadas las clasificaciones de los órganos administrativos que han sido propuestas en la doctrina, y entre ellas merecen ser recordadas las que

hicieron Jellinek, Hauriou, Romano, Duguit, Jèze y, en nuestro país, Villegas Basavilbaso.

Tales clasificaciones, que revisten importancia desde el punto de vista metodológico, reflejan los puntos de vista que en la materia han adoptado los distintos autores, y es por ello que deben ser entendidas con arreglo y dentro de los sistemas seguidos por cada uno de ellos.

Si bien no todas revisten igual importancia, hemos de hacer referencia a las clasificaciones citadas por la generalidad de la doctrina, dividiéndolas en dos grandes grupos: aquellas que aplican un criterio estructural, y tienen en cuenta la formación y composición estática de los órganos administrativos; y aquellas que aplican un criterio funcional, y tienen en cuenta características relativas a la dinámica o actuación de esos órganos.

Dentro del primer grupo, y atendiendo a su origen normativo, los órganos administrativos han sido clasificados en constitucionales, que son los que han sido expresamente previstos y determinados por las normas constitucionales, y en no constitucionales, infraconstitucionales o legales, que son los que han sido establecidos en virtud de normas de jerarquía meramente legal, por la ley.

Por su composición, los órganos administrativos pueden ser distinguidos en individuales, lo que ocurre cuando son ejercidos por una sola persona física, y en colegiados o colegiales, que son los que se integran por una suma de personas físicas.

Considerando su integración, finalmente, los órganos administrativos pueden ser sencillos, en los cuales existe un solo proceso psicológico volitivo, aun cuando fueran colegiados; y compuestos, los cuales a su vez se subdividen en complejos, que son los que se integran con una pluralidad de órganos simples, que actúan en forma coordinada o bajo subordinación; mixtos, que son los que se integran con uno o más organismos simples, y, además, por unidades de menor categoría institucional; y pluripersonales que son aquellos organismos colegiados, en los cuales tiene lugar la integración de la voluntad de sus componentes, sobre la base de sistemas preestablecidos.

Dentro de las clasificaciones que atienden al criterio funcional, existen las siguientes:

Teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que cumplen, los órganos administrativos han sido divididos en activos, que son aquellos que llevan a cabo y ejecutan la acción administrativa; deliberativos, que son los que tienen por función adoptar los acuerdos que sean necesarios para el posterior ejercicio de la acción administrativa; consultivos, que son aquellos cuyo rol es emitir opiniones y pareceres sobre diversas materias, en las cuales pueden estar especializados; y de control, que son los que tienen por función efectuar el control de la acción administrativa cumplida, para determinar si ha sido tal y como debió llevarse a cabo.

Atendiendo a la jurisdicción dentro de la cual se desempeñan, los órganos administrativos pueden ser centrales, que son los que ejercen su competencia en todo el Estado; o bien locales, los cuales sólo lo hacen en porciones o sectores limitados específicamente. Entre nosotros, y teniendo en cuenta nuestra organización constitucional, este criterio da lugar a la división de los órganos administrativos en nacionales, provinciales y municipales, distingo que, por su simplicidad, no es menester explicar.

Considerando, en cambio, la distribución funcional de su competencia, los órganos administrativos pueden ser generales, que son aquellos cuya competencia es muy vasta, abarcando varias materias o sectores de la actividad administrativa; o especiales, con una competencia limitada, y que por lo general exige especialización.

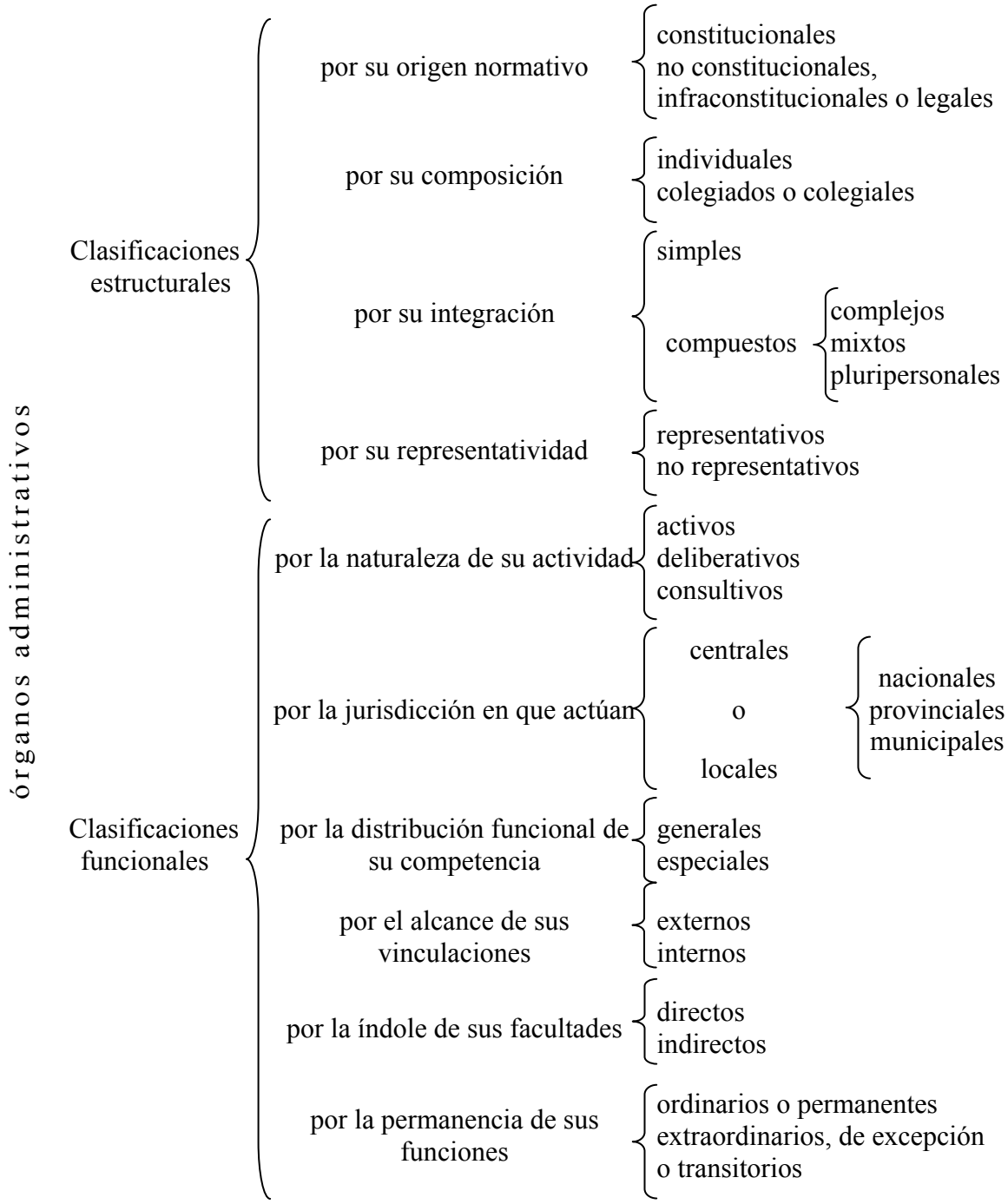
Por el alcance de las vinculaciones que genera su accionar, los órganos administrativos pueden ser divididos en externos, que son los que se vinculan con los administrados o particulares, y en internos, que son los que no se vinculan de esa manera, sino con otros órganos o unidades de la administración. Esta clasificación debe ser entendida como relativa, puesto que lo más frecuente es que los órganos administrativos generen relaciones de uno y otro tipo –con lo que serían mixtos- por lo cual lo correcto es atender al tipo de vinculaciones que predominantemente pueden llegar a establecer.

Si se tiene en cuenta la índole de las facultades que pueden ejercer, los órganos administrativos pueden ser divididos en directos, que son los que por sí mismos estatuyen y ejecutan la acción administrativa, y en indirectos, que son los que simplemente colaboran con los anteriores.

Por último, y considerando la permanencia o no de sus funciones, los órganos administrativos han sido distinguidos en ordinarios o permanentes, que son aquellos que ejercen sus funciones de manera estable y continuada, y en excepcionales, de excepción o transitorios, que son los que las ejercen de manera temporaria, cuando se dan ciertas condiciones o circunstancias, especiales o no, que exigen su actuación.

Menor importancia tiene aquella clasificación que, con un criterio estructural, separa los órganos administrativos teniendo en consideración para ello si son o no representativos de la población, del pueblo, lo que se vincula con la integración o designación política de sus componentes.

El cuadro que sigue resume lo expuesto:



8. Las relaciones interorgánicas

Las relaciones interorgánicas son aquellas que se establecen entre dos o más órganos de un mismo ente o persona jurídica pública estatal, y que resultan del hecho de que tales órganos no pueden actuar independientemente unos de otros, sino que la unidad o integralidad del ente o persona jurídica al cual pertenecen impone, al contrario, que tengan que hacerlo vinculándose y relacionándose unos con otros.

Tales relaciones, en su conjunto, pueden ser objeto de colaboración, de conflicto u oposición, de subordinación, de carácter consultivo o de control, pero todas ellas concurren, aun cuando en apariencia pudiera parecer lo contrario, al logro de una misma y sola finalidad u objetivo, que es la que corresponde al ente o persona jurídica pública estatal de que dichos organismos forman parte.

Se ha sostenido que las relaciones interorgánicas no tienen carácter jurídico, sobre la base de que como los órganos componentes carecen de personalidad jurídica propia, es decir, no son sujetos de derecho, ello impide que sus vinculaciones tengan aquél alcance.

No obstante, la generalidad de la doctrina coincide en admitir, con razón, que las relaciones interogránicas tienen carácter jurídico, y se ha aducido, para ello, que en cada órgano aparece el ente o persona jurídica de la cual forma parte, correspondiendo al órgano una esfera de poderes y deberes, mediante los cuales personifica al ente, en ese aspecto de su actividad (Marienhoff).

Por otra parte, si la actividad interna de la administración es una actividad jurídica, aunque esté sometida también a criterios de buena administración, ese sometimiento al derecho da lugar, necesariamente, a que las relaciones interogránicas sean jurídicas, pues si así no fuera se debería reconocer la existencia de cierta actividad interna que no sería jurídica.

Una vez más, debemos insistir en que las relaciones interogránicas, así definidas, no deben ser confundidas con las que pueden establecerse entre distintos entes o personas jurídicas públicas estatales, que como tales son sujetos de derecho, las cuales se hallan regladas por otros principios, constituyendo las llamadas "relaciones interadministrativas".

9. Organización burocrática. Organización colegiada.

La organización burocrática y la organización colegiada aparecen como dos formas diferentes, y en muchos aspectos opuestas, que pueden ser adoptadas en la estructuración de la administración pública.

La organización burocrática es aquella en que la función es atribuida a una persona física, que es el titular del órgano de que se trate, siendo la voluntad de esa persona la que aparece como voluntad atribuida al órgano, como voluntad de éste.

La organización burocrática se funda en dos principios fundamentales, que son la jerarquía y la subordinación, y es la que corresponde a todos aquellos órganos que tienen funciones de decisión y ejecución, y que actúan de manera continuada y permanente, siendo por ello mismo la más frecuentemente utilizada en la organización administrativa.

La organización burocrática se caracteriza por coadyuvar a la rapidez de las decisiones y a la celeridad de la actuación administrativa, por su composición lineal, y por la concentración de la voluntad de resolución y, consiguientemente, de la responsabilidad pertinente.

La organización colegiada, en cambio, es aquella en que la función es conferida a una pluralidad de personas físicas, que no actúan de manera separada o aislada, sino constituyendo un conjunto cuyos componentes obran en un pie de igualdad entre sí.

La organización colegiada, que casi siempre está reservada a los órganos de consulta y asesoramiento, y que tienen una actuación intermitente o esporádica, se particulariza por el hecho de que en ella la voluntad del órgano colegiado resulta de la conjunción de la de sus integrantes, previa deliberación en la cual prevalece la decisión de la mayoría sobre la de la minoría.

Los órganos colegiados, que deben estar formados, por lo menos, por tres personas físicas, están sujetos a regulaciones que determinan, entre otros aspectos, el número de sus componentes, su forma de elección, la posibilidad o no de su reelección, el quórum para deliberar válidamente y adoptar las decisiones, la forma de éstas, los modos como se harán constar las opiniones de cada una de las personas integrantes, y la del órgano en sí mismo, la responsabilidad de aquéllas y los procedimientos para dejarla a salvo, cuando constituyen minoría, etc.

Se critica a la organización colegiada que es proclive a la lentitud, tanto de sus decisiones como de su actuación, y que constituye un modo por el cual, a la postre, se diluye la responsabilidad de quienes la forman.

Se le reconoce, a su vez, que facilita los sistemas de participación y da lugar al mejor tratamiento, conocimiento y estudio de los asuntos en los cuales le toca actuar al órgano colegiado.

En consecuencia, la elección entre una organización burocrática o colegiada de un órgano administrativo, deberá hacérsela atendiendo, principalmente, a la naturaleza y carácter de las funciones que deberán cumplir, es decir, considerando objetivamente todo aquello que contribuye al mejor desenvolvimiento de la actividad administrativa.

10. La organización consultiva

La organización consultiva, que frecuentemente no es sino una forma de la organización colegiada, es la prevista para atender y expedirse, comúnmente, sobre cuestiones técnicas y jurídicas, que actúa a requerimiento del órgano administrativo que necesita la consulta, y con la particularidad de que, en la generalidad de los casos, el criterio o temperamento propuesto por el órgano consultado no obliga a la administración activa, excepto cuando una norma legal le otorga a la opinión del órgano consultivo carácter vinculante.

Salvo en este último caso, las decisiones de los órganos que componen la organización consultiva sólo valen como meras propuestas, razón por la cual, aun cuando la administración activa adopte dicha decisión, no queda relevada, en modo alguno, de su propia responsabilidad, que es exclusiva e inherente a su específica función.

En consecuencia, no se puede sostener que la actuación de los órganos consultivos tienda a disminuir la iniciativa y la responsabilidad de los que forman la administración activa, puesto que éstos mantienen siempre, en toda su integridad, sus facultades de decisión y ejecución, siendo su voluntad la que prevalece y que genera la acción.

No obstante, las funciones de los órganos consultivos tienen tal importancia, como orientación, guía y sostén de la administración activa, que es natural que se requiera que ellos deban ser eficientes, independientes en su actuación, y ligados a los

órganos consultantes en una relación que debe ser inmediata, a fin de evitar la distorsión o desvío de sus opiniones y asesoramientos.

Las decisiones de los órganos que componen la organización consultiva no son actos administrativos, sino hechos administrativos, que sólo por la decisión coincidente del órgano consultante que integra la administración activa pueden llegar a aparecer como verdaderos actos administrativos.

11. La organización del control

El Estado de Derecho erige en valor fundamental el sometimiento de la Administración Pública, es decir, del Poder Ejecutivo y de los órganos y entes que de él dependen, a la juridicidad constitucional, lo cual supone a la vez el respeto de los derechos individuales y eficacia en la gestión. Sin respeto de la libertad no queda más que el activismo inescrupuloso y su consecuencia inevitable: el autoritarismo; sin eficacia, las formas de la república dejan de vestir las esencias que a ésta le dan contenido y el vacío así generado, perjudica, en especial, a los más necesitados.

El control administrativo, por eso, en tanto actividad estatal, dirigida a asegurar que, en definitiva, las decisiones de los funcionarios respondan a esas exigencias axiológicas, es de vital importancia para reconocer al Estado de Derecho. El control eficaz es un instrumento esencial para luchar contra la corrupción y sus consecuencias directas o indirectas, a veces trágicas.

Ahora bien: para que el control sea eficaz es preciso que concurran, como mínimo, las siguientes condiciones: por un lado, un diseño normativo del órgano o ente de control que le otorgue a éste facultades suficientes para el cumplimiento adecuado de su misión y le brinde, asimismo, a su titular garantías formales de independencia (exclusión de poder jerárquico del controlado sobre el controlador, estabilidad en el cargo de este último); por otro, es necesario que el controlador tenga idoneidad específica para el ejercicio de la función (ético-republicana y técnica) objetiva y formalmente garantizada por un procedimiento de selección público (concurso).

Diseño normativo del órgano de control e idoneidad (ética y técnica) del titular son, pues, elementos a articular simultáneamente, pues ninguno de los dos, valorados aisladamente, proporcionan, más allá de situaciones excepcionales y limitadas en el tiempo, una respuesta integral a las cuestiones que plantea el control en el Estado de Derecho.

La debida eficacia de la actividad de control no elimina la corrupción, pero contribuye a prevenirla; y, en su caso, a ponerla en evidencia y, con ello, no sólo a generar las rectificaciones y los cambios de conducta que correspondan, sino, también, a concretar las responsabilidades que surjan de las conductas irregulares.

En un capítulo posterior nos ocupamos de la organización del control de la Administración Pública Nacional.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Alessi, Renato, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, 1970.
2. Benoit, Francis Paul, Le droit administratif français, Toulouse, 1968.
3. Berthèlemy, H., Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1930.
4. Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional del poder, Buenos Aires, 1967, t. I.
5. Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, Buenos Aires, 1964.
6. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, t. I.
7. Bielsa, Rafael, Derecho constitucional, Buenos Aires, 1959.
8. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, 1976.
9. Brewer Carias, Allan Randolph, Las empresas públicas en el derecho comparado, Caracas, 1967.
10. Bullrich, Rodolfo, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1942.
11. Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, Buenos Aires, 1944, t. I.
12. Buttgenbach, A., Principes généraux des modes d'organisation et moyen d'action des administrations publiques, Bruxelles, 1954.
13. Carré de Malberg, R., Teoría general del Estado, México, 1948.
14. Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
15. Cassagne, Juan C., El acto administrativo, Buenos Aires, 1978.
16. Cimmino, La programazione organizativa, 1964.
17. Conar, La function publique aux Etats-Unis, Paris, 1958.
18. D'Alessio, Francesco, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Torino, 1932.
19. De Valles, Arnoldo, Competenza e ufficio, en Studi in onore di Ranelletti, 1931, vol. I.
20. De Valles, Arnoldo, Elementi di diritto amministrativo, Firenze, 1937.
21. De Valles, Arnoldo, Teoria giuridica della organizzazione dello Stato, Padova, 1931.
22. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1963, t. I.
23. Diez, Manuel M., Manual de derecho adminstrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
24. Diez, Manuel María, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1963, t. I y ts. II y III, 1965.
25. Diez, Manuel María, Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
26. Dromi, José Roberto, Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1978.
27. Duguit, León, L'État, le droit subjectif et la loi positive, Paris, 1901.
28. Duguit, León, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1923.
29. Duguit, León, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1927.
30. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1970.
31. Fernández de Velasco Calvo, Recaredo, Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración, Barcelona, 1930.
32. Ferrara, F., Teoría de las personas jurídicas, Madrid, 1929.
33. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976, t. I.
34. Fiorini, Bartolomé A., La voluntad de los agentes en los actos administrativos, LL t. 154.
35. Fiorini, Bartolomé A., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1968.
36. Fiorini, Bartolomé A., Teoría jurídica del acto administrativo, Buenos Aires, 1969.

37. Foderaro, Contributo alla teorica della personalità degli organi dello Stato, Padova, 1941.
38. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1968.
39. Forti, Diritto amministrativo, Napoli, 1931-1934.
40. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1944.
41. Galateria Luigi, Gli organi collegiali amministrativi, Milano, 1956.
42. García Oviedo-Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 1959.
43. García Trevijano Fos, José Antonio, Principios jurídicos de la organización administrativa, Madrid, 1957.
44. García Trevijano Fos, José Antonio, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1967.
45. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1959, t. I.
46. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1964, t. I.
47. Gascón y Marín, José, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1947-1948.
48. Giannini, Massimo S., Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1950.
49. Gierke, Genossenschaftstheorie, 1887
50. Gordillo, Agustín A., Empresas del Estado, Buenos Aires, 1966.
51. Gordillo, Agustín A., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1974.
52. Greca, Alcides, Derecho y ciencia de la administración municipal, Santa Fe, 1943.
53. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, 1897.
54. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif, Paris, 1919/27.
55. Hauriou, Maurice, Précis élémentaire de droit administratif, Paris, 1907.
56. Heller, Hermann, Teoría del Estado, México. 1942.
57. Jellinek, Georg, Teoría general del Estado, Buenos Aires, 1954.
58. Jellinek, Giorgio, Sistema dei diritti pubblici subietivi, trad. italiana, Milano, 1912.
59. Jèze, Gaston, Contribution à la théorie générale de la fonction publique, en "R.D.P.", 1928.
60. Jèze, Gaston, Les principes généraux du droit administratif, Paris, 1925.
61. Kelsen, Hans, Teoría general del Estado y del derecho, México, 1958.
62. Laband, Paul, Le droit public de l'Empire allemand, Paris, 1901, 1904, t. I.
63. Laski, El Estado moderno, trad. española, Barcelona, 1932, t. II.
64. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, 5ª ed., Paris, 1970.
65. Legaz y Lacambra, Luis, Introducción a la ciencia del derecho, Barcelona, 1942.
66. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, 1967.
67. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1965, t. I.
68. Mayer, Otto, Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, 1949.
69. Mayer, Otto, La administración y la organización administrativa, Madrid, s/f.
70. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1903, t. IV.
71. Méndez, Aparicio, La teoría del órgano, Montevideo, 1949/1972.
72. Méndez, Aparicio, Las relaciones interadministrativas, Montevideo, 1945.
73. Merkl, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, 1935.
74. Michoud, Léon, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3ª ed., 1932.
75. Michoud, Léon, La théorie de la personnalité morale, Paris, 1906.
76. Ortega y Gasset, José, El hombre y la gente, Madrid, 1957.

77. Planiol y Ripert, Traité pratique de droit civil français, Paris, 1925, t. I.
78. Posada, Adolfo, Tratado de derecho administrativo.
79. Presutti, Errico, Instituzioni di diritto amministrativo italiano, ed. Messina, t. I.
80. Raggi, Diritto amministrativo, t. IV.
81. Ranelletti, Oreste, Gli organi dello Stato, en "Revista di Diritto Pubblico", 1909.
82. Ranelletti, Oreste, Istituzioni di diritto pubblico, 13ª ed., Milano, 1949, t. II.
83. Recasens Siches, Luis, Introducción al estudio del derecho, México, 1972.
84. Romano, Santi, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1937.
85. Romano, Santi, Fondazione e dotazione di persone giuridiche, en Scritti minori, Milano, 1950, vol. II.
86. Romano, Santi, Principi di diritto costituzionale generale, Milano, 1946.
87. Romano, Santi, Principî di diritto costituzionale generale, Milano, 1945.
88. Salvat, R., Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Buenos Aires, 1944.
89. Santamaría de Paredes, Vicente, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1894.
90. Sarría, Félix, Derecho administrativo, Córdoba, 1961.
91. Sayagués Laso, Enrique, Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas, Montevideo, s/d.
92. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
93. Silva Cimma, Enrique, Derecho administrativo chileno y comparado, Santiago de Chile, 1961.
94. Silvestri, E., L'attività interna della pubblica amministrazione, Milano, 1950.
95. Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, 1963, t. I, vol. I.
96. Stainof, Le fonctionnaire, Paris, 1933.
97. Stein, S. von, La scienza de la pubblica amministrazione, Torino, 1897.
98. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1976.
99. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1950, t. II.
100. Vitta, Cino, Diritto amministrativo, Torino, 1962, t. I.
101. Vitta, Cino, Gli atti collegiali, Roma, 1920.
102. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
103. Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1954.
104. Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1970.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA
HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo V
Principios jurídicos de la organización administrativa[1]

1. Principios jurídicos de la organización administrativa

Los principios jurídicos de la organización administrativa, como recuerda Ivanega, permiten a los órganos, al articular a éstos ordenadamente, cumplir con los fines que les corresponden dentro de la organización.

Así, aquellos principios dan lugar a una teoría jurídica general de la organización administrativa.

Los principios jurídicos que, para la mayor parte de la doctrina (Escola-Ivanega), integran esa teoría son: jerarquía, competencia, centralización y descentralización.

En relación con los principios de unidad y coordinación, Escola apunta que, en rigor, casi siempre son una consecuencia directa de la jerarquía, siendo ambos, por lo demás, requisitos de toda organización posible, y base inescindible de ella, no revistiendo, como tales, carácter jurídico.

2. La jerarquía

García Trevijano Fos señala que, "etimológicamente, jerarquía se opone a autarquía: ésta es una relación entre sujetos; aquélla, entre órganos de una misma persona".

Al respecto, la doctrina ha considerado que el principio de jerarquía como uno de los cuatro principios fundamentales de toda organización administrativa, es una consecuencia lógica de cualquier sistema que procure instaurar una organización jurídico pública (Cassagne).

Este mismo autor, señala que la jerarquía ha sido definida como "el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados", aunque destaca que "en realidad se trata del principio que los reduce a la unidad y la recíproca situación en que están los órganos de una entidad".

Es que, como recuerda Villegas Basavilbaso, "se ha observado, con acierto, que la coordinación de los órganos no es suficiente, por cuanto las voluntades de éstos pueden manifestarse discordantes...Así, los órganos administrativos aparecen vinculados por la coordinación y la subordinación, elementos constitutivos de la denominada jerarquía, cuyo concepto primordial se resuelve en una subordinación de voluntad a voluntad en una gradación escalonada, vínculo que supone una serie de órganos superiores. En virtud de este principio fundamental de dirección de los órganos superiores con respecto a los órganos inferiores, la organización administrativa directa queda reducida a una unidad estructural".

[1] Es autor de los puntos 1, 2 y 3 Julio Rodolfo Comadira y, los puntos 4 y 5, actualizados por aquél, corresponden a Héctor Jorge Escola.

Conviene retener de la cita, por su riqueza, el contenido teleológico que el autor resalta en el principio de jerarquía, en el sentido de resultar éste indispensable para el logro de la necesaria unidad estructural que toda organización administrativa debe exhibir.

Es que la jerarquía tiene por objetivo la búsqueda de la "unidad funcional de un conjunto orgánico, mediante instrumentos de aplicación directa e inmediata". Para la obtención de esa finalidad se dota al jerarca de "*preeminencia institucional y poder de mando*, sometiendo a los inferiores a *subordinación*", pues a través de dichos elementos fundamentales, éste "debe asegurar la actividad del conjunto" (Méndez).

El principio en estudio se diferencia de la autarquía y de la autonomía, en que mientras éstas implican una relación entre sujetos, la jerarquía constituye una relación entre órganos de una misma persona jurídica (Cassagne).

Es del caso destacar, asimismo, que la jerarquía es un poder que se da de manera total y constante, es de principio y existe siempre, aunque ninguna norma lo establezca expresamente, pues está dado de *iure propio*, como una característica natural a todo órgano administrativo (Gordillo).

Como consecuencia de ello, en caso de duda, debe presumirse que el superior jerárquico tiene facultades sobre el órgano inferior, existiendo siempre -a menos que una norma expresa disponga lo contrario-, la posibilidad de recurrir ante el superior, mediante el llamado -precisamente- recurso jerárquico (Gordillo).

En cuanto a su contenido, se ha afirmado que, actualmente, la jerarquía implica, por lo menos:

a) La existencia de unos órganos complejos, ya que sólo en el seno de éstos pueden darse relaciones entre los titulares de los diversos órganos menores;

b) Las tareas se distribuyen entre los diferentes escalones jerárquicos, cuestión íntimamente vinculada con la competencia;

c) Los actos de los órganos situados en las distintas jerarquías tienen un valor jurídico diferente, influyendo los de unos sobre los de otros;

d) Existe una doble corriente de información que suministran los órganos inferiores a los superiores, y de criterios de actuación, que proporcionan los superiores a los subordinados (Baena de Alcázar).

De las antedichas notas, se extraen una serie de consecuencias propias de la relación jerárquica, que García Trevijano Fos resume de la siguiente manera:

1) La posibilidad de que el superior jerárquico dirija e impulse la acción del inferior.

2) La facultad de dictar normas de carácter interno, de organización o de actuación. Atribución del superior para nombrar a los titulares de los órganos inferiores, así como para formalizar los contratos en la rama concreta de su competencia y cuantas vicisitudes de la vida administrativa correspondan. (si bien no nombra a los ministros, sí nombra a los inferiores de los ministerios, en la medida en que no le concierna la Presidente)

4) Posibilidad de suplir, según los casos, a los órganos inferiores, aunque aclarando el autor que, "por existir en los ordenamientos modernos una delimitación exacta de competencia, no es posible en términos generales pretender dicha suplencia".

5) Aptitud para delegar competencia y avocarse a ella.

6) Facultad de control por parte del superior, bien sobre los actos a través de recursos, bien sobre los propios titulares.

7) Facultades de resolver las competencias y conflictos que se produzcan entre órganos inferiores.

Coincidentemente, la doctrina nacional enuncia, entre los efectos propios de la relación jerárquica, el reconocimiento, para el órgano superior, de la facultad de vigilar y controlar la actividad de los inferiores, a través de diversos actos y del sistema de recursos administrativos (Cassagne).

Con relación al alcance de la relación jerárquica, García Trevijano Fos señala que "No siempre se dan todas las consecuencias citadas, y por esto se habla de una jerarquía imperfecta en contraposición a la perfecta, en la que tendrían cabida las consecuencias mencionadas".

En este aspecto, es preciso diferenciar, como lo destaca Aparicio Méndez, que existen casos de jerarquía total, y casos de jerarquía parcial.

Con el fin de distinguirlos, expresa que "La *jerarquía total*, supone la inexistencia de competencia exclusiva, esto es, la subordinación completa de todas las unidades, dominio integral por el jerarca, de cuanta función corresponda al conjunto; la jerarquía parcial importa la existencia de órganos con funciones o aspectos funcionales en los que existe poder propio de decisión de los subordinados sin incidir sobre la estructura del sistema" (Méndez).

3. La competencia

3.1 Concepto

La competencia se puede entender como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico otorga a un ente u órgano del Estado, conforme con la doctrina que utiliza el término en un sentido genérico al comprender en él no sólo la aptitud legal de obrar de los órganos, sino, también, de los entes (Sayagués Laso-Marienhoff); o, según otra orientación, como el círculo de atribuciones de un órgano en su relación con los demás, postura, ésta, que emplea la palabra *capacidad* para referirse a los fines de las personas y que excluye, respecto de ellas, el uso del término competencia (García Trevijano Fos-Garrido Falla).

Desde una visión de claras reminiscencias procesalistas y predominante en la doctrina italiana, la competencia es definida como la *medida* de la potestad atribuida por el ordenamiento jurídico a un órgano o ente (Alessi).

Bien se ha señalado que estas definiciones *cuantitativas* permiten advertir la inescindible vinculación que existe entre la competencia y el poder (del Burgo y Marchán) y, asimismo, evidenciar el error de remitir el sentido de aquélla sólo a una cuestión relativa a la división del trabajo.

Una relación que no podía pasar inadvertida, por ejemplo, para Carl Schmidt (recordado por del Burgo y Marchán) quien señala que, en realidad, el Estado no se presenta sino bajo la configuración de una determinada competencia; una vinculación

que, figuradamente, como lo hace Berthélemy en el prólogo a la obra de Mayer, autoriza a describir al Estado Moderno, después de la Revolución Francesa, como una máquina sabia de rodajes múltiples. Una relación, en fin, que, hoy en día, debe gravitar para visualizar a la competencia como una autorización, una limitación y también como un mandato conformador de la realidad.

Esta indudable vinculación entre la competencia y el poder habilitaría a considerar aquélla, si se intentara una concepción integradora de las dos ideas expuestas, como el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que, conferidas por el ordenamiento jurídico a los órganos y entes estatales, determina el alcance material, territorial, de grado o temporal, de la potestad asignada al órgano o ente de que se trate[2].

Ahora bien: dado ese concepto jurídico cabe, entonces, plantear su ubicación sistemática.

En ese contexto, la competencia se puede considerar como un principio general del derecho, como un principio jurídico de la organización administrativa o como un elemento esencial del acto administrativo.

En la doctrina francesa, Jèze destacó la significación del derecho en general, como reglamentación de la capacidad de los individuos y de la competencia de los agentes públicos. Determinar la capacidad de un individuo o la competencia de un agente es, decía el maestro francés, establecer lo que uno y otro podrán querer jurídicamente, y en qué condiciones, para que la manifestación de voluntad tenga valor jurídico.

Entre los autores españoles García de Enterría y Fernández abordan el tema al tratar, primero, el principio de legalidad, y, después, el elemento subjetivo del acto administrativo, dentro del cual la incluyen como un componente; aunque no es infrecuente que su estudio se realice como principio jurídico o técnica de la organización administrativa y, a su vez, como requisito del acto (Entrena Cuesta-Santamaría Pastor).

En la doctrina brasileña, Bandeira de Mello lo considera al tratar la organización administrativa, pero no lo incluye como elemento del acto, sino, en todo caso, como un atributo del presupuesto subjetivo de la existencia de éste. En tanto, en la doctrina mexicana Fraga la estudió como elemento del acto administrativo, mientras que, por su lado, Fernández Ruíz, al enunciar los elementos de los contratos administrativos, la excluye como tal, valorándola como presupuesto de validez de éstos.

En Argentina es considerado normalmente como principio de la organización administrativa y también como un requisito esencial del acto administrativo, esto último en razón de lo dispuesto por el artículo 7, inciso a), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que la enuncia como tal. A este respecto cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo ocasión de expresar que cuando un órgano de la Administración ejercita una atribución determinada, es preciso que cuente con la aptitud legal para llevarla a cabo, puesto que ello hace a su propia competencia, elemento que reviste carácter esencial en todo acto administrativo[3].

En esta parte de la obra la competencia se tratará como principio jurídico de la organización administrativa, con la aclaración de que su consideración es también

[2] Idea insinuada en un voto (punto X.1.) del juez Pedro Coviello en la causa "Herpazana" (CNCAF, 23/11/1995, sala I, LL 1997-C, 309, con nota de Mario Rejtman Farah).
[3] CSJN, 28/06/1977 "Cima", Fallos: 298:172, considerando 4º.

procedente en la teoría del acto administrativo, y sin dejar de destacar que, como se verá, el instituto no está desprovisto de implicancias jurídico políticas de importancia que la ubican, en cierto modo, en el plano de los principios generales del derecho administrativo.

3.2 Clasificaciones de la competencia

Las clasificaciones más frecuentes respecto de la competencia son las siguientes:

a) En razón de la materia. Atiende al conjunto de poderes, facultades y atribuciones que le corresponden a un ente u órgano, en razón de la naturaleza de las funciones o cometidos asignados.

b) En razón del territorio. Toma en cuenta el ámbito espacial en que el órgano o ente puede válidamente desplegar el ejercicio de sus atribuciones.

c) En razón del tiempo. Esta clasificación responde al hecho de que el ejercicio de la aptitud legal del órgano o ente estatal, en algunas ocasiones, puede estar condicionado por el tiempo, sea para el comienzo de su desenvolvimiento o bien para su cese.

La CSJN ha aseverado que, dentro de los distintos aspectos que hacen a la competencia, se encuentran aquellos fijados en razón del tiempo, que puede venir dado no sólo por un plazo determinado, sino condicionado por el objeto del acto y por la finalidad que ha determinado la norma[4].

La CNCAF ha dicho, por su parte, que la competencia de los órganos administrativos debe ejercerse en cada caso en tiempo propio, sin que ningún funcionario pueda sustraer atribuciones de quien lo haya de suceder en el cargo[5].

d) En razón del grado. Se vincula con la ubicación que el órgano tenga en la jerarquía administrativa, y su alcance varía, por lo general, en relación proporcionalmente inversa a la distancia que separe al órgano del jerarca máximo.

3.3 Criterios para delimitar la competencia de un órgano estatal

3.3.1. La doctrina

Los textos de la disciplina abordan el estudio del tema señalando algo que se puede considerar clásico: la *competencia* equivale en el derecho administrativo a la *capacidad* del derecho privado, pero con una diferencia: mientras que en éste la

[4] CSJN, 26/02/1987, "Bodegas y Viñedos Giol EEI y C.", Fallos: 310:380.

[5] CNCAF, Sala III, 1°/03/1988, "De León, José", cons. IV, b), del voto del Dr. Rafael González Arzac, LL 1988-D, 443. Confr. también, de la misma Sala, 31/05/1988, "Empresa Tehuelche S.A", LL 1988-E, 210. En cuanto a la vinculación de la competencia en razón del tiempo, el examen de la validez del acto y los alcances de su notificación, la Sala II ha sostenido que la competencia del órgano debe examinarse a la fecha de sanción de los actos administrativos y no a la de notificación, pues esta cuestión se vincula a la eficacia de aquél y no a su validez. El acto administrativo tiene vida jurídica, independiente a su notificación, en tanto ésta puede afectar a la vinculación o sujeción del particular al acto, mas no a su existencia, 15/04/1993, "Wag S.A.", cons. 5º.

capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en derecho administrativo el principio se invierte, pues, en él, la competencia es la excepción y la incompetencia la regla (por todos, Marienhoff).

Es, sin embargo, también corriente que ese planteo vaya acompañado por consideraciones que relativizan significativamente el enunciado y las consecuencias que de él, así planteado, se deberían derivar.

En la actualidad, los criterios vigentes se pueden reconducir, en lo sustancial, a los siguientes: el principio de la *especialidad* proyectado desde el derecho privado, y el que en doctrina se ha dado en llamar *postulado de la permisión amplia,* de acuerdo con el cual la competencia resulta no sólo de los poderes expresos conferidos por la norma, sino, también, de los que puedan derivarse como *razonablemente implícitos* en aquéllos.

Entre nosotros Linares fue, quizás, el primero en propiciar la determinación de la competencia de las personas y de los órganos públicos, con arreglo al principio de la especialidad utilizado para delimitar la capacidad de las personas jurídicas privadas; principio que, como es sabido, indica que éstas pueden, para los fines de su institución, ejercer todos los actos que no les sean prohibidos, conforme determina el artículo 35 del Código Civil.

Linares hizo su aporte inspirándose en la construcción pretoriana del Consejo de Estado Francés, relativa al recurso contencioso administrativo por desviación de poder, y tomando, al efecto, como dato de la realidad la experiencia jurídica proporcionada por los entes municipales.

De acuerdo con el pensamiento de este autor, no existe, en rigor, ninguna diferencia esencial entre la capacidad de las personas reales y la competencia de las personas ideales -entre éstas el Estado- pues si bien los entes ideales no pueden existir si una norma no los crea (principio de juridicidad), lo cierto es que, dada la norma creadora del ente o del órgano, aquél y éste pueden hacer todo lo no prohibido en el ámbito de sus competencias -axioma ontológico de la libertad, según la teoría egológica del derecho (Cossio)-.

Con independencia de la discrepancia que pueda guardar con la posición del ilustre jurista, no podemos dejar de destacar que los riesgos autoritarios que se han pretendido asociar a esta concepción no son, en nuestra opinión, tales, porque Linares considera prohibido todo lo que no corresponda a los fines u objeto del ente, es decir, a su especialidad, sin perjuicio de aceptar también otras prohibiciones resultantes del ordenamiento jurídico, incluso tácitas o implícitas.

Desde una posición filosófica diferente, otros autores han aludido a la especialidad como criterio para determinar la competencia de los órganos o entes públicos, al referirse, en ese sentido, a la actividad principal de éstos (Marienhoff), o lo han señalado directamente como el principio que regula los criterios rectores de la capacidad de las personas jurídicas y la competencia de los órganos y entes estatales. Cassagne sostiene, en este último sentido, que determinada la especialidad, y dentro de sus límites, la competencia es la regla –salvo respecto de los actos de gravamen y en materia sancionatoria- mientras que, fuera de ella, es la excepción. Así, el principio de la especialidad permite superar, aunque no desplazar totalmente, la necesidad de que la competencia esté expresa o razonablemente implícita en una norma, pues ella surge fundamentalmente, afirma, de la enunciación de objetivos, de principios de normación y de las facultades inherentes.

Por otro lado, la determinación de la competencia como una aptitud legal de obrar fundada en la autorización legal expresa o *virtual* fue ya planteada por Bielsa.

Sin embargo, es Gordillo quien, en su Tratado, ha desarrollado con amplitud los argumentos que fundan la definición de la competencia como aptitud *legal* de obrar derivada de una habilitación normativa expresa o razonablemente implícita. Este autor rechaza categóricamente la idea de Linares, en particular la aplicación, al ámbito de los poderes públicos, del denominado *axioma ontológico de la libertad*. Aun cuando a éste se lo condicione por el marco de los fines propios del ente, éstos, sostiene, son tan amplios y extensos que, en la práctica, no habría nada que aquéllos no pudieran hacer.

Este modo de determinación de la competencia aparece expuesto en el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal recaído en la causa "Multicambio"[6] y, en fecha relativamente reciente, aparece aplicado en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, en el cual es posible hallar, además, una didáctica exposición de los diversos criterios existentes en la materia[7].

3.3.2 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La concepción tradicional sobre los poderes implícitos o inherentes.

El Alto Tribunal tiene una nutrida jurisprudencia acerca de la teoría dada en llamar *de los poderes implícitos* (la Corte no distingue, como se lo ha hecho en doctrina, entre éstos y los inherentes) elaborada, en especial, respecto de los poderes del Congreso y de sus Cámaras, de las Provincias e, incluso, de sus propias atribuciones como cabeza del Poder Judicial de la Nación.

No procede ahora abordar en profundidad los diversos pronunciamientos de la Corte, pero ello no es óbice para destacar que, tempranamente, el Alto Tribunal tuvo ocasión de puntualizar que sólo a las personas en el orden privado es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe, motivo por el cual no es procedente su extensión a los poderes públicos[8].

Esa idea, que supone la habilitación normativa expresa como sustento de la competencia estatal, ha sido, a nuestro juicio, mantenida en el tiempo, al menos en teoría pues los denominados poderes implícitos o inherentes –tratados como sinónimos- que el Alto Tribunal reconoce en el ámbito orgánico antes referido, no pueden implicar, según la Corte, un desconocimiento de que el principio que sostiene el diseño institucional de la república es que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido *expresamente* conferidas[9].

En el concepto de la Corte, los poderes implícitos son los necesarios para el ejercicio de los que han sido expresamente conferidos[10], los imprescindibles para la ejecución de éstos, en relación con los cuales carecen de toda independencia y

[6] CNCAF, "Multicambio", JA-1986-I-140.
[7] Dictámenes: 246:500.
[8] CSJN, 22/09/1887, "Sojo", Fallos: 32:135.
[9] CSJN, 19/08/1999, "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", Fallos: 322:1616, considerando 9º, segundo párrafo, segunda parte.
[10] CSJN, 21/08/1877, "Lino de la Torre", Fallos: 19:231, en especial p. 239.

sustantividad y no exceden, por ende, el alcance meramente auxiliar, instrumental y subordinado[11].

De todos modos, corresponde señalar que más allá del criterio formalmente establecido lo cierto es que la apariencia restrictiva que deviene de la exigencia de norma expresa como base inexcusable de la competencia implícita, y, asimismo, de la categorización subordinada e instrumental de los poderes implícitos, no se corresponde, en rigor, con la amplitud que evidencian ciertos pronunciamientos.

Así, por ejemplo, la tensión que media entre el principio de legalidad y la garantía de la defensa en juicio, por un lado, y el reconocimiento de poderes disciplinarios a las Cámaras del Congreso sobre terceros ajenos al cuerpo, por el otro, se ha resuelto a favor del reconocimiento de esos poderes.

Y en relación con las atribuciones de la Corte, no basta más que enunciar sus acordadas por las cuales dispuso, con fundamento en sus poderes implícitos o inherentes, la inaplicabilidad, en el Poder Judicial, de cláusulas de diversas leyes, como, por ejemplo, las de presupuesto de 1996 (24624); de impuesto a las ganancias (24631) y de Etica Pública (25188) o la invalidación de Resoluciones del Consejo de la Magistratura[12].

Por lo demás, el principio de la especialidad no está, en verdad, ausente en la jurisprudencia de la Corte, aunque no se lo haya invocado expresamente, porque las facultades implícitas han sido vinculadas normalmente con los fines o funciones asignados por la Constitución a los órganos pertinentes, circunstancia, ésta, que autoriza a afirmar que, en el pensamiento del Alto Tribunal, aquélla es el criterio de interpretación a emplear para dar contenido a la competencia implícita[13].

En ese sentido, valga como ejemplo lo expresado en la causa "Fayt", en la cual la "finalidad, sentido y alcance" de la reforma constitucional de 1994 (expresados en el acuerdo de coincidencias básicas asentado en el artículo 2º de la ley 24309, declarativa de la necesidad de la reforma) constituyen el marco del que deben resultar los poderes de la Convención Constituyente[14].

3.3.3. La jurisprudencia sobre las competencias de los órganos administrativos

En lo que se refiere, concretamente, a las competencias de los órganos administrativos y aun cuando en algunos pronunciamientos de la Corte, antes enunciados[15], la definición del concepto de los poderes implícitos se realizó con pretensión de generalidad, lo cierto es que, normalmente, el Tribunal no ha encuadrado expresamente sus decisiones relativas a la competencia de aquellos órganos, en ese marco conceptual.

---

[11] CSJN, 19/10/1995, "Peláez", Fallos: 318:1967, considerando 9º; "Fayt", citada, considerando 9º, segundo párrafo, primera parte, entre otros.

[12] Acordadas, respectivamente, del 13/02/1996 (Fallos: 319:7); del 11/04/1996 (Fallos: 319:24); del 9/02/2000 (Fallos: 323:1287); del 14/03/2000 (Fallos: 323:1293).

[13] CSJN, 19/10/1995, "Peláez", citada, considerando 10º, tercer párrafo, en relación con las atribuciones de una Cámara del Congreso; Acordada 20, del 11/04/1996, respecto de sus propios poderes como máxima autoridad del Poder Judicial de la Nación.

[14] Fallo citado, considerando 9º, último párrafo.

[15] "Pelaez", fallo cit.; "Fayt", cit.

Sí es posible, en cambio, hallar coincidencia en el empleo, podríamos decir *innominado* del principio de la especialidad.

Respecto de competencias referidas a materias propias, en principio, del Poder Legislativo, se registran pronunciamientos que evidencian un criterio, por cierto, amplio.

Tal es el caso, por ejemplo, del fallo recaído en la causa "Font"[16], exponente de una visión singularmente amplia de las facultades normativas del Poder Ejecutivo, pues en él se resolvió que así como la falta de reglamentación legal de la huelga no impide que los gremios ejerciten ese derecho, esa omisión tampoco priva al Estado de su potestad de tutelar los intereses públicos o privados susceptibles de ser afectados por el uso abusivo o ilícito de aquel derecho y de imponer, en consecuencia, limitaciones razonables a través de resoluciones administrativas dictadas durante el curso de la huelga. Es éste un caso en el que los fines del Estado (esto es: la especialidad), habilitan en el Poder Ejecutivo una competencia propia del legislador.

Y no es menos ilustrativo, en el mismo sentido, el caso de los decretos de necesidad y urgencia antes de la reforma de 1994, justificados a la luz del poder presidencial que deriva de las funciones que le imponen al presidente el concreto aseguramiento de la paz y del orden[17].

En relación, sin embargo, con la pretensión de incursionar en ámbitos propios del Poder Judicial, es paradigmática la sentencia dictada en la causa "Antinori"[18], en la cual se decidió la nulidad absoluta e insanable de un decreto del Poder Ejecutivo (2049/85) que había dispuesto, en el año 1985, la detención de varias personas a causa de la invocada situación de generalizada perturbación de la paz y la tranquilidad pública y con fundamento en los poderes inherentes del Estado para resguardar en forma cierta, oportuna y eficaz el orden jurídico. Es éste un fallo ejemplar, en cuanto determinó, con toda claridad, que las únicas figuras previstas en la Constitución para privar de la libertad a una persona, son el debido proceso legal establecido por el artículo 18 y, en supuestos excepcionales, el arresto durante el estado de sitio autorizado por el artículo 23.

En el terreno estrictamente administrativo parece, asimismo, prevalecer un temperamento igualmente restrictivo, sentado, también, a partir de la especialidad para interpretar los textos expresos y derivar de ellos poderes implícitos.

Es cierto que la emergencia fue considerada idónea para habilitar a un Profesor Universitario, titular de Cátedra, a disponer, provisoriamente, la suspensión de las clases, a partir de la disposición del Estatuto Universitario que otorgaba a aquél la dirección de la Cátedra y, por ende, la competencia para organizar e impartir la enseñanza en condiciones que la hicieran fiable[19].

Fuera, sin embargo, de la emergencia, se consideró improcedente la pretensión del Banco Central, sustentada en su condición de entidad rectora del sistema financiero nacional y de titular del poder de policía bancario, de reglamentar el modo de integrar la contribución previsional impuesta a las entidades bancarias por la ley orgánica del Instituto de Servicios Sociales Bancarios. Si bien esta norma había otorgado al Banco Central competencia para *fiscalizar* la correcta determinación de los importes que

[16] CSJN, 15/10/1962, "Font", Fallos: 254:56.
[17] CSJN, 27/12/1990, "Peralta", Fallos: 313:1513, considerando 29º, segundo párrafo.
[18] CSJN, 25/08/1998, "Antinori", Fallos: 321:2288, especialmente considerandos 7º, 8º y 13º.
[19] CSJN, 24/02/1971, "Amengual", Fallos: 279:65.

debían integrar la contribución, no es válido, sostuvo la Corte, concluir que también le concedió potestades *reglamentarias* respecto de una cuestión ajena al funcionamiento del sistema financiero y al gobierno de la específica actividad de la instituciones bancarias[20]. Como se advierte, la especialidad, sin ser invocada expresamente, opera, no obstante, como principio que, a partir del texto expreso, fija el alcance de los poderes implícitos.

No es menos ilustrativo el fallo del Alto Tribunal recaído en el caso "Defensor del Pueblo"[21], en el cual declaró la invalidez de resoluciones del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) por las cuales se había reglamentado un sistema de medición global y pago directo por los consorcios no sólo de los servicios prestados a las partes comunes, sino, también, a las correspondientes a cada unidad funcional. La finalidad de las atribuciones conferidas al ETOSS, sostuvo la Corte, radican en el ejercicio del poder de policía y la regulación y el control en materia de servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el área regulada, y, por ello, concluyó, el ente no pudo ejercer, en relación con el régimen tarifario, otros poderes que los en él conferidos, entre los cuales no se incluye la posibilidad de establecer obligaciones no previstas. El fin, la especialidad en definitiva, determina, condiciona, aquí también, la interpretación de los textos expresos para habilitar las facultades implícitas.

En relación con el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos, la Corte, en fecha reciente, tal como lo apunta Bianchi y hemos tenido oportunidad de ocuparnos en un capítulo anterior, consagra un criterio más ajustado respecto de la especialidad como principio de interpretación de la competencia[22].

3.3.4. Nuestra posición

No es concebible la existencia de la potestad estatal sino a partir de una norma habilitante. Esta relación inescindible entre la norma y el accionar del Estado fue denominada por Merkl principio de juridicidad y considerada por el autor austríaco como una ley jurídico teórica en virtud de la cual todas las acciones del Estado y, entre ellas, las administrativas, son funciones jurídicas en el sentido de que ninguna conducta puede ser imputada a aquél sino en virtud de una norma que así lo establezca.

Ahora bien: a partir de ese supuesto, cabe, entonces, preguntar cuál es el criterio a emplear para establecer el alcance de la potestad atribuida a un órgano o a un ente, esto es, cómo se fijan, materialmente, los contenidos de la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos en la cual consiste, precisamente, la potestad, tal como a ésta ha sido definida por la doctrina italiana (Santi Romano) y española (García de Enterría y Fernández).

A nuestro modo de ver ese contenido se debe determinar con arreglo al siguiente procedimiento:

---

[20] CSJN, 16/06/1993, "Banco Shaw", Fallos: 316:1319.

[21] CSJN, 14/09/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - PEN. -M° de Economía Obras y Serv. Públ.- y otros s/ amparo ley 16.986", Fallos: 323:2519.

[22] CSJN, 5/04/2005, "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resol. 71/96, Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-00219/96)", publicado en el Suplemento Especial de Derecho Administrativo de El Derecho, 18 de mayo de 2005, p. 17.

a) En primer lugar corresponde estar al texto expreso de la norma atributiva de la competencia, sin dejar de tomar en cuenta que cuando se trata de normas infraconstitucionales es inexcusable el examen de su constitucionalidad. El texto expreso de la norma es, sí, el punto de partida, pero no es, por sí sólo, suficiente para habilitar la dinámica de la potestad si ésta no resiste el *test* de constitucionalidad, realizado, incluso, por la propia Administración. Así, por ejemplo, la pretensión legal de sustraer a un órgano administrativo de la tutela del Poder Ejecutivo, sería, sin duda, inconstitucional y, por ende, inconstitucionales los apoderamientos legales que, en ese sentido, se pudieran efectuar.

b) En segundo lugar: una adecuada técnica hermenéutica exige atender no sólo al texto expreso de la norma sino, además, a sus componentes razonablemente implícitos, los cuales, a su vez, pueden resultar de b.1) una atribución expresa, generadora del poder *expresamente implícito*, o bien b.2) simplemente implícita, determinante de la competencia *implícita propiamente dicha*.

Ejemplos del primer caso (b.1) son, además del clásico precepto contenido ahora en el artículo 75, inciso 32 de la Constitución Nacional, las cláusulas de los marcos regulatorios de la electricidad y del gas que atribuyen a los entes reguladores (ENRE y ENARGAS), entre otras funciones y facultades, *las de realizar todos los actos que sean necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de la ley y su reglamentación* (artículos 56, inciso s, de la ley 24065 y 52, inciso x, de la ley 24076, respectivamente).

Del segundo (b.2), son, a su vez, ejemplo, aquellos supuestos en los que, como ha señalado Waline en la doctrina francesa, la competencia para dictar un acto entraña, de plano, la de signo contrario (v.gr.: la de nombrar un funcionario implica la de removerlo) o los que se expresan en la idea del principio del *paralelismo en las competencias*, empleado, según indica Laubadère, en un *arret* del Consejo de Estado Francés del 10 de abril de 1959, en el que se asignó el poder revocatorio o modificatorio de un acto a su autoridad emisora.

En todos los supuestos la determinación del contenido de la competencia se debe realizar, en nuestra opinión, con base en el principio de la especialidad.

Así, ese principio se constituye en el criterio de interpretación que permite, por un lado, explicitar, a partir de las atribuciones expresas, los poderes implícitos conducentes al logro de los fines del ente o del órgano estatal de que se trate y, por otro, delimitar como prohibido todo accionar que no se corresponda con ese marco teleológico.

Y ello, sin perjuicio de las prohibiciones que puedan derivar de otras normas o principios constitucionales o legales, operantes no sólo para proteger los derechos individuales (v.gr.: la imposibilidad de construir como implícito un poder represivo penal), sino, también, para preservar adecuadamente el interés público (v.gr.: la improcedencia de omitir procedimientos de control en el ejercicio de competencias prestacionales o de fomento). Deben también aquí jugar las dos dimensiones tuitivas del derecho administrativo: el interés individual y también el interés público.

c) Finalmente, cabe acudir a la categorización efectuada por Felipe Aja Espil, quien ha diferenciado conceptualmente los *poderes implícitos* de los *inherentes*, tradicionalmente identificados como inferibles de los poderes expresos. De acuerdo con esta idea, los poderes inherentes son aquellos que resultan de la *naturaleza* o *esencia* del

órgano, son las potestades *propias* y *originarias* de éste, las cuales no requieren, por tanto, de una expresa enunciación normativa.

Esta elaboración, referida principalmente a los órganos constitucionales, es, a nuestro juicio, también aplicable a otros órganos, pues no existen razones para excluirla en esos casos. Y, tal como sucede con los poderes implícitos, el contenido de los inherentes se debe determinar también en el marco del principio de especialidad, aplicado con arreglo a los mismos límites y prohibiciones. Es, en este sentido, un ejemplo que, por nuestra parte, siempre hemos expuesto como caso de poderes inherentes a la titularidad de la función administrativa, la potestad revocatoria por ilegitimidad de los actos ilegítimos.

En nuestra opinión, entonces, la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar con base en la letra expresa de la norma, en los poderes implícitos que razonablemente deriven de ella y en la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate. La especialidad es, en este enfoque, no un principio autónomo de atribución sino un criterio de interpretación de las normas que crean el ente o el órgano y, asimismo, de construcción o integración de la norma (Aja Espil) cuando ésta no contempla la situación a resolver.

No queremos concluir sin expresar que en este punto como en tantos otros se impone excluir las visiones unidimensionales del Derecho Administrativo, derivadas de las posturas individualistas o estatistas.

La competencia define la medida del ejercicio del poder; y, éste, debe estar al servicio de la libertad, la cual, sin un poder eficaz que la respalde ampara a todos formalmente, pero, en la realidad, sólo a pocos. La justicia social exige, al decir de Forsthoff, un poder estatal conformador. Un poder que debe hallar su legitimación en la juridicidad y en la eficacia. Juridicidad y eficacia; he aquí uno de los desafíos fundamentales en nuestros países agobiados por el deterioro institucional y la injusticia social. Concebir a la competencia como habilitación y límite del poder, y, a la vez, como título para la conformación justa de la sociedad, puede ayudar a cumplirlo.

3.4. Caracteres jurídicos

Son caracteres jurídicos de la competencia: la obligatoriedad de su ejercicio, su improrrogabilidad y su irrenunciabilidad.

3.4.1 Obligatoriedad

En la jurisprudencia judicial y administrativa se ha sostenido este principio[23], y, en particular, se lo ha aplicado a la obligatoriedad de resolver las peticiones de los administrados, a cargo de los órganos y entes de la Administración[24].

[23] CNCAF, Sala IV, 8/10/1985, "Cerámica y Calera Villa Luro SRL"; PTN, Dictámenes: 204:36, pto. IV.3.

[24] Se ha dicho así que existe siempre la obligatoriedad de que la Administración resuelva (art. 14 C.N. y arts. 3, 10, 28 y concs. ley 19.549), cualquiera sea el momento en que lo haga, excepto que para ese entonces hubiera perdido su competencia (CNCAF, Sala IV, 7/03/1989, "Baragiola"); y que el "derecho de petición" no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta.

Al mismo principio se refirió la PTN al sostener que el art. 3° de la LNPA determina la obligatoriedad del ejercicio de la competencia del órgano administrativo, la que tiene carácter de irrenunciable en atención al interés público que motiva su establecimiento[25].

El art. 3° prevé, sin embargo, la posibilidad de delegación, sustitución o avocación, aunque con arreglo a pautas de procedencia diferentes.

En efecto: La LNPA condiciona la delegación y la sustitución a la existencia de una autorización normativa expresa -sin precisar el rango de la norma-, y habilita la avocación, como principio.

Con fundamento en la modificación dispuesta por la ley 25344, de emergencia económico financiera, al artículo 31 de la LNPA –de la cual resulta que, ahora, la demanda judicial contra el Estado se debe deducir dentro de los plazos perentorios previstos por el artículo 25 de esta última norma[26], aun en los supuestos de silencio administrativo ante el reclamo previo y el pedido de pronto despacho, se ha planteado, en doctrina (Raspi), la posibilidad de interpretar que, con esa innovación, se habría modificado el principio de la obligatoriedad del ejercicio de la competencia, transformando ese ejercicio en una alternativa meramente facultativa y discrecional de la autoridad.

Esta interpretación tornaría de muy dudosa constitucionalidad la norma en cuestión pues la citada ley de emergencia derogaría, en principio, el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dicha norma, incorporada a la CN, impone la obligación de dar rápida respuesta al pedido que los ciudadanos formulan en ejercicio de su derecho a peticionar, ¿podríamos considerar, junto con esta interpretación doctrinaria, que el nuevo art. 31 modifica y deja sin efecto el orden jerárquico que resulta de la CN (arts. 28, 31 y 75 inc. 22, párr. 2do.)?¿Dicha norma de rango legal inferior altera lo establecido por el Constituyente?

Pensamos, en coincidencia con el autor que formula este planteo, que esta interpretación ubica al primer párrafo del actual art. 31 de la LNPA, en una posición endeble, pasible de ser tachado de inconstitucional.

3.4.2 Improrrogabilidad

Frente al "derecho de petición" se encuentra la obligación de responder. Ello no significa que la Administración deba pronunciarse en un sentido o en otro, sino tan sólo que debe resolver (CNCAF, Sala IV, 19/10/1989, "Vitale", en JA 1990-III-127). Asimismo, la PTN en Dictámenes: 162:326, pto. II, 2., dijo que la Administración tiene la obligación de resolver las cuestiones que le plantean los particulares que alegan la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Esta obligación surge de los arts. 1° inc. f) ap. 3° de la ley 19549 que les garantiza, dentro del procedimiento administrativo, el derecho a una decisión fundada, y del art. 3° de la misma ley, que establece la obligatoriedad del ejercicio de la competencia.

[25] Dictámenes: 168:303, pto. II, y su cita.

[26] Que, en lo que aquí interesa, reza actualmente así: "El pronunciamiento acerca del reclamo (administrativo previo) deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción".

La competencia es improrrogable, debido a que se halla establecida en interés público por una norma estatal (Villegas Basavilbaso). Las excepciones a este carácter -enunciadas en la LNPA- son la sustitución, la delegación y la avocación.

3.4.2.1 Sustitución

La sustitución consiste, no en una modificación de la competencia del órgano, sino en un cambio en la persona del funcionario, en razón de que su titular se halla imposibilitado de ejercerla. Se trata de una "medida que no responde, como la avocación, a una actividad administrativa normal, sino que tiene efectos sancionatorios por negligencia o incapacidad económica o técnica, para ejercer las funciones en las que se lo sustituye" (Bezzi).

3.4.2.2 Delegación

La delegación consiste en la transferencia parcial del ejercicio de la competencia de un ente u órgano a otro ente u órgano, de donde se genera, respectivamente, la delegación intersubjetiva e interorgánica.

Conforme a la ley, la delegación no requiere autorización legislativa; es suficiente la habilitación "normativa", de modo que, en el marco de aquélla, un reglamento puede operar como fuente de competencia para delegar, o de competencia delegada (Gordillo).

3.4.2.2.1 Las delegaciones en particular

A fin de establecer claramente las pautas que rigen las delegaciones en el ámbito de la Administración centralizada, corresponde referirse, en primer término, a la ubicación y las relaciones de los órganos Poder Ejecutivo Nacional, Jefe de Gabinete y Ministros en el actual esquema constitucional.

En lo relativo a las dos primeras figuras, el art. 100 inc. 1º de la Constitución Nacional atribuye al Jefe de Gabinete de Ministros el ejercicio de la administración general del país y constituye al Presidente de la Nación en responsable político de aquélla (art. 99, inc. 1°). En ese marco, queda fuera de duda que el Poder Ejecutivo está a cargo exclusivo del Presidente de la Nación (art. 87), quien, siendo Jefe del Gobierno (art. 99 inc. 1º), se encuentra por sobre el Jefe de Gabinete y los Ministros. De ello se deriva que la *titularidad* y consecuente responsabilidad por el ejercicio de la administración general del país recae en el Presidente, delegándose la concreta *ejecución* de aquélla en el jefe de Gabinete[27].

Por su parte, los Ministros integran el órgano ejecutivo, bajo la dependencia del Presidente de la Nación. En cuanto a la relación que los une con el Jefe de Gabinete, la PTN se ha pronunciado por la inexistencia de relación jerárquica entre el Jefe de

[27] En efecto, no resultaría coherente responsabilizar al Presidente por un "mal desempeño" o "delito en el ejercicio" de una atribución que -por no ser su titular- no puede desempeñar ni ejercer (art. 53 C.N.).

Gabinete y los Ministros del Poder Ejecutivo Nacional[28]. Por nuestra parte, *ver infra,* hemos disentido con esa interpretación, catalogando al Jefe de Gabinete como la cabeza del cuerpo ministerial, al que integraría, pero con una jerarquía superior a la del resto (Comadira y Canda).

Ahora bien, en el esquema jerárquico explicado, esto es, el Presidente de la Nación en la cúspide de la Administración Central, a quien está subordinado el Jefe de Gabinete del que dependen, por su parte, los Ministros, cabe dilucidar qué atribuciones de cada uno de los órganos citados pueden ser delegadas, y a qué otros órganos.

Así, con respecto a las atribuciones del -por entonces- art. 86 (actual art. 99), es decir, las correspondientes al Presidente de la Nación, la PTN señaló oportunamente que se había generalizado la distinción entre facultades administrativas, por un lado, y de gobierno, por otro. Las primeras resultaban delegables por el Presidente, mientras que las segundas, en cambio, no[29].

En este marco, el Presidente puede delegar sus atribuciones relativas a la administración general del país en el Jefe de Gabinete. En efecto, si consideramos a este último como un mero destinatario de la delegación impropia, nada impide que el titular de la función amplíe el marco de la delegación. Ello es así pues, si se acepta la posición de que el Poder Ejecutivo sigue siendo el titular de la administración general del país, resultarán de entera aplicación -respecto de las facultades administrativas del Presidente, no transferidas en su ejercicio por la Constitución nacional al Jefe de Gabinete- las prescripciones del decreto 260/83, el cual, en su Anexo I, establece como facultades delegables "las administrativas que ejerce el Presidente de la Nación en su carácter de administrador general del país".

En cuanto a la posibilidad de que el Presidente delegue directamente en los Ministros, su viabilidad depende del rango que se otorgue al Jefe de Gabinete. Si se lo considera superior de aquéllos, la delegación debe respetar la línea jerárquica y, por ende, la delegación directa no sería, en esa hipótesis, admisible; si, por el contrario, se lo entiende como un Ministro más, ella sí sería procedente. Como hemos sostenido que el Jefe de Gabinete es superior jerárquico de los Ministros, desde nuestro punto de vista las delegaciones únicamente proceden a su favor, sin perjuicio de la potestad presidencial de autorizar la subdelegación.

El decreto 977/95 dispone, en ese sentido, que "las delegaciones previstas en el art. 100, inc. 4º, de la Constitución Nacional se entenderán limitadas a las atribuciones de administración relativas a las competencias propias del Presidente de la Nación conforme se estipule expresa y taxativamente por decreto. El jefe de Gabinete de Ministros no podrá, en estos casos, subdelegar" (art. 12).

Respecto de las competencias propias del Jefe de Gabinete, habida cuenta que, como dijimos anteriormente, él tiene preeminencia jerárquica sobre los ministros y considerando, además, que dentro de sus potestades constitucionales se pueden discernir atribuciones de carácter administrativo y otras de tipo político, no existirían reparos para admitir la delegación y, en su caso, subdelegación -previa autorización presidencial- en los Ministros de las facultades administrativas[30]; no así, por el contrario, de las privativas como es, por ejemplo, la obligación de concurrir al Congreso mensualmente.

---

[28] Dictámenes: 222:53.

[29] Dictámenes: 140:372, pto. I.

[30] Son delegables las facultades del art. 100 incs. 2, 3 y 6, que se refieran a facultades de orden administrativo atribuidas por ese artículo.

Ahora bien, de conformidad con el decreto 977/95, el Jefe de Gabinete de Ministros puede delegar en los Ministros secretarios atribuciones relativas al régimen económico-financiero y a la administración de recursos humanos relacionadas con sus respectivos departamentos, de acuerdo a lo que expresa y taxativamente determine por Decisión Administrativa, como así también retomar o mantener las atribuciones actualmente delegadas.

Esta previsión no se ajusta, a nuestro juicio, a lo que la Constitución dispone, toda vez que, según ésta (artículo 103), sigue correspondiendo a los Ministros resolver por sí solos lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos. Siendo así, no es, pues, lógicamente posible que el Jefe de Gabinete delegue el ejercicio de competencias que no le son propias.

En el citado decreto se establece, asimismo, que el Jefe de Gabinete podrá, a través del dictado de resoluciones, delegar en los Secretarios de su jurisdicción las atribuciones premencionadas referentes a su departamento. En ambos supuestos, se podrán subdelegar tales atribuciones en funcionarios de jerarquía no inferior a la de Director Nacional o General o equivalente (art. 14).

¿Qué sucede con las delegaciones que, con anterioridad a la reforma constitucional, había efectuado el Poder Ejecutivo a los Ministros? Las delegaciones preexistentes vinculadas a la administración general del país, se deben analizar valorando si el Presidente continúa, o no, siendo titular de la Administración.

Para dilucidar este aspecto, recordemos en primer lugar que la ley de organización de ministerios vigente faculta al Poder Ejecutivo Nacional para delegar en los Ministros y en los Secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen, de acuerdo con lo que determine expresa y taxativamente por decreto (art. 13).

Si se considera que el Poder Ejecutivo, como pensamos, continúa siendo el titular de la Administración, debe entenderse que el constituyente, al establecer que el ejercicio de la administración le compete al Jefe de Gabinete, quiso que ese ejercicio le llegara delegado sin cortapisas ni limitaciones. Desde este punto de vista, las delegaciones preexistentes en los Ministros se deberían considerar caducadas y atribuidas al Jefe de Gabinete, sin perjuicio de la facultad de éste de delegarlas en aquéllos con autorización presidencial.

Corresponde puntualizar, sin embargo, que el Poder Ejecutivo Nacional, a través del artículo 7° del decreto 909/95, dispuso que las delegaciones de facultades vigentes, referidas a atribuciones que en función de lo establecido por la Constitución Nacional corresponden al Jefe de Gabinete de Ministros, subsisten en tanto éste no las modifique.

Por último, cabe examinar la procedencia de que los Ministros efectúen delegaciones de ciertas competencias en órganos inferiores. Sobre el punto, la ley de organización de ministerios vigente determina que los ministros podrán delegar la resolución de asuntos relativos al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos en los funcionarios que determinen conforme con la organización de cada área (art. 14). Asimismo, el artículo 2° del RLNPA faculta a los Ministros, a los secretarios de la Presidencia de la Nación y a los órganos directivos de los entes descentralizados a delegar facultades en sus inferiores jerárquicos, consagrando, así, con carácter genérico, la norma que para la procedencia de la delegación exige el artículo 3° de la ley.

3.4.2.3 Avocación

Respecto de la avocación -que es el acto por el cual un superior jerárquico (o titular de una relación de tutela) asume el conocimiento o la decisión de un asunto que corresponde al ámbito de la competencia de un inferior o ente sujeto a su tutela-, la LNPA la habilita como principio -a menos que una "norma" expresa disponga lo contrario-. Y el artículo 2° del Reglamento determina, por su parte, que aquélla procede a menos que una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior, norma ésta que no comprende al propio Presidente de la Nación (González Arzac).

Se ha señalado como impedimento para la avocación el hecho de que la competencia del inferior sea de naturaleza técnica específica de éste, mas la PTN ha opinado que esta restricción no se aplica a la posibilidad de avocación del Presidente de la Nación, aunque entendiendo que sí existiría obstáculo para que aquel órgano se avoque a la emisión de dictámenes jurídicos de requerimiento obligatorio, pero no porque lo impida la exclusividad de la competencia o la idoneidad específica del inferior sino porque el requerimiento de aquéllos constituye una exigencia de naturaleza procesal[31].

La aplicación directa de la excepción a la procedencia de la avocación, cuando el órgano inferior posee una competencia especial, la realizó el organismo asesor en el caso de la Comisión Nacional de Valores, pues —señaló- ella tiene como función instruir los sumarios relacionados con la materia que en virtud de su idoneidad técnica, se encuentra encargada de regular, descartándose la posibilidad de avocación[32].

También ha dicho que el instituto estudiado se da cuando un órgano determinado, por un acto administrativo propio y fundándose en razones de orden jerárquico y de oportunidad, ejerce una competencia que materialmente coincide con la de un órgano inferior, sobre la base de que tal competencia del inferior está contenida en la del superior[33].

Y ha indicado que[34], recibido un pedido de avocación en la Presidencia de la Nación, corresponde dar intervención al Ministro competente a fin de que se cumplan las siguientes diligencias:

a) la agregación de los antecedentes, si es que se dictará resolución expresa (art. 7° inc. b, de la ley 19549);

b) la producción de la información a fin de que el organismo de la Presidencia de la Nación cuente con los elementos de juicio necesarios;

c) la preparación y refrendo del correspondiente proyecto de decreto del Poder Ejecutivo Nacional, en el cual se decidirá sobre el pedido de avocación; y

d) el dictamen jurídico previo a la elevación del proyecto.

La PTN también sostuvo que la avocación es un acto de carácter facultativo y excepcional, mas ello no implica dejar de reconocer que los administrados, en ejercicio del derecho de peticionar, pueden solicitar la avocación del superior, sin obligar a éste a considerar tal pedido, pues importaría tanto como suprimir los beneficios de la

[31] Dictámenes: 219:167.
[32] Dictámenes: 226:161.
[33] Dictámenes: 232:174 y sus citas; 222:144; 226:161.
[34] Dictámenes: 204:36, pto IV.3.

distribución de las tareas de la Administración en diversos órganos, impuesta incluso como exigencia constitucional.

No obstante -puntualizó- las afirmaciones anteriores no empecen a considerar que la petición de los administrados deba ser tramitada, puesto que el Poder Ejecutivo Nacional, para adoptar una decisión afirmativa de la intervención solicitada o denegatoria del pedido formulado, precisa contar con los elementos de juicio necesarios para tomar tal decisión[35].

Una cuestión singularmente controvertible es si resulta admisible que el Poder Ejecutivo se avoque al ejercicio de las competencias de los entes jurídicamente descentralizados.

Pensamos que ella procede siempre por razones de legitimidad, habida cuenta la importancia que la vigencia de la juridicidad posee, en nuestra opinión, en el marco del bien común cuya gestión inmediata compete a la Administración Pública y, dentro de ésta, como titular, al Presidente de la Nación, sin perjuicio de las inherentes al ejercicio de aquélla confiada al Jefe de Gabinete y de las delegaciones válidas que se hayan podido instrumentar.

Por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cambio, estimamos que debería acogerse, en lo pertinente y en este aspecto, el principio que resulta del artículo 97 del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Así, si el ente fuera de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, la avocación procedería por razones de oportunidad, mérito o conveniencia cuando la ley de creación hubiere acordado el control amplio; si se tratare, por el contrario, de los creados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales aquella sería admisible con amplitud.

Finalmente, cabe aclarar que no se debe confundir la avocación con la revocación de la delegación (Blanco de Tella-González Navarro). La primera, en efecto, importa el ejercicio por el superior de la competencia propia del inferior en un asunto concreto y determinado; la segunda, por su lado, implica la reasunción por el delegante del ejercicio de la competencia transferido al delegado y puede ser referida a un asunto en particular o a toda la materia delegada.

3.4.2.3.1 Avocación del Poder Ejecutivo Nacional respecto de facultades del Jefe de Gabinete (Revocación de la delegación)

Si se considera a las competencias del Jefe de Gabinete como meramente delegadas de modo impropio, el Presidente, en tanto titular de la función, y sin necesidad de avocarse, podría revocar parte de la delegación, siempre que dicha revocación no implicara un vaciamiento de las competencias de aquél. No se trataría, en el caso, de avocación, sino de "revocación de la delegación", ya que la primera se refiere, como antes se explicó, a la reasunción de competencias propias del inferior, y no a las delegadas.

En una postura distinta, la PTN, con sustento en el art. 15 del decreto 977/95, ha dicho que mediante esa norma se equipara el tratamiento jurídico de las decisiones y

[35] Dictámenes: 204:36 pto. IV. 4. y sus citas.

resoluciones de los Ministros, y las somete a la facultad del Poder Ejecutivo de avocarse a su resolución[36].

3.4.3 Capacidad del agente estatal y del administrado

La LNPA no contiene previsiones reguladoras de la capacidad del agente estatal, ni del administrado, omisión que podría considerarse en cierto modo lógica, porque tanto la capacidad de hecho y de derecho de los agentes estatales, como la de los particulares o administrados, se rigen, en principio, por el derecho privado (Marienhoff-Cassagne). Hay que tener en cuenta, pese a ello, que el derecho administrativo, de índole esencialmente local, puede introducir modificaciones a dicha capacidad.

4. Centralización y descentralización administrativa

No obstante su importancia respecto de todo lo que atañe a la organización administrativa, los conceptos de centralización y descentralización no siempre son utilizados con un mismo significado y extensión, como fácilmente se advierte en la doctrina francesa e italiana, e incluso en la doctrina nacional, en cuanto está influida por aquéllas.

La ausencia, en nuestro medio y especialmente en el orden federal, de una legislación que fije los conceptos legales que deban ser tenidos en cuenta en ese sentido, ha contribuido en gran medida a acrecentar y mantener la confusión actualmente existente.

Para ello, al referirnos a este tema, es preciso concretar adecuadamente el sentido y alcance con que los conceptos de centralización y descentralización deben ser entendidos y habrán de ser utilizados.

En primer lugar, cabe tener presente que ambas nociones pueden ser consideradas desde diferentes puntos de vista, a saber: el político, que atiende principalmente a la libertad y autonomía de los entes u órganos de que se trate; el de la ciencia de la administración, que busca alcanzar especialmente la eficiencia de la administración pública; y, finalmente, el puramente jurídico, que se refiere a los principios legales aplicables a la organización administrativa y a su ulterior desarrollo.

Sobre tal base, se entiende por centralización el sistema de organización administrativa en que todas las cuestiones de importancia referentes a la actividad y relaciones de la administración pública son resueltos por los órganos centrales y superiores de ésta (Cassagne), lo que resulta de la circunstancia de que el conjunto de las competencias administrativas se unifica en uno o más órganos superiores de la administración, que tienen, al mismo tiempo, las facultades de decisión correspondientes.

La descentralización, en cambio, es el sistema en el cual, partiendo de una división distinta de las competencias administrativas, las facultades de decisión corresponden y son atribuidas a otros órganos administrativos que no forman parte ni

[36] Dictámenes: 232:174.

integran la administración central, y que gozan de cierto grado de iniciativa, libertad de acción y poderes de resolución.

La centralización, o administración directa, puede llevársela a cabo con diferentes procedimientos, entre los cuales se suele citar la centralización del poder y la coacción inherente a él la centralización de la potestad de designación de los agentes administrativos.

En el sistema de centralización, los órganos comprendidos en la administración central carecen de personalidad jurídica y patrimonio propios, se hallan vinculados entre sí por relaciones que son de naturaleza y carácter jerárquico (jerarquía administrativa), y que configuran, por tanto, relaciones de tipo interorgánico.

La descentralización, o administración indirecta, por su parte, se caracteriza porque en ellas los órganos administrativos descentralizados aparecen con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado, con un patrimonio que les es afectado y que aparece como propio, y con poderes de decisión y resolución que les han sido especialmente transferidos. A ello hay que añadir la atribución de un ámbito territorial o funcional exclusivo, y la existencia de un control que se lleva a cabo bajo la forma de tutela administrativa –a la cual nos referiremos más adelante-, que mantiene la unidad del poder estatal.

De tal suerte, y dado que los órganos descentralizados tienen personalidad jurídica propia, es natural que las relaciones que se establecen entre ellos o con la administración centralizada, sean siempre de tipo interadministrativo, es decir, que se traban entre sujetos administrativos distintos.

Ello no quita, como es obvio, que los órganos descentralizados, no obstante ese carácter, también integren y compongan el cuadro general de la administración pública, formando parte de ella.

La descentralización puede ser establecida por medio de leyes formales especiales, emanadas del Poder Legislativo, o bien por actos del Poder Ejecutivo, que éste dicte en virtud de una delegación que a tal fin le haya hecho el Poder Legislativo, también por ley formal. No faltan, no obstante, opiniones que sustentan un criterio más amplio, aceptando que la descentralización, por lo menos en ciertos casos, puede ser dispuesta directamente por el propio Poder Ejecutivo.

Remitimos para el tratamiento de la temática al órgano constitucional competente para crear entes descentralizados a lo expuesto *infra* al tratar la cuestion relativa a los entes reguladores de los servicios públicos, aun cuando destacamos que en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º, inciso a, de la ley 25152, sustituido por el artículo 48 de la ley 25565, toda creación de organismo descentralizado y empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional requerirá el dictado de una ley.

Se ha señalado que el criterio amplio es el más adecuado, puesto que el Poder Legislativo carece, por lo general, de las posibilidades prácticas de disponer, en todas sus formas y detalles, una descentralización administrativa determinada.

La descentralización puede revestir dos formas diferentes: territorial o funcional. La primera supone la determinación de un ámbito geográfico, dentro del cual el órgano descentralizado ejerce su competencia y desarrolla su actividad, siendo la primera y más simple de las modalidades de descentralización, que apareció con el advenimiento de las entidades locales con sustento territorial. Justamente, y como ejemplo de este tipo de descentralización, se suele citar las comunas o municipalidades. Véase, no obstante, el análisis de la autonomía municipal, reconocida ahora constitucionalmente, que se efectúa en un capítulo posterior.

La descentralización funcional, por servicios o instituciones, al revés de la anterior, careciendo de las resonancias políticas que esta última tuvo, se estructura sobre la base de un criterio puramente técnico, que da lugar a que determinados servicios, cometidos o prestaciones sean conferidos a un órgano administrativo con personalidad jurídica propia, que puede ser tanto un ente separado de la administración existente, a ese efecto, o un ente creado para ejercer esa competencia, de manera específica. En la descentralización funcional puede existir, igualmente, un ámbito territorial asignado, pero este elemento no es, en este caso, el que tiene valor prevaleciente, sino que ese rol corresponde a la atribución de un servicio o una función.

La doctrina ha señalado, tanto para el sistema de centralización como para el de descentralización, ventajas e inconvenientes.

Con relación a la centralización, se destacan como ventajas la unidad de acción de la gestión estatal, la celeridad y mejor cumplimiento de las decisiones administrativas, el mejoramiento de la prestación de los servicios públicos más generales, y la más fácil y simple orientación de los administrados, en sus vinculaciones con los órganos administrativos. Como desventajas, a su vez, se han puntualizado las siguientes: incremento desmedido de la burocracia improductiva, y, como consecuencia, exagerado formalismo y ritualismo procedimental, todo lo cual aleja a los administrados de los centros de decisión, los cuales quedan de ese modo distanciados de la efectiva administración.

Respecto de la descentralización, por su parte, se destacan como ventajas el descongestionamiento del poder de decisión, y como resultado directo la más rápida resolución de los asuntos administrativos, la afirmación de una mejor y más acentuada responsabilidad de los agentes administrativos, la competente adopción de los mejores modos del actuar administrativo, y la mayor aproximación de los administrados a la administración. Como desventajas, aparecen, finalmente, la excesiva división del poder estatal y la afectación del criterio de unidad de las decisiones, así como la posibilidad de fomentar ciertos favoritismos, que afectan la generalidad e imparcialidad del obrar administrativos.

De cualquier manera, pensamos que en esta cuestión, como en otras semejantes, no es posible ni conveniente atarse a uno u otro de los sistemas que hemos venido tratando, puesto que lo correcto es adoptar uno u otro –centralización o descentralización- teniendo en cuenta lo que mejor convenga a la actividad administrativa de que se trate, manteniendo como exigencia indeclinable la mejor y más eficiente prestación de esa actividad, y la atención del interés público comprometido.

Como sistema inverso y opuesto a la descentralización, aparece el de recentralización, que consiste en el reintegro a la administración central de las competencias de que había sido privada para atribuirlas a un organismo descentralizado, el cual –cuando la recentralización es total- debe desaparecer y ser suprimido, por medio de una norma legal de igual jerarquía que la que dispuso su institución, aplicándose igualmente este principio del paralelismo de las normas legales al caso de la recentralización parcial, en la que el órgano descentralizado no tendrá por qué ser suprimido, sino simplemente modificado en su competencia, atribuciones, composición, etc.

Vinculados con el tema que hemos considerado en este parágrafo, aparecen otros conceptos que por falta de precisión se los suele utilizar como si se tratara de nociones a veces opuestas, y a veces semejantes o vinculadas.

Ello ocurre, en efecto, con los conceptos de "autonomía" y de "autarquía".

La autonomía no es sino una forma o modalidad superior de la descentralización política, en la cual se admite la existencia de un ente que puede darse sus propias normas fundamentales, lo que significa el reconocimiento de una potestad normativa originaria. Así ocurre, verbigracia, con las provincias.

Se debe tener en cuenta, después de la reforma constitucional de 1994, la autonomía garantizada a las Universidades (artículo 75, inciso 19, tercer párrafo "in fine"); asignada a la Auditoría General de la Nación (artículo 85, tercer párrafo); al Defensor del Pueblo (artículo 86); al Ministerio Público (artículo 120) y asegurada a los municipios (artículo 123).

La idea de "autarquía", en cambio, es de raigambre netamente administrativa, y se refiere a la condición de ciertas personas jurídicas públicas estatales que tienen la aptitud de administrase por sí mismas, con sujeción a un marco de normas superiores que le son impuestas, sin que dejen de integrar y componer, no obstante ello, la administración pública, pues cumplen fines públicos específicos, que son del Estado.

La autarquía, que fue una de las formas iniciales de la descentralización administrativa, no es sino una especie de esta última, aunque con características especiales que la singularizan, de suerte que si toda entidad autárquica es, por ello mismo, una entidad descentralizada, no toda entidad descentralizada es necesariamente autárquica, ya que la descentralización puede adoptar otras formas o maneras diferentes.

Por último, y siempre en relación con el tema que tratamos, se suele también utilizar la noción de "autarquía", la cual –en el orden administrativo- se referiría a la capacidad de un órgano o ente para bastarse económicamente por sí mismo, lo que le da la posibilidad de aplicar los recursos o ingresos que obtiene con su actividad a su propio cometido, según su propio arbitrio, pero siempre en atención a la finalidad que debe alcanzar.

5. Concentración y desconcentración administrativa

La concentración y la desconcentración, en el campo de la organización administrativa, aparecen como técnicas que tienden al agrupamiento o distribución de las competencias administrativas atribuidas a un órgano o ente determinado, dentro de éste. Atañen, pues, a la manera o forma como se organiza una persona pública estatal.

La concentración y la desconcentración, en consecuencia, no deben ser confundidas ni relacionadas, específicamente, con la centralización y descentralización, ya que como principios de organización pueden ser aplicadas en uno u otro caso, indistintamente, pudiendo por ello existir órganos centralizados que están sujetos a desconcentración, y órganos descentralizados que responden, en cambio, a los principios de concentración.

Esta situación se comprende aún mejor, si se advierte que mientras que la centralización y la descentralización producen y afectan las relaciones interadministrativas, la concentración y la desconcentración se refieren a las relaciones interorgánicas, o sea, a las que se producen dentro de un mismo órgano o ente.

La concentración existe en aquellos casos en que las facultades de decisión han sido atribuidas solamente a los órganos superiores de la administración directa (centralizada) o de los entes que componen la administración indirecta (descentralizada).

Inversamente, cuando esas facultades de decisión están también atribuidas, a otros órganos inferiores de la administración centralizada, o a otros componentes inferiores dentro de un mismo ente descentralizado, cabe concluir que se está frente a supuestos de desconcentración.

La aplicación de una u otra técnica de organización habrá de depender, necesariamente, del cometido del órgano o ente al cual habrán de aplicarse, buscando, por ese medio, la mayor eficacia de su accionar, y de ese modo la mejor satisfacción del interés público.

La centralización y descentralización, al igual que la concentración y la desconcentración, constituyen modalidades de organización administrativa que dan lugar a una unificación o distribución permanente de competencias y atribuciones, con lo que quedan separadas y diferenciadas de otros tipos de distribución que son, como la delegación, meramente transitorias o circunstanciales.

La imputación funcional, a su vez, que se ha hecho consistir en la distribución de funciones que efectúa el Poder Ejecutivo a órganos administrativos sobre los cuales ejerce control administrativo, y que están vinculados a él de ese modo (Marienhoff-Cassagne), puede establecerse, según sus modalidades, como una manera de la descentralización o de la desconcentración, que queda comprendida dentro de la zona de reserva del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, en el primer supuesto, o de este último exclusivamente, en el segundo.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Aja Espil, Felipe, Constitución y poder, historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes, Buenos Aires, 1987.
2. Alessi, Renato, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, 1970.
3. Alfonsín, Raúl, Núcleo de coincidencias básicas, LL 1994-D-835.
4. Ariño Ortiz, Gaspar, Descentralización y planificación, Madrid, 1972.
5. Baena de Alcázar, Mariano, Organización administrativa, Madrid, 1984.
6. Bandeira de Mello, Celso A., Curso de direito administrativo, San Pablo, 2003, 17ª edición.
7. Bandeira de Mello, Celso A., El procedimiento en la licitacion pública, JA 1979-II-784.
8. Benoit, Francis Paul, Le droit administratif français, Toulouse, 1968.
9. Bezzi, Osvaldo M., La competencia del órgano administrativo, en obra conjunta Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1975.
10. Bezzi, Osvaldo M., Ley de procedimientos administrativos. Anotada y comentada, La Plata, 1971.
11. Bianchi, Alberto B., Reflexiones sobre el caso Ángel Estrada y sus efectos en la jurisdicción arbitral, en el Suplemento Especial de Derecho Administrativo de El Derecho, 18 de mayo de 2005, p. 10.
12. Bielsa, Rafael, Ciencia de la administración, Buenos Aires, 1964.
13. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947.
14. Blanco de Tella, Luis, y Francisco González Navarro, Organización y Procedimientos Administrativos. Estudios, Madrid, 1975.
15. Bonnard, Roger, Précis de droit administratif, Paris, 1935.

16. Bullrich, Rodolfo, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1942.
17. Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, Buenos Aires, 1944.
18. Buttgenbach, A., Manuel de droit administratif, Bruxelles, 1954.
19. Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
20. Cassagne, Juan C., El acto administrativo, Buenos Aires, 1978.
21. Cassagne, Juan C.; Derecho Administrativo, T. I, Buenos Aires, 1995.
22. Colmeiro, Manuel, Derecho administrativo español, Madrid, 1858.
23. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., Administración general del país y delegaciones administrativas, ED 163-879.
24. Comadira, Julio R., Dictamen publicado en RAP, nro. 234.
25. Comadira, Julio R., La anulación de oficio del acto administrativo, Buenos Aires, 1981. También se puede ver la segunda edición de 1998.
26. Cossio, Carlos, La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, Buenos Aires, 1944.
27. Del Burgo-Marchan, Angel M., El principio general de competencia en derecho administrativo (con un estudio preliminar sobre el poder), Madrid, 1989.
28. Di Tella, Luis Blanco y Gonzalez Navarro, Francisco, Organización y procedimiento administrativo, Madrid, 1975.
29. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1965.
30. Diez, Manuel M., Manual de derecho adminstrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
31. Diez, Manuel M., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1974, TºI.
32. Diez, Manuel M., Derecho Administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1963, T. I.
33. Dromi, José Roberto y Menem, Eduardo, La constitución reformada, comentada, interpretada y concordada, Buenos Aires, 1994.
34. Dromi, José Roberto, Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1978.
35. Ducrocq, Th., Cours de droit administratif et de législation français des finances, Paris, 1897-1905.
36. Eisenmann, Ch., Centralisation et descentralisation, Paris, 1948.
37. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1993-1994.
38. Escola, Héctor, Tratado general de procedimiento administrativo, con explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/1972, 1744/1973, 3700/1977, Buenos Aires, 1981.
39. Fernández de Velasco, Recaredo, Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración, Barcelona, 1930, t. I.
40. Fernandez Ruiz, Derecho Administrativo. Contratos, México, 2003.
41. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976, t. I y II.
42. Fiorini, Bartolomé A., y Mata, Ismael, Licitación Pública, Selección del contratista estatal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972.
43. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1958.
44. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1958.
45. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1973.
46. Gallego Anabitarte, Alfredo - Chinchilla Peinado, Juan Antonio-Rodriguez - Chaves Mimbrero, Blanca, Lecciones de Derecho Administrativo I- Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización, Madrid-Barcelona, 2001.
47. García de Enterria, Eduardo – Fernandez, Tomás R., Curso de derecho administrativo, Madrid, 1997, T. I, 8va edición.

48. García Lema, Alberto, Las reformas del sistema institucional. El núcleo como sistema, en la obra colectiva La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la comisión de redacción, Santa Fe, 1994.
49. García Oviedo-Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 1959, t. II.
50. García Trevijano Fos, José Antonio, Principios jurídicos de la organización administrativa; Madrid, 1957.
51. García Trevijano Fos, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Vol. I, Madrid, 1971.
52. García Trevijano Fos, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1967, t. II.
53. Garrido Falla, Fernando, Administración indirecta del Estado y descentralización funcional, Madrid, 1950.
54. Garrido Fallo, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1989, 11° edición, volumen I.
55. Gascón y Marín, José, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1947-1948.
56. Giannini, Massimo S., Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1950.
57. González Arzac, Rafael, La competencia de los órganos administrativos, en Estudios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1975.
58. Gordillo Agustín A., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, t. I.
59. Gordillo, Agustín A., Empresas del Estado, Buenos Aires, 1966.
60. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Buenos Aires, 1997.
61. Greca, Alcides, Derecho y ciencia de la administración municipal, Santa Fe, 1943.
62. Guaita, Aurelio, División territorial y descentralización, Madrid, 1975.
63. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, 1933.
64. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedeimiento Administrativos, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, 1895-1988, TºI.
65. Ivanega, Miriam M., Principios de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.
66. Jèze, Gastón, Les principes généraux de droit administratif, Paris, 1925.
67. Jèze, Gastón, Principios generales del derecho administrativo, Buenos Aires, 1948, Tomo I.
68. Kelsen, Hans, Teoría general del Estado y del derecho, México, 1948.
69. Landi, Guido y Potenza, Giuseppe, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 1971.
70. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1970.
71. Laubadère, André de, y otros, Traité de droit administratif, París, 1996, 14° edición, Tomo 1.
72. Linares, Juan Francisco, Compentencia Administrativa y Prohibiciones implicitas, en Revista Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abril-Junio de 1975, nº8.
73. Linares, Juan Francisco, La competencia y los postulados de la permisión, en Revista Argentina de derecho administrativo, noviembre de 1971, nº 2, Buenos Aires.
74. Linares, Juan Francisco, Poder Discrecional Administrativo, Buenos Aires, 1958.
75. Lucifredi, R. y Coletti, G., Descentramento amministrativo, Torino, 1956.
76. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1965, t. I.

77. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1990, cuarta edición actualizada, t. I.
78. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. I, 4º edición, Buenos Aires, 1990.
79. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. II, 4º edición actualizada, Buenos Aires, 1993.
80. Marienhoff, Miguel S., Tratado de dominio público, Buenos Aires, 1960.
81. Matienzo, José Nicolás, Cuestiones de derecho público argentino, Buenos Aires.
82. Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, Buenos Aires, T. 1, 1949, T. 2, 1954.
83. Méndez, Aparicio, La jerarquía, Montevideo, 1973.
84. Merkl, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo, Mexico, 1980.
85. Mosher, Frederick, y Cimmino, Salvatore, Ciencia de la administración, Madrid, 1966.
86. Prates Da Fonseca, Tito, Derecho administrativo, Sao Pãulo, 1935.
87. Raspi, Arturo E., Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/3/2001.
88. Romano, Santi, Fragmentos de un diccionario jurídico, Buenos Aires, 1964.
89. Santamaría Pastor, Juan A., Principios de derecho administrativo, Buenos Aires, Vº1 2ª ed. 1998, Vº2, 3ª ed. 2002.
90. Sarría, Félix, Derecho administrativo, Córdoba, 1961.
91. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959, t. I.
92. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2002, octava edición puesta al día por Daniel Hugo Martins.
93. Schmidt-Abmann, "El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana", en El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Madrid, 1993.
94. Silva Cimma, Enrique, Derecho administrativo chileno y comparado, Santiago de Chile, 1961.
95. Trotabas, Louis, Manuel de droit public et administratif, Paris, 1950.
96. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1976.
97. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, T. II, Buenos Aires, 1950.
98. Vitta, Cino, Diritto amministrativo, Torino, 1962, t. I.
99. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
100. Waline, Marcel, Precis de Droit Administratif, París, 1969, t. 1.
101. Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, 5a ed., 1955, t. III.
102. Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Arayú, Parte general, Tº I, 1954.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo VI

Organización administrativa argentina: la articulación de los ordenamientos nacional, provincial y municipal; la región[1].

1. Introducción

Para abordar la temática de este capítulo hemos decidido ceñirnos a la exposición de los aspectos más relevantes del texto constitucional federal, uno de los cuatro más antiguos en vigencia en el derecho comparado, enriqueciéndolo, a la par, con el fundamental aporte que, para su comprensión, resulta de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete última del texto superior.

Así, el desarrollo de las páginas que siguen se centrará, básicamente, en la búsqueda, a partir del principio de competencia, de una articulación de ordenamientos que, si bien reclaman cierto grado de incomunicabilidad, no son, por eso, cosmos que se ignoren recíprocamente (Meilán Gil).

Asimismo, nos ocuparemos con algo más de detalle de las innovaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, en lo que a la temática de la organización del país concierne. La gran actualidad y potencialidad transformadora que, a nuestro juicio, la reforma ha inyectado a la Carta Fundamental, justifican el mentado esfuerzo.

A modo de ejemplo, cabe citar la incorporación al texto constitucional de la regionalización, como variante aún inexplorada para el desarrollo nacional. Su importancia vuelve necesario, a nuestro entender, el tratamiento por separado de esta nueva herramienta orientada al progreso homogéneo del país, fundado en la unión de esfuerzos provinciales. Ello conduce a una discusión, aún no profundizada pero de urgente necesidad, acerca de los alcances del proceso de regionalización, y sus eventuales límites.

2. La Argentina: país federal.

La Argentina es un país federal. En efecto, según el artículo 1º de su Constitución, "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución"[2].

Como es sabido, el Estado Federal entra en la historia, como forma y concepto de organización política, en el año 1787, con la Constitución norteamericana y se extiende posteriormente, por diversas circunstancias, a países de Iberoamérica (Argentina, Brasil, México, Venezuela), a Europa (Suiza, 1848, Alemania, 1971), a varios dominios británicos y, después de la primera guerra mundial, a otros países (García Pelayo).

---

[1] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira.

[2] Más adelante volveremos sobre la significación de la locución "según lo establece la presente Constitución".

Hasta ese momento, las formas conocidas eran el Estado Unitario y la Confederación, motivo por el cual el Estado Federal se explica como el medio de dar respuesta a la necesidad práctica de conciliar, de armonizar, de lograr la unidad dialéctica entre las naturales tendencias contradictorias que anidan en toda nación: la unidad y la diversidad, las fuerzas centrípetas y centrífugas, la cohesión y el particularismo.

La transacción entre la autoridad y la libertad como principios esenciales del orden político (Proudhon), y la integración de la autonomía y la libertad, en la búsqueda de los propios fines, con el orden, la seguridad, el control, la jerarquía, como modos de asegurar la concreción de éstos (Scelle), hallan, en el federalismo, su mejor expresión.

No es posible, sin embargo, afirmar la existencia de una única clase de Estado Federal porque la realidad es, como sostiene Bourdeau, la diversidad de los sistemas federales.

Esto, en la Constitución Argentina, surge evidente del propio texto, pues, como antes dijimos, la forma federal es adoptada *según lo establece la propia Constitución* (Linares Quintana).

Por eso, bien ha podido decirse que lo que hay de representativo, republicano y federal en la Constitución Argentina debe buscarse en ella misma (Rivarola).

Ciertamente, nuestra Constitución pudo basarse en el modelo americano, pero, para decirlo con las palabras de la Corte Suprema "...si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél, nuestras instituciones son originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales..."[3].

3. Los antecedentes históricos

Dilucidar qué pudo significar el federalismo al tiempo de sancionarse la Constitución Nacional, hace inevitable acudir a la obra de Juan Bautista Alberdi.

En efecto, el proyecto de Constitución que este notable pensador nacional insertara en su obra "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", reviste la calidad de fuente normativa primaria respecto del texto supremo sancionado en 1853.

El Padre de la Constitución, como se ha dado en llamar a Alberdi, pensaba que, tanto la forma unitaria como la federativa, tenían sus antecedentes en la historia político institucional argentina colonial y post revolucionaria.

Alberdi veía, en efecto, como antecedentes unitarios de la época colonial, entre otros, a los siguientes.

a) la comunidad de origen español;

b) la unidad de creencias y cultos religiosos;

c) la unidad de costumbres y de idioma;

[3] CSJN, 1897, "Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe", Fallos: 68:227.

d) la unidad política y de gobierno, pues todas las provincias formaban un solo Estado;

e) la unidad de legislación civil, comercial y penal y la unidad del sistema judiciario, de jurisdicción y competencia, en tanto había un único tribunal de apelación -la Real Audiencia- que funcionaba en Buenos Aires;

e) la unidad territorial bajo la denominación Virreynato del Río de la Plata;

f) la unidad administativa general, derivada de la acción central instada por el Virrey, jefe supremo del Estado, instalado en Buenos Aires.

Esta tendencia unitaria se expresaría, a su vez, en el período posterior a la revolución, entre otras, en los siguientes elementos:

a) la unidad de convicción política republicana;

b) la unidad de sacrificios durante la guerra de la independencia;

c) los congresos, presidencias, directorios supremos y generales habidos durante la independencia;

d) la unidad diplomática, consignada en tratados celebrados con Inglatera, Francia, Brasil, etc;

e) la unidad de colores simbólicos y la unidad implícita, intuitiva, cada vez que se hablaba de República Argentina, pueblo argentino, etc. y no de "república sanjuanina", "nación porteña", etc.

Los antecedentes federativos, coloniales y patrios, que, por su parte, hubieran hecho imposible un gobierno interior indivisible, y que necesariamente llevaban a la conciliación del accionar central con las *soberanías* provinciales (Alberdi pensaba, en realidad, en la soberanía de las provincias), eran, principalmente, los siguientes:

a) las rivalidades y diversidades provinciales sembradas durante la dominación colonial y renovadas durante la demagogia revolucionaria;

b) los largos períodos de aislamiento durante la revolución;

c) la especificidad provincial, derivada de los suelos y climas diversos, traducida en los distintos hábitos, costumbres, y en los productos del comercio y de la industria;

d) las distancias enormes y costosas y la falta de canales, de caminos, de medios de organización de sistemas de comunicaciones y de transportes y de acción administrativa pronta y fácil;

e) los hábitos adquiridos de legislación y jurisdicción propias y la soberanía provincial reconocida por la revolución;

f) los tratados, ligas parciales y acuerdos provinciales celebrados durante la época del aislamiento;

g) los provincialismos monetarios, del cual dio el primer ejemplo la provincia de Buenos Aires;

h) el acuerdo de San Nicolás, ratificatorio del Pacto Federal de 1831, en el cual se consagraba el principio federativo.

En suma, Alberdi concluye en que "las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe", por lo que en su proyecto se esboza un sistema mixto que "abrace y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación", objetivo

que, a su entender, era factible lograr fusionando las formas de gobierno conocidas hasta entonces, es decir, combinando las formas de unidad y federación en un régimen que la Constitución calificará como "federal".

4. Los rasgos generales del sistema

En sintonía con el pensamiento de Alberdi, el constituyente argentino adoptó en la Constitución una solución de corte intermedio, entre el clásico Estado confederal y el Estado unitario.

Para ello, en su Segunda Parte, titulada "AUTORIDADES DE LA NACION", instituyó el "Gobierno Federal" y los "Gobiernos de Provincia", en los Títulos I y II, respectivamente.

En tanto, pues, Estado Federal le son predicables, a la Argentina, las siguientes notas:

4.1. El Estado argentino tiene su origen no en un tratado, alianza, pacto o unión de Estados soberanos o cuasisoberanos e independientes, como sucede en la Confederación, sino en la Constitución, sancionada por la voluntad nacional.

Si bien antiguamente la Corte sostuvo[4] que fueron las Provincias quienes directamente delegaron facultades propias a la Nación, reservándose otras; en pronunciamientos más cercanos, el Alto Tribunal, con sustento en el actual art. 121 -en el que se preceptúa que las provincias conservan todo el poder no delegado por la *Constitución* al Gobierno Federal- dejó establecido que de sus términos no cabe inferir que las provincias se hayan reservado poderes, sino que, por el contrario, ha sido la propia Constitución la que ha operado la distribución, estableciendo, a la par, que todo poder no delegado queda en competencia provincial[5].

Una consecuencia coherente, derivada de ese razonamiento, es que si ha sido la Constituyente Nacional -y no las Provincias que, allá por 1853, la convocaron- la que ha distribuido las atribuciones federales y provinciales, sólo otra Constituyente de la misma índole tendrá facultades para modificar dicha distribución.

Así lo ha entendido la Corte, al manifestar que ni las Legislaturas Provinciales ni el Congreso Nacional pueden modificar la división de competencias realizada por la Constitución. Se precisa, para ello, la voluntad de una Convención Nacional Constituyente[6].

La República Argentina debe concebirse, entonces, no como una nación compuesta por Estados, sino como un Estado dividido en provincias, en el cual éstas conservan el poder no delegado por la Constitución en aquél (Estrada), aun cuando desde cierta perspectiva pudiera no negarse a las provincias la condición de Estados, en tanto este último concepto se lo refiera, como quería Jellinek, a la capacidad de autoorganización (en contra: Heller).

---

[4] CSJN, 1864, "Blanco, Julio E. c/ Nazar, Laureano", Fallos: 1:170, especialmente p.174.
[5] CSJN, 1986, "Solís, Julio Alfredo", Fallos: 308:1298.
[6] CSJN, 1957, "Giménez Vargas Hnos., Soc. Com. e Ind. c/ Prov. de Mendoza", Fallos: 239:343, especialmente p. 349; CSJN, 1967, "Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Santiago del Estero", Fallos: 268:306, especialmente cons. 6º.

Aun cuando las provincias convocaron al poder constituyente e hicieron elegir a los miembros de la Asamblea, el constituyente fue el pueblo de la nación argentina y no las provincias (Sagüés-Vanossi).

Por eso, bien puede decirse que si bien la mayor parte de las provincias preexistieron históricamente al Estado Federal, éste, desde la perspectiva lógico jurídica, es anterior a las provincias, de modo que éstas derivan sus competencias de aquél (Bidart Campos).

4.2. El Estado Federal Argentino surge como entidad jurídico político soberana, a costa del sacrificio de la soberanía de los Estados locales, que sólo poseen autonomía.

Esta, que puede considerarse, actualmente, la posición ampliamente predominante en la doctrina y en la jurisprudencia, fue, sin embargo, precedida por tempranas concepciones doctrinarias (González-Zavalía) y jurisprudenciales, en las cuales se afirmó la tesis de la soberanía dual -nacional y provincial-, tal como lo expuso Hamilton en el El Federalista y lo popularizó, en Europa, Alexis de Tocqueville.

Según la jurisprudencia inicial del Alto Tribunal, en efecto, de acuerdo "...con el sistema político adoptado por nuestra Constitución, los poderes de la soberanía se encuentran divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales...los primeros revisten la calidad de supremos y absolutos y se aplican en todo el territorio de la república, es decir, aun dentro del perteneciente a las provincias; los...segundos presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercidos dentro de los límites territoriales de la provincia"[7].

Sin embargo, más recientemente, la Corte se ha referido a la "autonomía provincial", desechando la antes aludida soberanía[8].

Esta última posición es la que, a nuestro juicio, mejor se condice con el texto constitucional, porque si se entiende por soberanía a aquel poder que no reconoce sobre sí otro superior, y se acepta, por un momento, la calidad de soberanas de las provincias, no serían entendibles las claras cláusulas constitucionales que prevén la intervención federal de los gobiernos locales (art. 6º) o el control federal al que quedan sometidas por intermedio de la actuación de la Corte Suprema en las causas que las tengan por parte, cuando se reúnan los requisitos especificados en los actuales arts.116 y 117 de la Carta Fundamental.

Más acorde con el texto constitucional parece, entonces, la calificación de autónomas que la Corte les ha deparado en última instancia, si se atiende a que las provincias cuentan con facultades para legislar, autoadministrarse y administrar justicia, así como para elegir sus autoridades, celebrar tratados y un cúmulo de otras potestades que analizararemos, en detalle, más adelante.

---

[7] CSJN, 20/09/1926, "Banco de Córdoba apelando una resolución de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios", Fallos: 147:239. En pronunciamientos anteriores, dados durante la primera época de su funcionamiento como máximo tribunal, la Corte calificó, incluso, a las Provincias, como portadoras de "soberanía absoluta" (CSJN, 1869, "Resoagli, Luis c/ Provincia de Corrientes", Fallos: 7:373, especialmente p. 386), señalando, en otro decisorio que son "soberanas e independientes entre sí" (CSJN, 1873, "Casas Raffo y Cía. y otros c/ Armstrong, Tomás", Fallos: 14:18) o que constituyen "Estados independientes entre sí" (CSJN, 1873, "Armstrong, Tomás c/ Segovia, Augusto", Fallos, 13:456).

[8] CSJN, 1958, "Cardillo, José c/ Ind. y Com. Marconetti Ltda. S.A", Fallos: 240:311, especialmente p. 319; CSJN, 1968, "Berga, Elvezio Domingo c/ Seguros La Rural S.A.", Fallos: 271:206, especialmente cons. 7º.

Ello, sin perjuicio de la aplicación a nuestra realidad del principio estadounidense de *igualdad política* de los estados, tal como lo ha establecido la Corte Suprema Federal en el caso "Pcia de la Pampa c/Pcia de Mendoza"[9] (Linares Quintana), y sin que esa afirmación implique reconocer, destacó el alto tribunal, una igualdad económica entre todas y cualquiera de las provincias ya que, aclaró, "nunca ha habido igualdad entre los estados en ese sentido".

En este diseño, pues, las provincias se caracterizan por su autonomía, la cual, concretamente, se traduce en la elección de sus propias autoridades (actual art. 122), el dictado de sus constituciones locales (art. 5°) y la representación en una de las Cámaras del Congreso Nacional (actual art. 44, por el que se establece la representación provincial en el Senado).

4.3. El Estado Nacional tiene, en Argentina, en cuanto Estado Federal, y a diferencia de las Confederaciones, imperium -es decir medios jurídicos de derecho público (Linares Quintana-García Pelayo)- sobre las Provincias e, incluso, sobre los habitantes particulares de éstas, de modo que, como afirma Jellinek "...la tierra de los Estados miembros es el territorio del Estado Federal y el pueblo de aquéllos es el de éste...".

4.4. Las provincias carecen de los derechos de nulificación y de secesión, características éstas esenciales en la confederación.

A diferencia de lo que sucedería en el caso de tratarse de una confederación, las provincias no poseen la potestad de secesionarse de la Nación.

En efecto, si bien no existe una norma taxativa prohibitoria de la secesión, se desprende del resto del articulado constitucional, y del carácter federativo elegido, la voluntad de la Norma Suprema en el sentido de impedir cualquier intento segregativo.

Cierto es que nuestro máximo tribunal no llegó a expedirse expresamente sobre el tema, aunque, merece destacarse, ello obedeció a la carencia de necesidad de un pronunciamiento en tal sentido, a diferencia de lo acontecido en EEUU, donde la Corte dio forma jurídica a lo ya decidido en el campo de batalla, guerra de Secesión mediante (1861-65), denegando la pretensión secesionista de uno de sus Estados.

5. Las relaciones jurídicas en el Estado federal argentino

Como he dicho, el Estado Federal argentino surge de la Constitución, en la cual se positiviza la distribución de competencias entre el gobierno central y las provincias.

Las relaciones que esas competencias pueden generar, son susceptibles de ser calificadas desde diversos puntos de vista, originándose, así, la diferenciación entre relaciones de coordinación, de supra-subordinación y de inordinación o participación (García Pelayo-Bidart Campos).

5.1. Las relaciones de coordinación

[9] CSJN, 03/12/1987, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos", Fallos: 310:2478.

Las funciones estatales son asignadas con arreglo a un principio corporativo territorial, a tenor del cual para ciertas materias existe un solo poder para la totalidad del territorio y de la población, mientras que, para otras, existe una pluralidad de poderes.

Se ha indicado, en ese sentido, que el reparto de competencias entre el gobierno central y los gobiernos locales puede realizarse con arreglo a tres criterios posibles:

a) enunciación detallada y completa de todas las materias correspondientes a las competencias nacionales y locales;

b) enunciación completa y detallada de las competencias atribuidas al gobierno central, reservando a las provincias o unidades locales las materias no enumeradas (v.gr. Argentina, EEUU, Venezuela, Brasil, México);

c) enumeración completa y detallada de las materias asignadas a los componentes locales, correspondiendo al gobierno central los poderes no enumerados (Canadá, Sudáfrica) (Linares Quintana-García Pelayo).

Como derivación del procedimiento seguido, en esta cuestión, por la Constitución Nacional, puede afirmarse que los poderes nacionales y locales revisten los siguientes caracteres:

1) Las competencias nacionales o federales son delegadas y definidas, siendo de destacar que los poderes delegados pueden ser expresos o bien, implícitos.

Una particularidad del sistema es que los poderes implícitos tienen sustento constitucional expreso, pues el artículo 75, inciso 32, atribuye al Congreso Nacional competencia 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.

2) Los poderes provinciales o locales son, en cambio, reservados, indefinidos, o remanentes, tanto expresos (arts. 124 y 125), como tácitos (art. 121, primera parte) siendo, estos últimos, los que no estén expresamente prohibidos.

La Corte Suprema ha señalado, en este sentido, que las provincias conservan después de la adopción de la Constitución, todos los poderes que tenían antes de ella, a menos que en su texto se contemple alguna disposición que prohiba o restrinja su ejercicio[10]. Igual extensión de poderes cabe atribuir a las provincias creadas con posterioridad a 1853, por gravitación del principio de la igualdad constitucional de todas las provincias.

Ello no significa, empero, que mediante el ejercicio de los poderes conservados las Provincias puedan, de algún modo, obstaculizar a la Nación en el cumplimiento de aquéllos que le hubieran sido delegados, porque como bien señalara el tribunal supremo federal, ello equivaldría a "convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades, que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias"[11].

3) Hay, asimismo, poderes o acciones concurrentes, es decir, atribuciones ejercitables tanto por la nación como por las provincias (arts. 75, inc. 18, y 125).

[10] CSJN, 1864, "Blanco, Julio c/ Nazar, Laureano", Fallos: 1: 170.
[11] CSJN, 29/08/1989, "Disco S.A. c/ Provincia de Mendoza", Fallos: 312:1437.

Es el caso de la denominada "cláusula del progreso", en virtud de la cual, por ejemplo, concierne a ambos el desarrollo de las vías navegables o de los ferrocarriles.

En relación con estas potestades concurrentes, la Corte Suprema ha señalado la prevalencia del poder nacional en caso de conflicto, siempre que la contradicción sea insoluble y exista una real finalidad de bienestar general en el ejercicio de la autoridad nacional (Sagüés).

4) Existen poderes prohibidos a las provincias, enunciados de modo genérico -según ocurre con los delegados al gobierno federal (art. 126, primer párrafo, de la Constitución)- y específico (art. 126, segundo párrafo, v.gr. dictar leyes sobre ciudadanía y naturalización).

5) Hay, asimismo, poderes vedados al Estado nacional, tanto expresos, como tácitos, siendo estos últimos los correspondientes a las provincias.

Un ejemplo lo constituye la prohibición al Gobierno nacional de establecer la jurisdicción federal sobre el ejercicio de la libertad de imprenta (art. 32).

6) Existen también poderes prohibidos a la Nación y a las provincias (v.gr. la concesión de facultades extraordinarias, art. 29 de la CN).

7) Finalmente, y como excepción al principio de igualdad de las provincias, pueden existir poderes especiales reservados por éstas al tiempo de su incorporación (art. 121; v.gr. los reservados por la provincia de Buenos Aires en el Pacto de San José de Flores, del 11 de noviembre de 1859). Bidart Campos entiende que esta posibilidad sólo se refiere a entidades extraterritoriales que entraran a integrar la federación, pero no a los casos de provincias creadas por ley del Congreso. Sagüés, por su parte, considera que la cláusula constitucional comprende cualquier hipótesis de incorporación institucional de las provincias, pudiendo hallar aplicación en el caso de las Islas Malvinas.

Todo el sistema de distribución de competencia precisa, para su armónico desarrollo, de la fijación de directrices claras, de modo que los inevitables roces -no hay, ni podría haberla, precisión matemática en punto a quién le corresponde actuar en cada caso puntual- encuentren su correspondiente quicio en las pautas rectoras a las que aludimos.

La Corte ha dicho, al respecto, que los poderes nacional y provincial deben manejarse dentro de una política de equilibrio, en el marco de un federalismo de concertación[12], de modo tal que actúen para ayudarse y nunca para destruírse. Tal coordinación ha de darse adaptando los principios federales a los tiempos que corren, por cierto distintos a aquéllos en los que el texto supremo vio la luz[13].

5.1.1 Las deformaciones de la realidad

Sin dejar de considerar, como ha sido apuntado, que el sistema establecido constitucionalmente representó una solución intermedia entre la confederación y el gobierno unitario, debe señalarse que, en líneas generales, el devenir histórico de las

[12] CSJN, 1985, "Marwick, S.A. c/ Provincia de Misiones", Fallos: 307:360.
[13] CSJN, 1975, "Provincia del Neuquén c/ Hidronor S.A. ", Fallos, 292:26, especialmente considerando 10º "in fine".

relaciones en estudio, mostró en los hechos, una constante pérdida de facultades de las provincias en beneficio del gobierno central.

Se ha llegado a expresar en ese sentido, que la forma de Estado federal argentino se ha trocado, en la realidad, en unitaria de hecho (Linares Quintana).

Se han ensayado diversas teorías explicativas del fenómeno. Sin la pretensión de agotar las eventuales causales, y a título meramente enunciativo, cabe anotar (Sagüés-Linares Quintana):

a) Un proceso común a un gran número de federaciones, por el cual la necesidad imperiosa -propia de la vida moderna- de adoptar soluciones rápidas y de carácter general conduce a la centralización del poder;

b) El funcionamiento del Senado, que previsto como Cámara representativa de los intereses provinciales, muchas veces cumplió su desempeño atendiendo, antes que a dichos intereses, a las políticas trazadas desde los partidos a los que los senadores pertenecieran;

c) En directa relación con lo dicho, la existencia de partidos nacionales que, contando con dirigencias centralizadas, influyeron decisivamente sobre las decisiones de los representantes de ambas Cámaras, e incluso, sobre los gobernadores de Provincia. En este sentido,Vanossi señala como uno de los factores incidentes en la normalidad institucional -en el sentido helleriano de oposición a normatividad- a los cambios operados en el sistema de intermediación política, resultante de los partidos políticos nacionales.

d) El indiscutible peso del poder presidencial, que no pocas veces influenció sobre la adopción de decisiones provinciales;

e) El recurso de la intervención federal a los gobiernos provinciales, prevista constitucionalmente, mas no siempre utilizada con la prudencia que el instituto requiere;

f) La reiterada presencia, a lo largo de la vida institucional argentina, de gobiernos de facto, proclives a gobernar con esquemas de corte unitario, más allá del texto de la Constitución;

g) La carencia de autonomía económico financiera de los gobiernos locales, supuesto necesario de la autonomía política, traducida en la acción avasallante del gobierno nacional, ha conspirado, asimismo, de modo decisivo, en la crisis del federalismo. En esta línea, Vanossi apunta acertadamente que el enorme poder del sistema bancario centralizado pone a merced del poder central la satisfacción de necesidades locales en circunstancias de ahogo financiero;

h) La expansión de las tendencias centralistas ha resultado también de creaciones legislativas y jurisprudenciales, como las elaboradas con base en el antiguo artículo 67 (actual 75) de la Constitución respecto de las claúsulas del "comercio" (ex inciso 12, actual 13), "del progreso y del bienestar" (ex inciso 16, actual 18) y de los "poderes implícitos" (ex inciso 28, actual 32) (Vanossi).

5.2 Relaciones de supra y subordinación

Son aquellas en virtud de las cuales se manifiesta la prevalencia del gobierno central sobre los provinciales, de modo de afirmar normativamente, la soberanía del primero como marco de desarrollo de las relaciones de coordinación.

Las expresiones más significativas de estas relaciones son:

5.2.1. Poder constituyente provincial derivado.

Entre todas las facultades reconocidas en el texto supremo a las Provincias, se destaca, por su entidad, la prerrogativa por la cual éstas pueden darse sus propias constituciones (art. 5º).

Este derecho nace, por ende, de la expresa voluntad constitucional federal, por lo que el poder constituyente provincial resulta, pues, de carácter secundario o derivado y sometido a las líneas directrices trazadas a grandes rasgos por el constituyente nacional.

Estos lineamientos fundamentales se desprenden, principalmente, del citado artículo 5º y del recientemente incorporado art. 123.

Por el primero, se establece que las provincias han de darse sus constituciones bajo el régimen representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que aseguren su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria, siendo éstas las condiciones bajo las cuales el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

A tenor del segundo, cada provincia dicta su propia Constitución, conforme lo dispuesto por el artículo 5º, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

5.2.2. El control de constitucionalidad de las constituciones provinciales

Pese a haber manifestado la Corte, en alguna oportunidad, que la determinación acerca de si las cartas provinciales cumplían, o no, con los recaudos establecidos en el art. 5º, configuraba una cuestión política no judiciable[14], lo cierto es que, en otras ocasiones, con criterio a nuestro modo de ver acertado, ingresó derechamente en el análisis de la legalidad de las constituciones locales, estableciendo, incluso, la incompatibilidad de puntuales artículos de textos provinciales respecto de cláusulas constitucionales nacionales[15].

5.2.2.1. Más precisamente, en la causa "Magín Suárez"[16] destacó la obligación del Gobierno federal de proteger a las provincias, cuando, de algún modo, la forma republicana resulta agraviada como sucedía, en el caso, al interrumpirse el ejercicio regular de las instituciones.

[14] CSJN, 1940, "Costes, Antonio c/ Prado, Andrés", Fallos: 187:79.
[15] CSJN, 1972, "Liebig's Extract of Meat Company S.A. c/ Provincia de Entre Ríos", Fallos: 284:458, considerando 4º.
[16] CSJN, 1/04/1987, "Acordada N° 2/87 -Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez s/ formula denuncia", Fallos: 310:743.

Y en los autos "Unión Cívica Radical de la Pcia de Bs. As."[17] precisó, a su vez, que, su intervención en oportunidades como la señalada, no implica desmedro para las autonomías provinciales, sino, antes bien, la búsqueda del correcto funcionamiento de las instituciones, cumpliendo, así, con la finalidad querida por el constituyente.

5.2.2.3. En lo atinente al respeto al régimen representativo republicano, la Corte ha manifestado que ello no implica que las constituciones locales deban ser "una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual" de la nacional[18].

Por eso, nada impide que las constituciones locales posean sus propias peculiaridades.

Así, cabe señalar, por ejemplo, la existencia de constituciones consagratorias del sistema legislativo unicameral, distinto del previsto a nivel nacional -que reconoce dos Cámaras- como ocurre con las cartas de San Juan, Chubut, Río Negro y otras. O la sanción, incluso con anterioridad a la reforma de 1994, de constituciones como las de Río Negro y Tierra del Fuego, que establecen formas de democracia semidirecta, tales como la iniciativa popular, consultas electorales, etc., mecanismos incorporados al texto nacional a partir de la Convención reformadora Constituyente de 1994.

5.2.2.4. Siendo el principio de división de poderes esencial al régimen representativo republicano, no debe llamar la atención que en el propio texto constitucional federal aparezcan mencionados los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial provinciales.

El Legislativo provincial es objeto de atención en varios pasajes de la Constitución.

El art. 3º expresa que serán una o más legislaturas provinciales las que cederán el territorio para la instalación de la Capital Federal. El art. 13 establece como requisito para la creación de una provincia en territorio de otra, o para conformar entre varias una sola, el consentimiento de la legislatura de las provincias interesadas. El art. 29 veda la posibilidad de que los legislativos provinciales concedan a los gobernadores la suma del poder público, mientras que el art. 122 destaca que las provincias eligen, sin intervención del gobierno nacional, a sus legisladores.

El poder federal debe ser respetuoso de las potestades legislativas provinciales. La Corte ha expresado que los privilegios que las provincias pueden consagrar respecto de sus gobernantes, legisladores y jueces deben ser respetados, dentro de sus respectivos territorios, aun por los jueces federales con jurisdicción en ella[19].

La singularidad de la organización legislativa provincial resulta, entre otros elementos, del sistema de representación, de los ámbitos institucionales de actuación legislativa (Cueto), del proceso de formación de las leyes (Giunta), de los sujetos y fuerzas participantes en la elaboración de la ley (Pérez Guilhou), de las inmunidades parlamentarias y comisiones investigadoras (Seisdedos), o de las atribuciones del Poder Legislativo en las Nuevas Constituciones Provinciales (Giunta).

El Ejecutivo provincial es también mencionado en reiteradas oportunidades en la Carta Fundamental.

---

[17] CSJN, 22/09/1986, "Unión Cívica Radical de la Provincia de Buenos Aires c/ Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires", Fallos: 308:1745.
[18] CSJN, 12/04/1988, "Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo", Fallos: 311:460.
[19] CSJN, 1962, "Botto, José E. y otro", Fallos: 252:184, cons. 1.

El art. 29 hace referencia a los Gobernadores de Provincia. El art. 122 precisa que las Provincias elegirán a sus gobernadores, mientras que el art. 128 los erige en "agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación".

Esta última calificación de los gobernadores como agentes del Gobierno Federal, debe ser entendida en el marco de la necesaria colaboración para la cabal aplicación y vigencia de la normas federales, y no como atributiva, al Gobierno Provincial, del mero rol de mandatario de las órdenes impartidas por el Poder Federal, cuestión que desde muy antiguo preocupó a personalidades de la talla de Domingo F. Sarmiento.

Fácticamente, las Provincias se han organizado bajo regímenes similares al establecido por la Constitución Nacional, pudiendo destacarse como notas distintivas de los Ejecutivos su conformación unipersonal, fuerte, con mandatos de cuatro años y regímenes variables de reelección (Pérez Guilhou).

Desde los albores de su existencia, la Corte ha entendido que los Gobernadores Provinciales son mandatarios de sus pueblos[20] insusceptibles de enjuiciamiento criminal por la Justicia Federal, supuesto en el que se vería agraviada la independencia de los poderes provinciales[21].

En consonancia con la mención expresa de la Legislatura y el Ejecutivo, también el Poder Judicial Provincial aparece mencionado en el texto constitucional nacional. Así, el art. 34 veda la posibilidad de que los jueces federales sean al mismo tiempo jueces de provincia, mientras que el art. 75, inc. 22, precisa que la aplicación de los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social quedará a cargo de los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Todo ello, en armonía con el texto del art. 5° -a cuyo análisis nos hemos abocado- que prevé la existencia necesaria de una justicia provincial.

5.2.3 La primacía del derecho federal

Las condiciones que la Constitución impone a la autonomía de las provincias en su relación con el gobierno federal, se deben complementar, como ha señalado Vanossi, con la norma de supra-subordinación que fija el artículo 31 en las relaciones entre el "derecho federal" (o nacional) y el "derecho local" (o provincial) (Vanossi).

Sólo cabe acotar aquí que, en razón de la reforma constitucional de 1994, el artículo 31, que fija el orden de prelación jerárquico normativo en el derecho argentino, está afectado por el artículo 75, inciso 22, que impone, en general, a los tratados, una jerarquía superior a las leyes, sin perjuicio de la jerarquía constitucional limitada que el mismo inciso acuerda a los tratados relativos a derechos humanos.

5.2.4. Competencia de la Corte Suprema para dirimir conflictos entre provincias, o entre éstas y el Estado Federal y en los temas suscitados por el derecho federal.

[20] CSJN, 1870, "Ferrer, José y otro c/ Provincia de Santa Fé", Fallos: 9:456.
[21] CSJN, 1870, "Procurador Fiscal de la Sección de San Luis c/ Gobierno de San Luis", Fallos: 9:537, especialmente ps. 543/544.

Todos los Estados federales tienen Tribunal Federal con ciertas competencias, según personas y materias, y al que, en todo caso, le corresponde entender de la *litis* entre los Estados miembros, entre éstos y la federación y en los asuntos suscitados por aplicación del derecho federal (García Pelayo).

En ese sentido, el actual artículo 116 de la Constitución, consigna que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación -excepción hecha de la legislación común- y por los tratados con las potencias extranjeras, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de almirantazgo y jurisdicción marítima, de los asuntos en que la nación sea parte, de las causas entre provincias, o entre éstas y los vecinos de otra o los vecinos de diferentes provincias o entre una provincia y sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero.

5.2.5. La intervención federal

Si las provincias cumplen con los recaudos establecidos por el artículo 5º de la Constitución, nace para la Nación el deber de garantizar "el goce y ejercicio de sus instituciones".

Ello implica la obligación de respetar la autonomía provincial y, además, la de actuar ante determinadas situaciones.

El instituto de la intervención federal a las provincias fue ideado, precisamente, con el propósito de proveer a la preservación del sistema federal, más allá de que, en los hechos, esa finalidad no haya sido siempre la que guiara el actuar del gobierno central interviniente.

En efecto, la intervención federal procede cuando alguna provincia incumple los requisitos enunciados en el art. 5º, y cuando es víctima de agresiones extranjeras o sus autoridades son depuestas por actos de sedición o invasión de otras provincias (art. 6º).

Entre las causales más invocadas por el gobierno federal para justificar las intervenciones, merecen destacarse las fundadas en el deber de preservar la forma republicana de gobierno, ante, por ejemplo, comicios fraudulentos (intervención a Bs. As., Corrientes y Mendoza en 1917); o existencia de conflictos de poderes (intervención a Salta en 1921, a Mendoza en 1918, a Córdoba en 1917, a Catamarca en 1928, etc.); o presunto vacío de poder (intervención a La Rioja en 1925); o presencia de terrorismo y subversión (intervención a Córdoba en 1960) (Sagüés).

Una de las discusiones jurídicas más interesantes sobre el instituto de la intervención federal, con directas consecuencias en el plano de la realidad, radica en determinar a qué órgano le compete disponerla, dentro del Estado Federal.

El art. 6º de la Constitución Nacional establece que quien interviene es "el Gobierno Federal". La doctrina y jurisprudencia predominante atribuye esa facultad al Congreso Nacional (Zarini-Bidart Campos).

Las dudas comienzan cuando el acto de intervención es dispuesto por el Poder Ejecutivo. Históricamente, el Poder Ejecutivo ha resuelto intervenciones en caso de hallarse el Congreso en receso.

Recientemente, la Corte ha admitido la procedencia de una intervención dispuesta por el Ejecutivo, pese a hallarse el Congreso sesionando. Se trató de la intervención al Poder Judicial correntino, mediante decreto 1447/92. Ocupándose del tema, la Corte sostuvo[22] que, al comunicar el Presidente al Congreso la intervención "actualmente la cuestión ha sido ubicada por el Poder Ejecutivo dentro de la órbita del Congreso", el que, de tal modo, "se halla habilitado regularmente para pronunciarse".

5.3 Las relaciones de inordinación o participación

Son aquellas en virtud de las cuales los Estados locales participan en la formación de la voluntad del Estado nacional, o concurren a la modificación de la Constitución federal.

Constituyen, al decir de García Pelayo, la expresión jurídica de la síntesis dialéctica entre el poder central y los poderes locales.

En el ámbito argentino, se manifiestan en la integración del Senado -una de las dos cámaras que componen el Poder Legislativo, al cual concurren, después de la reforma de 1994, tres senadores por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires (art. 54).

6. Los principales poderes provinciales

Señalábamos anteriormente que entre las facultades que la Constitución Nacional confiere a las Provincias sobresale, por su importancia, la potestad para el dictado de sus propias constituciones.

Esta trascendente atribución debe ser ejercida, empero, con arreglo a determinadas pautas prefijadas por el constituyente nacional.

En efecto, las constituciones provinciales deben sancionarse bajo el régimen representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, de modo tal que aseguren su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Sólo así el gobierno nacional se compromete a garantizar a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5° de la Constitución Nacional, aspecto parcialmente desarrollado antes en este mismo capítulo).

Cabe deducir de ello que, por expresa decisión constituyente, compete a las provincias la organización de una justicia estadual, la atención de la educación primaria en el ámbito provincial y la vigencia de un régimen municipal.

Este último aspecto será objeto de atención más adelante, cuando analicemos, específicamente, los municipios.

Aquí, en cambio, dirigiremos la atención a las otras dos atribuciones que el constituyente no sólo otorga a las Provincias, sino que les exige, si es que éstas pretenden gozar de la garantía a la que alude la parte final del artículo 5°. Nos referimos, pues, a la organización de la justicia provincial y de la educación primaria.

[22] CSJN, 8/09/1992, "Rossi Cibils, Miguel A. y otros", Fallos: 315:2074.

Sin ánimo, ni mucho menos, de agotar el repaso de las principales facultades estaduales, efectuaremos una somera exposición del contenido del derecho público provincial, completando así un panorama mínimo del cuadro de atribuciones de los Estados provinciales.

6.1 La Administración de Justicia

6.1.1 Pautas generales

El Preámbulo de la Constitución Federal, en tanto expresión cabal de los fines que inspiraron la sanción del texto superior y los grandes objetivos de la sociedad que se propone organizar (Badeni), preceptúa que la Constitución fue sancionada con el objeto de constituir la unión nacional y *afianzar la justicia*.

Como aspecto coadyuvante a tal afianzamiento, el constituyente de 1853 previó que cada Provincia organice y ponga en funcionamiento un sistema judicial (arts. 5° y 75 inc. 12).

Adviértase que, a la par, la Constitución Nacional establece la presencia de una justicia de carácter federal (arts. 108 a 117). Puede, por tanto, afirmarse que la competencia para impartir justicia resulta, a la luz de la clasificación que hemos efectuado, una facultad concurrente.

Con criterio simplificador, puede afirmarse que compete a la jurisdicción provincial la atención de todas las controversias o causas que surjan en el ámbito local.

Esta regla, sin embargo, cuenta con una importante excepción, ya que quedan fuera de ella todas aquellas causas que por razón de la materia, de las personas o del lugar correspondan a la justicia federal.

Puede afirmarse, entonces, que se cumple también en materia de competencia judicial con el criterio rector que fluye del art. 121 de la CN, ya que las provincias conservan todas aquellas facultades jurisdiccionales que la Constitución no atribuya expresamente a los tribunales federales. La competencia federal es la excepción y sólo procede, como lo sintetizaba magistralmente Alberdi, cuando de aplicar las leyes que representan "el interés de toda una nación" se trate, ya que tal función "no podría encomendarse, sin grandes peligros de injusticia y de parcialidad, a tribunales y juzgados de provincia, sin responsabilidad ante el Gobierno Nacional, que no los ha nombrado ni puede remover, y sin responsabilidad ante la República, cuya soberanía judicial no ejercen".

También por principio, las controversias iniciadas en sede judicial provincial, tramitan y finalizan en dicha sede.

Excepcionalmente, la causa podrá ser elevada a la Corte Suprema de Justicia federal, cuando -en grandes rasgos- la controversia verse sustancialmente sobre aspectos propios del derecho federal, cuando la sentencia dada por el tribunal provincial resulte arbitraria o se trate de un supuesto de gravedad institucional.

La atribución de organizar su propia justicia conlleva, con carácter lógico, la de dictar las normas regulatorias de los procedimientos mediante los cuales se litigará en los tribunales de provincia, inclusive respecto a los Códigos de fondo que, por

disposición constitucional, deben ser sancionados por el Congreso Nacional (art. 75 inc. 12).

Para finalizar este primer acercamiento al tema, recordamos que los tribunales provinciales, en tanto órganos del poder estadual insertos en la estructura de poder federal, pueden y deben interpretar y aplicar la Constitución Nacional, pues resultan sus ejecutores. (Bidart Campos)

6.1.2 Organización de la Justicia Provincial

Un análisis general del modo en que se encuentra organizada la justicia provincial, en el que seguiremos los criterios expuestos por Berardo y Zuccherino, permite afirmar que, en lo concerniente al número de instancias jurisdiccionales ordinarias, las constituciones provinciales no han seguido un criterio uniforme.

En efecto, existen Cartas estaduales que estructuran una instancia doble (vgr. Córdoba, art. 152; Corrientes, art. 138; Mendoza, art. 142; Santiago del Estero, art. 161 y Santa Fe, art. 83).

Con criterio diferente, la Constitución de Chubut parece establecer una instancia única (art. 165), aunque, acotamos, del texto de dicho artículo surge que junto al Superior Tribunal y los jueces letrados de primera instancia se alude a los "demás tribunales letrados o jurados que las leyes establezcan".

Otro grupo de constituciones provinciales no se expiden taxativamente por una u otra variante, razón por la cual se ha interpretado que dejan abierta la posibilidad para cualquiera de las dos opciones (Formosa, art. 161; La Pampa, art. 81; Misiones art. 136; Neuquén, arts. 145, 148 y 149).

A la cabeza de la organización judicial provincial se encuentra una "Suprema Corte de Justicia" (Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 161; Catamarca, art. 195) o -como se lo designa en la mayoría de los textos- "Superior Tribunal de Justicia" (Córdoba, art. 152; Corrientes, art. 138; Chaco, art. 161; etc.). Se trata de un tribunal colegiado, normalmente integrado por un número de jueces comprendido entre tres y nueve.

Sus principales atribuciones emanan del propio texto constitucional y pueden sintetizarse, siguiendo a Zuccherino, en:

a) Ejercicio de la jurisdicción originaria y de apelación para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos (así, Cartas de Catamarca, art. 203 inc. 2; Córdoba, art. 165 inc. 1; etc.);

b) Ejercicio de competencia originaria y exclusiva respecto de controversias entre los poderes públicos del Estado provincial, entre tribunales de justicia y otros supuestos (caso de Corrientes, art. 145 inc. 3, que agrega las hipótesis de conflicto intermunicipal, intramunicipal o municipal-provincial);

c) Ejercicio de competencia originaria y exclusiva en materia contencioso administrativa (Constitución de de la Provincia Entre Ríos, art. 167 inc. 3; La Rioja, art. 141, inc. 3; Mendoza, art. 144, inc. 5; entre otras);

d) Conoce y resuelve por apelación en casos de inaplicabilidad de la ley y de nulidad (Constitución de la Pcia. de Bs. As., art. 161 inc. 3); casos de inaplicabilidad,

casación y queja por denegación o retardo de justicia (Catamarca, art. 204 incs. 4 y 7); etc.

Es digno de destacar que algunas constituciones, además de atribuirles facultades de superintendencia por sobre el resto del Poder Judicial, confieren a los tribunales superiores competencias tales como la de ejercer una jurisdicción exclusiva sobre el régimen carcelario (Mendoza, art. 144 inc. 8 y Neuquén, art. 169 inc. g); promover el enjuiciamiento de magistrados y la remoción de jueces de paz (Catamarca, art. 206 incs. 12 y 14) y organizar la policía judicial (Corrientes, art. 145, inc. 10).

Se ha puntualizado que las constituciones provinciales sancionadas después de 1957 y las últimas reformadas, evidencian un fortalecimiento del Poder Judicial como institución política y órgano del Estado - en su relación con los órganos legislativo y ejecutivo- y un aumento de las garantías de independencia y capacidad de decisión de los jueces, individualmente considerados, debido, fundamentalmente, a las mayores exigencias técnicas de decisión (Pérez Hualde).

Como corolario, basta recordar nuevamente un pensamiento alberdiano: la Constitución Nacional quiso reservar a la justicia provincial el entendimiento en toda causa que versare "sobre asunto civil o criminal, que afecte a la propiedad, a la vida, al honor, a la libertad de los ciudadanos" (Alberdi). Ese es el espíritu con el que debe ser evaluada la repartición de competencias en orden a la instrucción de justicia en la Argentina.

6.2 La educación primaria

Se ha señalado antes que las provincias tienen, por imperio constitucional, el deber de asegurar la educación primaria.

Esta cláusula debe, sin embargo, ser armonizada con la previsión del art. 75 inc. 18 que dispone la competencia del Congreso Federal para el dictado de "planes de instrucción general" y para "proveer lo conducente al progreso de la ilustración".

La conjunción de ambas normas ha permitido a Frías afirmar, con respaldo de abundante doctrina, que "se trata pues de una gestión concurrente", aunque no existiera acuerdo doctrinario acerca de los límites a respetar por la legislación federal en la materia.

La reforma constitucional de 1994 ha intentado determinar, a mi juicio, con mayor precisión los ámbitos de competencia de la Nación y las Provincias, en punto a la materia educativa.

En ese sentido, el inciso 19 del art. 75, incorporado por la reforma, establece en su párrafo cuarto, como atribución del Congreso, la sanción de "leyes de organización y base de la educación que consoliden la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades estatales".

La alusión a las leyes de organización y base de la educación autorizan, a mi entender, a interpretar que tales normas han de fijar los contenidos básicos de la

educación toda, incluyendo, por cierto, lo atinente al ciclo escolar primario. Por lo demás, la finalidad perseguida -consolidar la unión nacional- refuerza tal sentido interpretativo.

De hecho, como bien destaca Frías, la Nación, apoyándose en una interpretación amplia de las cláusulas de fomento y concurrencia en materia educativa respecto de las provincias, había "nacionalizado" la enseñanza primaria, integrándola al sistema educativo nacional pero -he aquí el justo reclamo que la transcripta cláusula constitucional viene a responder- "no ha permitido respetar las particularidades regionales y provinciales en la conformación de planes y programas de acuerdo a una concepción federalista de la educación". Debe advertirse que el constituyente fija pautas rectoras para las leyes de eduación que se dicten.

En efecto, si se presta atención a la redacción del artículo, se notará que luego de consagrar la potestad congresional federal para la sanción de las leyes básicas de la educación, la cláusula determina que éstas deberán:

a) asegurar la responsabilidad indelegable del Estado. Ello garantiza que el Estado no puede, por decisión legislativa, obviar el fundamental rol de fomento y estímulo de la educación que le compete, ya mediante la impartición de aquélla en sus propios establecimientos, ya mediante la colaboración con las entidades privadas que propendan a similar fin educacional. Desde otro ángulo, se ha interpretado la indelegabilidad como prohibición del traspaso de la planificación de los contenidos mínimos educativos y del control de la eficiencia del sistema (Quiroga Lavié);

b) la participación familiar y social. Esta previsión aleja a la educación en la Argentina de toda pretensión estatal monopolizante, o ajena a la intervención de la célula social básica familiar y demás formaciones sociales. La participación familiar y social en el ámbito educativo se erige, pues, como nota esencial de la educación toda, sea la brindada por el Estado, sea la impartida por iniciativa privada;

c) la promoción de los valores democráticos. Previsión que apunta a insertar en todos los niveles educativos el valor de la vida en democracia, en concordancia con uno de los tres principios básicos que, conforme Quiroga Lavié, inspiraron la reforma de 1994: tal el de lograr una mayor democratización del poder público, al cual deben sumarse la gobernabilidad del sistema, y la atenuación del presidencialismo;

d) la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna; así como los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal. Se trata de propender al ideal de una educación a la cual todos tengan, al menos, posibilidad concreta de acceso, sin distinciones discriminatorias. Esta cláusula ha sido entendida por la doctrina (Quiroga Lavié) como indicativa, para el Estado, de su obligación no sólo de abstenerse de recibir aportes de los educandos que no puedan hacerlos, sino de proporcionarles lo necesario para subsistir, durante el tiempo del aprendizaje. Por otra parte, la equidad conlleva, siempre en el pensamiento de dicho autor, que "deberá pagar quien tiene dinero, por razón de solidaridad, y no pagar quien no tiene, por necesidad de crecimiento, no sólo de cada individuo, sino de todo el país".

Las enunciadas características habrán de ser respetadas por las leyes educativas federales y también por las provincias, ya que no sería coherente que éstas pudiesen dictar normas en la materia incurriendo en contradicciones o apartamientos de las directivas diseñadas por el constituyente (Bidart Campos).

6.3 Derecho Público Provincial

6.3.1 Derecho Administrativo. Pautas generales.

Hemos de recurrir, una vez más, a la cláusula del art. 121 de la Constitución Nacional, por la cual las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Carta Fundamental al Gobierno Federal, para afirmar, en su consecuencia, que, en Argentina, el derecho administrativo es, esencialmente, un derecho *local*, en el sentido de *provincial*.

En el tema específico que nos ocupa, la cláusula del art. 121 debe complementarse con la del artículo siguiente. El art. 122 determina que las Provincias se dan "sus propias instituciones locales y se rigen por ellas".

Por tanto, y como regla, el derecho administrativo argentino es esencialmente localista, es decir, provincial, lo cual no empece, sin embargo, a que, cuando la Nación precise ejercitar potestades de carácter administrativo en aras de cumplir con los fines puestos a su cargo por la Constitución, se encuentre facultada para hacerlo (Marienhoff).

Como se observa, la competencia federal o provincial dependerá, primordialmente, de la determinación acerca de si está, o no, en juego una finalidad de carácter nacional.

Por eso, existen materias en las que, por principio, resultarán competentes para legislar las provincias (vgr. todo lo atinente al dominio público provincial); otras en las que la facultad legisferante concierne a la Nación (por ejemplo, legislar sobre el transporte público, cuando éste trasponga los límites provinciales o nacionales); por último, hay materias acerca de las cuales son competentes, en sus pertinentes esferas, la Nación y las Provincias, por existir, al decir de Marienhoff, "concurrencia de fines".

Realizaré un repaso sucinto de las principales instituciones del Derecho Administrativo en las cuales, considero, pueden presentarse dificultades en punto a la determinación de las potestades, nacionales o provinciales, que corresponden.

6.3.1.1 Los servicios públicos

En materia de servicios públicos, corresponde establecer si compete a la autoridad nacional o provincial su creación.

Antes, es conveniente recordar qué implica, jurídicamente, dicha creación.

Afirma Jèze que "Crear un servicio público significa decidir que la satisfacción de determinada necesidad de interés general podrá efectuarse mediante los *procedimientos del derecho público*".

Para establecer a quién concierne brindar satisfacción a la predicha necesidad, Marienhoff adopta el siguiente criterio: "le corresponderá a la Nación o a las Provincias, lo que en definitiva dependerá de las modalidades de la pertinente actividad y de la índole de ésta".

Vuelve a resultar aquí de aplicación la regla general del art. 121: tratándose de una facultad no delegada de las provincias a la Nación al momento de constituir la unión nacional, la competencia es, en principio, local.

Excepcionalmente, cuando la creación de un servicio público tenga por objeto la satisfacción de una necesidad de carácter nacional y se trate de una atribución conferida, de forma expresa o razonablemente implícita, a la autoridad federal, será ésta la facultada para constituir el servicio público. Es el caso de aquellos servicios cuya prestación trasciende los límites provinciales o internacionales (vgr. el servicio de transporte público o el telefónico).

La Corte ha tenido oportunidad de expedirse al respecto al haber expresado, inspirándose en Alberdi, que "tráfico y comunicaciones interjurisdiccionales e internacionales deben ser asunto federal"[23].

Las cuestiones más controvertidas, en materia de servicios públicos, se han producido a la hora de fijar las tarifas por la prestación de aquéllos. En este aspecto, la autoridad federal ha avanzado, a nuesrto entender, por sobre las provincias, adoptando medidas no siempre afines a un federalismo de concertación. La doctrina ha reaccionado contra ésto, pero la Corte las ha convalidado.

Es el caso de la fijación de tarifas telefónicas intraprovinciales. El servicio telefónico nació localmente, atendiendo las necesidades de comunicación dentro de las provincias. Luego, los avances tecnológicos permitieron la conexión nacional e internacional.

Las provincias conservaban, así, la facultad para la fijación de la tarifa intraprovincial, mientras que la Nación regulaba el precio del pulso telefónico interprovincial e internacional.

Sin embargo, en más de una ocasión la autoridad federal reguló el aumento de la tarifa interna de cada provincia, con el argumento de que, si no se aplicaba el aumento fijado por la norma federal, se atentaba contra el plan de crecimiento del servicio fijado a nivel nacional. Este criterio, avalado por la jurisprudencia de la Corte, fue severamente cuestionado por doctrinarios de la talla de Bielsa[24].

6.3.1.2 Limitaciones a la propiedad privada en interés público

El Código Civil Nacional establece en su art. 2611 que "Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo".

Si se atiende, como ya se señaló en reiteradas oportunidades, a que en nuestro país el derecho administrativo es esencialmente local, se comprenderá por qué, la transcripta disposición legal, implica un deslinde de competencias entre la Nación y las Provincias, en concordancia con el también repetidamente citado art. 121 de la Constitución Nacional.

---

[23] CSJN, 29/06/1989, "Estado Nacional c. Arenera El Libertador SRL", Fallos: 314:595, también publicado en LL 1991-D, 404 (cons.8°).

[24] El fallo citado es CSJN, 14/07/1961, "Compañía Argentina de Teléfonos S .A. c/Pcia. de Santiago del Estero", Fallos: 250:154, con nota de Nerva en la LL 103-702.

Por tanto, la competencia para legislar lo atinente a límites a la propiedad privada en interés público, es provincial, sin perjuicio de las excepciones -que con criterio general señaláramos más arriba- que, atendiendo a la finalidad federal de la limitación que se imponga, puedan disponerse.

Así, por ejemplo, la potestad para crear servidumbres ha de depender de la ubicación del respectivo bien y de la finalidad a que respondan aquéllas. Cuando la limitación opera sobre un bien sito en territorio federal o sobre un predio ubicado en una provincia, pero que persigue una finalidad nacional, se encontrará facultado para crear la servidumbre, el Estado federal.

El mismo criterio debe seguirse respecto a otras limitaciones al derecho de propiedad, inclusive en su grado más acentuado, tal es la expropiación por causa de utilidad pública.

6.3.1.3 El poder de policía

El Poder de Policía, en cuanto potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes puede ser ejercido concurrentemente por la Nación y las Provincias. Destaca Marienhoff, con cita de González Calderón, que "poderes concurrentes" significa que, en situaciones determinadas, ciertos poderes pueden ser ejercidos, indistintamente, por la Nación o por las Provincias. "Son consecuencia tales facultades concurrentes de la armonía de conjunto, de la unidad de fines y concordancia de propósitos que supone nuestro régimen de gobierno".

En materia de poder del policía, dicha concurrencia es factible, a menos, claro está, que por la índole de la materia el ejercicio de aquél resulte incompatible.

Esta potestad concurrente, sin embargo, no debe ser entendida como negatoria del principio general tantas veces anotado, por el cual, en principio, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación.

Las atribuciones de policía no han sido resignadas por las provincias, en beneficio federal, pero debe reconocerse que, en virtud de las materias sobre las que incide el poder de policía, no resulta extraño que la Nación pueda ejercitarlo, cuando tal ejercicio resulte necesario para el cumplimiento de los fines que el constituyente puso en manos de las autoridades federales.

Así, la Corte ha repetido, desde los orígenes de su institución, que "la policía de las provincias está a cargo de su gobiernos locales"[25].

7. Las principales competencias federales

7.1. Competencias federales en lo atinente a relaciones exteriores

[25] CSJN, 13/04/1869, "Empresa 'Plaza de Toros' c/ Gobierno de Buenos Aires", Fallos: 7:150.

El manejo de las relaciones externas por parte del gobierno central, es una de las notas que caracterizan a los sistemas federalistas.

El art. 27 de la CN obliga al Gobierno Federal a afianzar las relaciones de paz y comercio con las naciones extranjeras, mediante tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ella.

Históricamente, al igual que en EEUU, ha correspondido al Presidente de la Nación la conducción de los asuntos exteriores.

La Constitución atribuye al Poder Ejecutivo el nombramiento y remoción de los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, con acuerdo del Senado (art. 99 inc. 7º).

En consonancia con lo predicho, lógico fue, en 1853, que las Provincias tuvieren vedada toda posibilidad de celebrar tratados con naciones extranjeras, tal como lo explicitaba Alberdi en la obra que serviría de inspiración a los constituyentes de entonces (Alberdi).

Sin embargo, las necesidades del mundo moderno colocan en innumerables ocasiones a las provincias en la necesidad de realizar acuerdos con otros países, muchas veces fronterizos. Ello no debe, necesariamente, conspirar contra la potestad del gobierno federal de conducción de las relaciones exteriores.

Así lo entendió la Convención Constituyente de 1994, que incorporó, como art. 124, una cláusula por la que se reconoce a las provincias la potestad de celebrar convenios internacionales que no sean incompatibles con la política exterior del estado federal, y que no afecten las facultades delegadas al gobierno federal, ni al crédito público de éste. Tales convenios deberán ser puestos en conocimiento del Congreso Nacional.

Acerca de la materia sobre la que podrán versar, entiendemos que procederán respecto de toda aquella que derive de una competencia provincial exclusiva o concurrente con la nacional.

En lo que atañe a la celebración de tratados internacionales por parte del Gobierno Federal, la Constitución establece que es atribución del Congreso su aprobación o rechazo (art. 75 inc. 22), mientras que concierne al Poder Ejecutivo su conclusión y firma.

Es decir, quedan a cargo del Ejecutivo las tratativas y rúbrica del acuerdo, mientras que, por medio de una ley, el Congreso decide su aprobación o rechazo.

En una etapa ulterior, el Presidente resuelve la ratificación del convenio, ya firmado y aprobado. Recién allí el acuerdo internacional es considerado vigente, siempre que se hayan reunido las condiciones establecidas en él para su entrada en vigor y sin perjuicio de la obligación del Estado signatario de no violar su objeto y fin mientras aquéllas no se cumplan.

En esta materia, la reforma de 1994 ha introducido modificaciones de valía, incorporando una serie de normas internacionales relativas a los derechos humanos (cuya jerarquía también es normada), así como la previsión de acuerdos integrativos, en los que se faculta la delegación de competencias y jurisdicción a organismos supraestatales.

Al respecto, nos remitimos a lo expuesto al tratar el tema de los tratados internacionales como fuentes del derecho administrativo.

7.2. Competencias atinentes a la seguridad y defensa

El art. 75 inc. 2 enuncia, entre las facultades del Congreso Federal, la potestad de imponer contribuciones directas en determinadas condiciones, "siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan".

Otras normas constitucionales, que en su conjunto dan forma a lo que se conoce como Derecho Constitucional Militar, confirman que lo atinente a seguridad y defensa común concierne al Estado Federal. El propio Preámbulo enuncia, entre otras finalidades, la de "proveer a la defensa común" y "consolidar la paz interior".

En ese marco, las Fuerzas Armadas, órganos esenciales del Estado, constituyen una institución orientada a la "defensa de la patria y esta Constitución", según cabe colegir del art. 21 constitucional.

El Presidente de la Nación es, por imperio constitucional, el comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (art. 99 inc. 12), dispone de ellas y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación (art. 99 inc. 14), mientras que compete al Congreso Nacional fijarlas en tiempo de paz y de guerra y dictar normas para su organización y gobierno (art. 75 inc. 27).

Si bien, conforme a la jurisprudencia del máximo tribunal, a tono con la de la Corte de los EEUU, asiste a las Provincias el derecho de organizar sus propias fuerzas ("milicias" en el léxico del hoy suprimido art. 67 inc. 24)[26], lo cierto es que en los hechos las fuerzas armadas son nacionales, excepto que, como lo hace un sector de la doctrina, se incorpore bajo tal concepto a las fuerzas policiales. En tal caso, existiendo policías provinciales, cabría aceptar la existencia de fuerzas armadas policiales provinciales.

La designación de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas compete al Presidente de la Nación, en principio previo acuerdo del Senado, pues puede hacerlo por sí mismo en el campo de batalla (art. 99 inc. 13).

En relación con los poderes de guerra, cabe consignar que ellos competen al Estado Nacional, en cuyo ámbito corresponden en forma concurrente al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, en tanto el primero autoriza al segundo para declarar la guerra o hacer la paz (arts. 75, inc. 25 y 99, inc.15).

Una interesante cuestión, que se suscita a raíz de la reforma por la cual, como se vio, se incorporaron instrumentos internacionales atinentes a los derechos humanos, es la que atañe al instituto del Estado de sitio.

El art. 23 determina que en caso de conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución o de sus autoridades, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en que se sucedan los hechos, quedando allí suspensas las garantías constitucionales. Ello no implica, sin embargo, que el Presidente pueda, durante la excepción, condenar por sí ni aplicar penas, limitándose su poder a arrestar o trasladar personas, siempre que éstas no opten por salir del país.

[26] CSJN, 1870, "Mendez de Aguilera, Bonifacia por su hijo Sosa, Cándido", Fallos: 9:474, especialmente p. 483; CSJN, 1879, "García, Salvador c/ Aguilar, José", Fallos: 21:134.

Este artículo se encuentra complementado, luego de la reforma, por lo establecido en los artículos 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados, con jerarquía constitucional, en el art. 75, inc. 22, del nuevo texto supremo.

Los dos instrumentos internacionales brindan importantes precisiones, en punto al alcance de la suspensión de garantías, estableciendo que deberá limitarse al tiempo estricto en que la situación lo exija y no podrá implicar discriminación fundada en cuestiones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Por lo demás, enumera una nómina de derechos que no podrán ser objeto de suspensión, entre los que resaltan los derechos políticos, el principio de legalidad, la libertad de conciencia y religión y las garantías judiciales indispensables para su protección.

Además, impone al Estado declarante del estado de sitio la obligación de informar inmediatamente a los demás Estados parte, manifestando las razones de dicha declaración, los derechos suspendidos y el tiempo que durará la excepción.

Se observa, así, como, por vía de la incorporación en la parte orgánica de la Constitución de tratados internacionales se ha obtenido, en los hechos, una importante ampliación en la protección de los derechos individuales regulados en la parte dogmática de la Carta Fundamental, inclusive bajo situaciones excepcionales en las que la propia Constitución permite a los Poderes constituídos el uso de atribuciones extraordinarias.

7.3. Competencias federales y provinciales para el dictado de normas

En nuestro país, el Congreso Federal, de acuerdo con la terminología acuñada por el uso, la doctrina y la jurisprudencia, dicta tres clases de leyes.

Las tres categorías de leyes aludidas son (Bidart Campos):

a) las leyes federales, no fácilmente conceptuables, que pueden ser en razón de las personas, la materia y, eventualmente del lugar[27];

b) las leyes de derecho común, dictadas para regir en todo el territorio nacional, con fundamento en el actual artículo 75, inciso 12, de la Constitución -excepto las federales en él mencionadas- que corresponden a los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y la Seguridad Social y sus respectivas leyes complementarias que se les incorporen;

[27] Así, existe derecho federal cuando se encuentra involucrada la organización de la estructura federal de gobierno, o bien cuando, en razón de la materia, se halla en juego un interés federal. Ejemplos del primer tipo de normas federales se encuentran en el dictado de las leyes de ministerios, de organización de la justicia, etc. Pertenecen al segundo grupo las leyes de abastecimiento (CSJN, 1978, "Palmar Buenos Aires S.A.C.I. y F.", Fallos: 300:511), tenencia de armas de guerra (CSJN, 1982, "Rodríguez, Ramón Marcelino y otro", Fallos, 304:1820); leyes que instauran precios máximos (CSJN, 27/03/1942, "Antonio Solano c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 192:207), etc. La Corte ha precisado que también gozan de carácter federal ciertas normas atinentes a materias constitucionalmente previstas, tal como la ley de ciudadanía (CSJN, 1954, "Barrios, Manuel", Fallos: 230:244), la de creación del banco nacional (CSJN, 1906, "Banco Nacional (en liquidación) c/ Corrales, A.E.", Fallos: 105:358) o la del servicio militar (CSJN, 1982, "Arias Saisi, Raúl Gervasio", Fallos: 304:1097).

En este aspecto, nuestra Constitución se aparta de su fuente inspiradora, la Carta Fundamental de los EEUU. En efecto, en dicho país, la legislación de derecho común es potestad de cada uno de los Estados de la Unión.

Ha explicado la Corte que la previsión constitucional apunta a evitar que cada provincia establezca una legislación sustantiva o de fondo diferente a la del resto, logrando así cierta uniformidad en la legislación básica de derecho común. Ello sin perjuicio de que la jurisdicción corresponda a los tribunales provinciales, atendiendo al criterio de la competencia en razón de la materia[28].

En resumidas cuentas, el dictado de los Códigos enunciados es facultad exclusiva de la Nación; mientras que el resto de la normativa de derecho común puede ser emitida por las provincias, en la medida en que no contradiga a la normativa de fondo nacional.

Interesa destacar que si bien es competencia del Congreso federal el dictado del Código Penal, éste legisla exclusivamente lo atinente a delitos. Las denominadas faltas y contravenciones, en cambio, son objeto de regulación por las provincias. Éstas, a su vez, suelen delegar la potestad en los municipios. La Nación, por su parte, regula las faltas y contravenciones a aplicar en territorios federales.

En materia procesal, aun cuando la Corte ha interpretado que compete a las provincias legislar sobre procedimientos, ha puntualizado que el Poder Legislativo de la Nación puede dictar disposiciones reglamentarias cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en leyes de forma que le incumbe dictar[29].

Se ha considerado, asimismo, que si bien es cierto que las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas, ello no impide que la Nación, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 67, inciso 11 de la Constitución (hoy artículo 75, inciso, 12), pueda regular instituciones de fondo que hacen a la liquidación del patrimonio del deudor por vía concursal, estableciendo una excepción al sistema local en función del bien común[30].

Cabe consignar, finalmente, que, de acuerdo con la Constitución, la aplicación de las normas de derecho común compete a la Nación y a las Provincias en sus propias jurisdicciones (art. 75, inc. 12, CN), motivo por el cual es posible que una misma norma sea objeto de interpretaciones distintas en las sedes provincial y nacional.

Ello conduce a que nos preguntemos sobre la necesidad de una instancia de casación, en materia de derecho común. La reforma constitucional de 1994 hubiera sido el ámbito apropiado para su discusión, pero el tema no integró el elenco de las cuestiones enunciadas por la ley declarativa de la reforma, ni fue objeto de tratamiento en las sesiones de la Convención Constituyente.

Para otros (Sagüés), en cambio, la predicha disparidad interpretativa debe considerarse uno de los costos normales a afrontar al elegirse un sistema federal de organización.

---

[28] CSJN, 1970, "Ramos, Raúl Alberto c/ Batalla, Eduardo I.", Fallos: 278:62, esencialmente cons. 6°.

[29] CSJN, 1923, "Correa, Bernabé en autos con Barros, Mariano R. ", Fallos: 138:157; 1924, "Netto, Ambrosio c/ Empresa de los Ferrocarriles Argentinos de Entre Ríos", Fallos: 141:254; 1931, "Arzobispado de Buenos Aires c/ Moreno, Domingo", Fallos: 162:376; 1962, "Santander, Silvano", Fallos: 254:282, entre otros.

[30] CSJN, 1977, "Turia S.A.C.I.A. e I.", Fallos: 297:458, especialmente cons. 3°, 4° y 5°.

c) las leyes locales, sancionadas para regir en el territorio de la capital de la Nación, y en los establecimientos de utilidad nacional para el cumplimiento de sus fines específicos.

7.4. Jurisdicción federal y provincial

La Constitución se ocupa de establecer en qué casos resultarán competentes los tribunales federales para la aplicación de la ley.

Anteriormente, citamos el artículo 116 en el que se enuncian los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales inferiores.

Por su parte, el art. 117 agrega que en los casos enumerados en aquél la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, mas en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

La jurisdicción federal posee, por tanto, base constitucional. La Corte ha explicado que no es susceptible de ser regulada por disposiciones constitucionales o legales emanadas de las provincias[31].

Debe ser interpretada restrictivamente, toda vez que su origen obedece a la delegación efectuada por las provincias, en el acto constituyente, en favor de la Nación[32].

Con el mismo fundamento, la jurisdicción federal no resulta prorrogable a situaciones diferentes de las previstas por el constituyente, por la sola voluntad de las partes.

Resta agregar que, al referirse el constituyente a "causas" judiciales, ha entendido la Corte que la competencia federal queda limitada con exclusividad a casos contenciosos[33]. Así, además, lo establece una de las primeras leyes federales, organizativas de la justicia, al preceptuar que "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte" (art. 2° de la Ley 27).

Es de interés brindar un panorama, aunque sea somero, de aquéllas situaciones que habilitan la instancia federal.

En líneas generales, puede afirmarse que la jurisdicción federal puede proceder por razón de la materia, del lugar y de las personas.

Hay materia federal cuando el pleito versa sobre un punto regido directa e inmediatamente por la Constitución, una ley federal o un tratado internacional[34].

---

[31] CSJN, 1894, "Otero, Emilio c/ Provincia de Córdoba", Fallos: 57:337.
[32] CSJN, 1985, "Obras Sanitarias de la Nación c/ Carlos Alberto Pérez Funes", Fallos: 307:1139; 1983, "Peña de Paz Ureña, Eduvina del C. y otro c/ A.D.O.S. y otros", Fallos: 305:193.
[33] CSJN, 1939, "Miseria, Antonio", Fallos: l84:175, especialmente p. 178; 1939, "Banco Italo Español Argentino", Fallos: 184:358, especialmente ps. 360/361; 1969, "Banco Popular de La Plata S.A. c/ Banco Central de la República Argentina", 273:109, especialmente cons. 3°.
[34] CSJN, 1984, "Caratolli, Walter Hugo c/ Universidad Católica de La Plata", Fallos: 306:1363 y 1879, "López, Felipe c/ Provincia de Entre Ríos", Fallos: 21:498.

El objeto de la intervención de los jueces federales radica, en estos casos, en la preservación de las atribuciones del Gobierno Federal[35].

La propia Constitución establece algunos supuestos de jurisdicción federal, al declarar competentes a los tribunales federales para la atención de "causas de almirantazgo y jurisdicción marítima" (art. 116), aunque la Corte ha interpretado el precepto limitando la competencia a aquellos casos en los que se hubiere afectado o amenazado la seguridad de la navegación, o se hubiere restringido la circulación fluvial o marítima, o el tránsito interjurisdiccional[36].

La competencia federal por razón del lugar queda habilitada cuando se deba aplicar la legislación que el Congreso de la Nación hubiere dictado para la Capital Federal o territorio nacional, de manera exclusiva; o la legislación federal emitida para regir los destinos de los establecimientos de utilidad nacional erigidos en cualquier lugar del país. En este último supuesto, cabe destacar que la reforma de 1994 precisó que sólo asiste al Congreso Nacional facultad para sancionar la "legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos" de tales establecimientos, reservándose para las autoridades provinciales y municipales del lugar, los poderes de policía e impositivo, "en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines" (art. 75 inc. 30).

Por último, la justicia federal es competente, en determinados supuestos, en razón de las personas que litigan.

La directriz, al respecto, la ha fijado la Corte, al declarar que la finalidad buscada al prever tal intervención del fuero federal es la de garantizar la necesaria imparcialidad de la decisión, la conservación de la armonía de la Nación y de las relaciones amistosas con los países extranjeros[37].

En concreto, son competentes los jueces federales cuando el Estado argentino es parte en la controversia judicial (art. 116), en atención a la existencia de un interés federal que es menester resguardar[38]. La jurisprudencia ha extendido el criterio a los casos en que una "entidad nacional" (v.gr. un ente autárquico) sea parte, aun en el supuesto de haber sido citados meramente como terceros[39].

También procede dicha competencia cuando la controversia se suscita entre vecinos de distintas provincias (art. 116 de la CN y art. 2° de la Ley 48). El fundamento reside aquí, al decir de la Corte, en evitar que el juez de una provincia pudiera ser parcial respecto a sus coprovincianos, mellando así, la relación de buena vecindad con la provincia a la que perteneciera el eventualmente perjudicado[40].

En virtud de la reglamentación efectuada por la mencionada Ley 48, esta jurisdicción sólo procede en causas civiles.

---

[35] CSJN, 31/05/1988, "José Antonio Gutierrez s/ interpone recurso de amparo", Fallos: 311:919.

[36] CSJN, 1981, "Lanchas, Graciela y Sea View", Fallos: 303:1906; 1982, "Fracchia, Fernando A", Fallos: 304:167; 1976, "Duprat, Pedro c/ Folgueral, Horacio y otro", Fallos: 295:1032.

[37] CSJN, 12/04/1988, "Pedro Wilensky c/ Provincia de Salta", Fallos: 311:489; 31/05/1988, "José Antonio Gutiérrez s/ interpone recurso de amparo", Fallos: 311:919.

[38] CSJN, 1974, "Fernández Morales, Simón W", Fallos: 288:186.

[39] CSJN, 20/12/1988, "Piaza y Piana S.A.I.C.I.A.F. y Rimoldi S.A.C.I.C.F. c/ Instituto de la Vivienda s/ demanda contencioso – administrativa", Fallos: 311:2728.

[40] CSJN, 1985, "Lugo, Carlos Ramón y otro c/ Costas Argentinas Soc. Coop. Viv. Ltda. y otro", Fallos: 307:1823.

También es competente la justicia federal cuando es parte en un pleito un ciudadano extranjero (art. 116 CN), rigiendo también aquí lo preceptuado en el citado art. 2° de la Ley 48, en el sentido de que debe tratarse de causas civiles.

La previsión constitucional buscó evitar que el Estado Federal quedare comprometido por un actuar anómalo de la justicia provincial ante un ciudadano de otro país, aunque la Corte se ha encargado de destacar que tal recaudo en verdad es innecesario, dado que siempre existirá, en la hipótesis de violación de cualquier garantía constitucional o del dictado de sentencia arbitraria por parte del tribunal provincial, la vía del recurso extraordinario ante el supremo tribunal federal[41].

Asimismo, el fuero federal actúa cuando un pleito involucra a un Estado o embajada extranjera (art. 116 CN).

Si bien el texto constitucional alude a los juicios iniciados "*contra* un Estado... extranjero", se ha interpretado que también procede la jurisdicción federal cuando el Estado extranjero actúa como demandante.

Los Estados extranjeros gozan de inmunidad de jurisdicción, por lo que no pueden ser objeto de demandas sin previo consentimiento propio (art. 24 del decr. 1285/58), a menos que no guarden al respecto reciprocidad con nuestro país, y así lo haya estipulado el Poder Ejecutivo por vía de decreto.

La competencia federal no implica la intervención en carácter originario de la Corte, a la que habrá de llegarse por apelación. A menos que, tratándose de embajadas o representaciones extranjeras, los hechos motivo del pleito hubieren afectado directamente el cumplimiento de los fines de la sede diplomática[42]. Es el caso del atentado a la embajada de Israel de 1992, que motivó la competencia originaria de la Corte Suprema.

Respecto de las causas que atañan a embajadores y cónsules extranjeros, cabe destacar que mientras el art. 116 consagra en relación a aquéllos la competencia federal, el art. 117 precisa que dicha jurisdicción será originaria de la Corte. En virtud de ello, normalmente los pleitos en que sean parte los representantes extranjeros son resueltos directamente por el tribunal supremo.

En principio, los representantes de organismos internacionales no han sido equiparados a ministros y embajadores extranjeros, por lo que no procede la jurisdicción originaria de la Corte[43].

En cambio, las causas en que queden involucrados los jefes de Estado extranjeros (que no se encuentran nombrados en los arts. 116 y 117) han sido resueltas por la Corte, en carácter originario, cubriendo así una laguna del texto constitucional[44]. Para ello, el tribunal entendió conveniente su intervención dado que el desarrollo del proceso podía, de algún modo, afectar las buenas relaciones con terceros países, obligando, por tanto, a la intervención de los órganos máximos del Gobierno Federal.

Cuando el actor o demandado sea un cónsul y verse el pleito sobre circunstancias atinentes a su función diplomática, la competencia de la Corte será originaria, en cambio si el asunto concierne a cuestiones civiles o penales ajenas a las

[41] CSJN, 27/10/1988, "San Nicolás Refrescos S.A. s/ pedido de quiebra por Lucro, Hilario Federico", Fallos: 311:2178.
[42] CSJN, 18/10/1988, "Consulado General de Italia s/ su denuncia usurpación", Fallos: 311:2125.
[43] CSJN, 1982, "Paz Soldán, Jaime", Fallos: 304:1956.
[44] CSJN, 1979, "Coronel, Alberto Rubén", Fallos: 301:312.

tareas consulares, será competente la justicia federal de primera instancia[45]. La Constitución establece, asimismo, la competencia federal en casos en que las provincias sean parte del litigio, previendo, inclusive, la actuación originaria de la Corte.

Este tribunal ha sido, sin embargo, estricto a la hora de precisar cuándo queda habilitada dicha competencia. Así, ha declarado improcedente la intervención federal cuando la demandada es una entidad autárquica provincial y no la provincia en sí misma[46]; o cuando se acciona contra la Cámara de Diputados provincial, pues, al decir de la Corte, aquélla no representa a la Provincia de la que proviene[47].

Los supuestos en los que una provincia puede ser parte son múltiples, por lo que cabe efectuar un análisis sucinto, pero individualizado, de cada uno de ellos.

Antes que nada corresponde aclarar que, conforme a las reglas sentadas por el máximo tribunal en consonancia con el texto constitucional, cuando en un pleito se discutan directamente temas de derecho federal y sea parte una provincia, la competencia será originaria de la Corte, sin importar la persona del otro litigante[48].

Si una provincia litiga contra la Nación, o contra una entidad nacional, la competencia de la Corte es originaria[49]. La misma regla corresponde aplicar para el supuesto de litigio entre dos o más provincias[50].

Como cierre al abanico de posibilidades, cuando el litigio sea entre una provincia con los vecinos de otra[51], o con ciudadano o Estado extranjero, la competencia de la Corte procederá siempre que se trate de cuestiones de derecho civil[52]. Esta limitación es producto de la jurisprudencia del máximo tribunal, dado que la Constitución no la establece.

Como es dable inferir de lo hasta aquí dicho, la Constitución prevé la intervención de la Corte Suprema bajo dos modalidades distintas.

En efecto, tal como surge del art. 117, la competencia de la Corte puede ser originaria o por apelación.

Como se vio, la competencia originaria procede cuando se trate de causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros; o bien de litigios en los que alguna provincia sea parte.

---

[45] CSJN, 1877, "Raimond, Hipólito c/ Mondilieca, Rosa", Fallos: 19:187; 1922, "Solveyra, Guillermo y otro contra Ospina Guillermo, Cónsul General de la República de Colombia", Fallos: 137:23.

[46] CSJN, 26/04/1988, "Rubén Osvaldo Sienra y otros c/ Inst. de Prev., Seg. y Asist. Soc. de La Rioja s/ cumplimiento de contrato y daños y perjuicios", Fallos: 311:588 y 08/09/1988, "Caramaschi, Alejandro Dante c/ Inst. de Prev. Seg. y asist. Prov. de La Rioja y otro s/ cobro de pesos", Fallos: 311:1822.

[47] CSJN, 18/11/1985, "Alberto Andrés Marresse c/ Cámara de Diputados (Provincia de Santa Fe)", Fallos: 307:2249.

[48] CSJN, 08/09/1988, "TELECOR S.A.C. & I c/ Provincia de Catamarca", Fallos: 311:1812.

[49] CSJN, 07/06/1988, "Guillén, Daniel Esteban c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa de la Nación s/ demanda contencioso – administrativa", Fallos: 311:940.

[50] CSJN, 1961, "José Miguel Biancheri, hoy Cía. Minera Loma Linda S.R.L. c/ Prov. de Córdoba.", Fallos: 250:217; 1961, "Piria, Francisco, y otros sus sucesiones c/ Prov. de Buenos Aires", Fallos: 249:165; 1985, "Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Tucumán", Fallos: 307:500.

[51] CSJN, 1961, "José Miguel Biancheri, hoy Cía. Minera Loma Linda S.R.L. c/ Prov. de Córdoba.", Fallos: 250:217; 1961, "Piria, Francisco, y otros sus sucesiones c/ Prov. de Buenos Aires", Fallos: 249:165.

[52] CSJN, 23/08/1988, "Solbingo S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de decreto 690/88", Fallos: 311:1588; 23/08/1988, "Sol Bingo S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 311:1597.

Fuera de estos supuestos previstos constitucionalmente, otras normas de inferior rango han establecido casos de jurisdicción originaria del máximo tribunal.

La Corte resuelve, en ese sentido, cuestiones de competencia, cuando se trate de jueces o tribunales que carezcan de superior jerárquico capaz de dirimirlas (art. 24 inc. 7 del decr. ley 1285/58). Merece señalarse que la aplicación de esta norma ha sido extendida por la Corte a aquéllos casos de conflictos entre poderes, con el argumento de que "de otro modo no podrían tener solución adecuada"[53]. Cubrió de ese modo la Corte una situación de indudable importancia no prevista constitucionalmente.

También interviene de manera originaria ante casos de privación de justicia, conforme lo estipula la parte final del mencionado art. 24, inc. 7, del decreto 1285/58.

La competencia por apelación comprende, a su vez, dos modalidades: la apelación extraordinaria y la ordinaria.

La primera se encuentra regulada en el art. 14 de la ley 48, que prevé el recurso extraordinario federal, remedio previsto para llegar a la instancia máxima - pese a la existencia de una sentencia definitiva, dictada por el superior tribunal que corresponde a la causa- cuando existan en juego cuestiones de naturaleza federal.

Los fines perseguidos al consagrar el recurso consistieron en tutelar la supremacía del derecho federal respecto de los decisorios de jueces provinciales, proteger la vigencia de la Constitución y del derecho federal también respecto de sentencias de tribunales federales inferiores y uniformar la aplicación de la normativa federal. Con posterioridad, la Corte dio nacimiento a la doctrina de las sentencias arbitrarias, contra las cuales resulta asimismo procedente el recurso extraordinario.

Este recurso se caracteriza por reconocer exigencias formales más estrictas que el común de los remedios procesales y limitarse a la revisión de los aspectos federales de la controversia. Constituye, normalmente, una tercera instancia, aunque bien puede resultar una cuarta, si -como puede suceder- han intervenido ya el juez de primera instancia provincial, la Cámara, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia y, por último, la Corte Suprema Federal, esta última en razón del recurso que nos ocupa.

La admisibilidad del recurso queda, en buena medida, librada a la discrecionalidad del máximo tribunal, que puede rechazarlo ante la "falta de agravio suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia" (ley 23.774).

La Corte ha admitido, excepcionalmente, el planteo del recurso extraordinario contra una sentencia de primera instancia aún no resuelta por la Cámara, alegando la presencia de gravedad institucional en su máxima expresión, pese a la inexistencia de ley que lo permita[54].

En caso de denegar el superior tribunal de la causa la procedencia del recurso extraordinario, se abre para el apelante la posibilidad de plantear, ante la Corte, el recurso de hecho o de queja.

La otra variante para arribar a la Corte por la vía recursiva consiste en el planteamiento del recurso de apelación ordinaria, contemplado en el art. 24 inc. 6 del

[53] CSJN, 1960, "Moreno, Adhemar Robustiano, y otros", Fallos 246:237; y 1960, "Ainza, Pedro Saturnino", Fallos: 247:436.

[54] CSJN, 6/09/1990, "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación s/avocación en autos: Fontela, Moisés Eduardo c/Estado Nacional", Fallos: 313:863, también publicado en LL 1990-E, 97.

decreto ley 1285/58, ante sentencias de tribunales de segunda instancia en causas en que sea parte la Nación y el monto en juego supere determinada cantidad -por cierto elevada- que es objeto de actualización por la Corte.

Fuera de los dos supuestos comentados, la jurisdicción del tribunal supremo procede excepcionalmente ante sentencias de índole penal dictadas en situaciones muy particulares, por ejemplo, con prevaricato, cohecho u otra actividad delictiva; o si se descubre con posterioridad que el delito no existió o no fue cometido por el condenado; o que ha sido dictada una norma posterior más favorable a su situación, etc. Este remedio recibe el nombre de recurso de revisión, y se encuentra previsto en los artículos 479 del Código Procesal Penal y 24, inc. 3, del Decreto-Ley 1285/58.

7.5 Competencias federales y provinciales en materia presupuestaria, impositiva y comercial

7.5.1 Presupuesto federal

Consciente de la importancia que para el desarrollo de todo régimen federativo reviste el aspecto presupuestario, el constituyente de 1853 colocó en poder del Gobierno Federal la potestad de establecer sus gastos, inversiones y recursos.

Dentro de la estructura de poder federal, compete al Congreso fijar anualmente el presupuesto general de gastos y el cálculo de recursos de la administración nacional, con base en el programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión (art. 75 inc. 8).

Debemos destacar que el artículo motivo de comentario ha sido objeto de modificaciones en virtud de la reforma de 1994. Su nuevo texto contempla directivas dirigidas al Congreso, en punto a las pautas rectoras que deberán ser respetadas por el legislador al decidir el presupuesto.

Tales pautas son las enunciadas en el mismo art. 75, inciso 2°, en el que se prevé el reparto de la coparticipación impositiva entre el Estado federal, las Provincias y la ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, precisándose que tal distribución deberá efectuarse en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto, de manera solidaria, equitativa y priorizando la obtención de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Esta norma debe ser, asimismo, relacionada con el inciso 19 del mismo art. 75, también incorporado en la reforma de 1994, en el que se establecen criterios orientativos acerca de las inversiones públicas, las que deberán dirigirse al logro del crecimiento armónico de la Nación y poblamiento del territorio y a la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

En el marco de la división de poderes interna del Gobierno Federal, mientras que el Congreso fija el presupuesto por ley, el Poder Ejecutivo queda a cargo de la recaudación de las rentas nacionales y de su inversión, con arreglo a dicha ley.

Al respecto, la reforma de 1994 introdujo una modificación de importancia, al trasladar la potestad de recaudación y ejecución de la Ley de Presupuesto desde el

Presidente al Jefe de Gabinete, institución también incorporada por los Constituyentes de 1994 (art. 100 inc. 7), aunque reservando al titular del Ejecutivo la supervisión de tal actividad (art. 99 inc. 10).

El fundamento de tal desplazamiento de facultades puede encontrarse en las razones invocadas por las dos fuerzas partidarias mayoritarias, a la hora de explicitar los fines perseguidos por la reforma. Uno de los objetivos a alcanzar, según lo consensuado, radicó en acotar el poder del Presidente de la Nación. La figura del jefe de gabinete viene entonces, entre otras razones, a cumplir con ese cometido. A la par, la facultad ahora encapsulada en la órbita del Jefe de Gabinete en cuanto a recaudar las rentas y ejecutar el presupuesto disminuye, en términos de poder, la esfera competencial del Ministro de Economía, funcionario que, en los hechos y bajo el antiguo texto constitucional, se ocupaba de la ejecución de las señaladas atribuciones.

Compete al Congreso, una vez ejecutado el presupuesto, avalar la aplicación que el Ejecutivo hiciera de la Ley presupuestaria. Este importante control se realiza mediante la aprobación de la cuenta de inversión (art. 75 inc. 8°), aunque la experiencia histórica demuestra que el Poder Legislativo no siempre hizo uso en tiempo y forma de esa importante atribución, al punto que el Decreto Ley 23354 (Ley de contabilidad que rigiera hasta la relativamente reciente sanción de la Ley 24156) establecía que, transcurridos cinco períodos ordinarios sin que el Congreso se expidiera, la Cuenta de Inversión quedaba directamente aprobada.

7.5.2 Fijación y percepción de tributos

La Constitución se ocupa en numerosas cláusulas del régimen impositivo.

Ello resulta demostrativo de la importancia que el tema tenía ya en 1853, importancia que el paso de los años iría acrecentando, al punto de constituir hoy un aspecto vital de cualquier programa económico serio.

La Corte ha captado en su cabal dimensión la trascendencia del régimen de contribuciones plasmado en la Constitución, destacando que éste no sólo tiene por norte el proveer de recursos al Estado, sino que, además, como herramienta de poder "a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida que corresponde a las exigencias del bienestar general, cuya satisfacción ha sido prevista en la Constitución Nacional como uno de los objetos del poder impositivo"[55].

Un breve repaso de las principales disposiciones constitucionales sobre la materia nos permitirá situarnos en el tema, para luego desarrollar, en particular, algunos aspectos de relevancia.

El artículo 4° de la Carta Fundamental establece que el Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, que se conforma con:

a) lo obtenido por derechos de importación y exportación;

b) la venta o locación de tierras de propiedad nacional;

c) la renta de Correos;

d) las demás contribuciones que el Congreso determine;

[55] CSJN, 1974, "Montarce, Marcelo c/ Dirección Nacional de Aduanas", Fallos: 289:443, cons. 4°; 1959, "Larralde, Lorenzo, y otros", Fallos: 243:98.

e) los empréstitos y operaciones de crédito que el Congreso disponga, para atender urgencias de la Nación o empresas de utilidad nacional.

El artículo 9° preceptúa que en todo el territorio del país las únicas aduanas serán las nacionales, cuyas tarifas fijará el Congreso Federal. Completando el precepto, los arts. 10 y 11 consagran la libre circulación de mercaderías por el interior del territorio nacional, quedando exenta del pago de derechos.

El art. 12 prohíbe que se obligue a los buques en tránsito por aguas interiores detenerse en los puertos y abonar derechos.

Uno de los principios fundamentales de todo el derecho tributario nacional surge de lo estipulado en el art. 16 *in fine*, en el que se establece que "La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

De no menor trascendencia resulta la previsión inserta en el art. 17, en la que el constituyente consagró el principio de legalidad en materia tributaria, al establecer que sólo el Congreso impone las contribuciones fijadas en el art. 4° antes visto.

Este precepto de carácter genérico debe complementarse con las específicas cláusulas del art. 75, en las que la Constitución explicita cómo ha de ejercer esa potestad el legislador.

El inciso primero determina que el Congreso legislará en materia aduanera estableciendo los derechos de importación y exportación, que deberán ser uniformes en toda la Nación.

El inciso segundo, que ha sido objeto de importantes modificaciones en virtud de la reforma de 1994, indica que compete al Congreso la imposición de contribuciones indirectas, en concurrencia con las Provincias. Las contribuciones directas, en cambio, son potestad de las Provincias y sólo excepcionalmente del Congreso Federal. Las contribuciones indirectas y directas que fije el Congreso Federal, son coparticipables con las Provincias, salvo que tengan de antemano determinada una asignación específica. El régimen coparticipativo se regirá por una ley convenio sancionada por una mayoría especial, previo acuerdo entre la Nación y las Provincias. Se prevén asimismo criterios para determinar el modo de distribución de los recursos coparticipables y se crea un organismo fiscal federal, cuya misión será ejercer el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido.

El inciso tercero prevé que para que un recurso coparticipable sea asignado específicamente a algún fin (y por tanto excluido del régimen normal de coparticipación) será necesario el dictado de una ley especial aprobada por una mayoría agravada.

Estas disposiciones son, en buena medida, novedosas. Ello, sumado a la importancia indudable que la temática reviste -merece destacarse que un importante número de provincias dependen para su subsistencia económica de los recursos que mensualmente les son enviados en concepto de coparticipación- justifican un comentario singularizado.

La reforma de 1994 mantuvo el criterio rector de la Constitución de 1853, en lo referente a las contribuciones directas. Estas competen, por regla, a las provincias y sólo excepcionalmente, cuando la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan, pueden ser establecidas por el Congreso Federal, siempre que lo haga por tiempo determinado y de manera proporcionalmente igual en todo el territorio. La Constitución

aclara, expresamente, que estas contribuciones directas también son coparticipables, salvo que tengan determinada una asignación específica.

En cambio, a *contrario sensu*, no son coparticipables los tributos aduaneros, que se encuentran regulados en el inciso 1° del art. 75.

La reforma estableció, por otro lado, que la problemática de la coparticipación sería resuelta mediante el dictado de una ley convenio, producto de acuerdos entre la Nación y las Provincias. Parece, así, modificarse en algo la clásica caracterización de la ley convenio como especie de "contrato de adhesión" por el cual la Nación establecía las pautas y las provincias sencillamente adherían o no. Se habla ahora de acuerdos que servirán de base a la Ley convenio. Ello sugiere la idea de negociaciones previas entre la Nación y las Provincias, a resultas de las cuales debería surgir un texto legal consensuado. Consideramos que una interpretación en tal sentido puede resultar beneficiosa para el fortalecimiento de los mecanismos de un federalismo real.

Esta ley tiene además la singularidad de que debe ser aprobada por las provincias, no puede ser modificada unilateralmente y no es reglamentable.

También es de sumo interés el criterio de distribución de los recursos coparticipables instaurado por la reforma. Dice la norma que la distribución será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio del país. Con criterio realista, la norma prohíbe la transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, que necesita ser aprobada por ley del Congreso -cuando correspondiere- y por la provincia interesada.

Es, asimismo, competencia del Congreso el contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación (inciso 4°), disponer el uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional (inciso 5°) y reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar puertos y crear y suprimir aduanas (inciso 10°).

Si se efectúa un agrupamiento de las facultades diseminadas en el texto constitucional, atendiendo al criterio de distribución de atribuciones entre Nación y Provincias utilizado anteriormente, puede verse que existen:

a) contribuciones de fijación concurrente por parte de la Nación y Provincias, como las indirectas;

b) contribuciones que, por regla, concierne establecer a las provincias y por excepción a la Nación, como las directas;

c) contribuciones que, por principio, compete fijar a la Nación, como las referidas a derechos aduaneros;

d) contribuciones cuyo establecimiento se encuentra vedado a las provincias, tales los derechos de importación y exportación;

e) contribuciones que no pueden ser impuestas ni por la Provincias ni por la Nación, como las que fijan el pago de derechos por el sólo hecho de transitar por el interior del territorio nacional.

La distinción, de trascendencia primaria en nuestro derecho, entre contribuciones directas e indirectas ha dividido a la doctrina especializada.

Con carácter general y siguiendo a la doctrina clásica, puede afirmarse que la directa se distingue por recaer sobre una manifestación inmediata de riqueza, mientras que la indirecta grava una manifestación mediata de riqueza. Ejemplo de contribución

directa es el impuesto a los inmuebles o a las ganancias. Ejemplo de contribución indirecta es aquélla susceptible de ser trasladada, tal como el impuesto al valor agregado o cualquier otro gravamen al consumo.

7.5.3 Competencias en materia comercial

El art. 75, inc. 13, determina que corresponde al Congreso Nacional "Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí".

Esta fue una preocupación constante en el principal ideólogo del texto constitucional, Juan Bautista Alberdi, para quien el dictado de normas homogéneas regulatorias de las relaciones comerciales internacionales e interprovinciales, constituía una precondición indispensable para el progreso y desarrollo nacional.

La justificación de la potestad federal, respecto del tráfico interprovincial reside, al decir de la Corte, en la necesidad de garantizar la igualdad y libertad de comercio, impidiendo que se erijan barreras entorpecedoras de las relaciones entre aquéllas. Es decir que la atribución federal, debe limitarse a esos aspectos. Distinto es el caso de la regulación del tráfico internacional, pues allí el ejercicio de la potestad federal no reconoce otras cortapisas que las emanadas de los criterios de legitimidad, conveniencia y oportunidad[56].

La Corte ha interpretado el concepto "comercio" confiriéndole una extensión importante. Así, es considerado comercial, y por ende, regulable federalmente, el tráfico de las comunicaciones, ya que éstas constituyen "un aliado indispensable del comercio"[57].

De ello se desprenden no pocas consecuencias de importancia, tales como que sea competencia federal el otorgamiento de concesiones de servicio telefónico y la fijación de sus tarifas[58].

Las provincias, según la mencionada regla del art. 121, conservan todo el poder no delegado. En la materia, entonces, compete a aquéllas la regulación de lo referido al comercio interno, inclusive, por cierto, el poder de policía[59]; empero, la Corte ha advertido que la potestad de policía provincial debe ejercerse de modo tal que no interfiera o comprometa el tráfico interprovincial o internacional, ni siquiera transitoriamente[60].

7.5.4 Competencias financieras

7.5.4.1 El Banco Central y la emisión de moneda

---

[56] CSJN, 1985, "Marwick, S.A. c/ Provincia de Misiones", Fallos: 307:360; 1985, "Agencia Marítima San Blas S.R.L. c/ Provincia del Chubut", Fallos: 307:374.
[57] CSJN, 1967, "Transradio Internacional S.A. c/ Provincia de Bs. As.", Fallos: 269:92.
[58] CSJN, 14/07/1961, "Cía. Argentina de Teléfonos S.A. c. Provincia de Santiago del Estero", Fallos: 250:154.
[59] CSJN, 1927, "S.A. Gath y Chaves Limitada c/ Provincia de Buenos Aires s/ devolución de una suma de dinero", Fallos: 149:137; 1944, "Transportadora Automotriz (SATA) S.A. c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 199:326.
[60] CSJN, 1962, "Acuña Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Prov. de Santiago del Estero", Fallos: 252:39, especialmente cons. 12.

En virtud de la cláusula del art. 75 inc. 6, es potestad del Congreso Federal el establecimiento y reglamentación de un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.

Este artículo, modifica el texto del antiguo art. 67 inc. 5 y, como tantas otras veces, se inspira para ello en la realidad vigente desde 1853 a la fecha, así como en la jurisprudencia del máximo tribunal federal.

En efecto, si bien la anterior redacción nada decía respecto de la potestad federal para crear otros bancos nacionales distintos al Central, de hecho la Nación había creado otras instituciones bancarias. La barrera para el ejercicio de esa atribución había sido hallada en el siguiente talud: el legislador puede crear múltiples bancos nacionales, pero sólo uno de ellos -el Central- se halla autorizado para emitir moneda. Es el criterio que plasmó el reformador de 1994.

El Banco Central, regido actualmente por la ley 24144 y sus modificatorias, es una entidad autárquica (art. 1°) que tiene por objetivo principal la preservación del valor de la moneda (art. 3°), finalidad preponderante que no debe causar extrañeza, atendiendo a la no tan lejana y extensa época inflacionaria e hiperinflacionaria por la que atravesara el país. Como muestra de esa preocupación, cabe aquí agregar que la Constituyente reformista incluyó, como parte de la conocida "cláusula para el progreso" y en carácter de mandato al Congreso Federal "la defensa del valor de la moneda" (art. 75 inc. 19).

Fuera de esa meta primordial, concierne también al Banco Central la misión de ser agente financiero del Estado Nacional (art. 22) y, por supuesto, emitir moneda (art. 17).

En búsqueda de una estabilidad que lo aleje de los vaivenes políticos propio de los cambios de autoridades en tiempos democráticos, el legislador ha fijado que su directorio, designado por el Ejecutivo Nacional, dure seis años en sus funciones (art. 7°). Pese a ser nombrados por el Presidente, la ley aclara que, en la formulación de la política monetaria y financiera "no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional" (art. 3°).

En lo que atañe a las atribuciones provinciales para la institución de entidades financieras, cabe destacar que no hay impedimento constitucional para su creación. La prohibición sólo alcanza a la potestad de emitir moneda, aunque ella no es absoluta: con el consentimiento del Congreso nacional, los bancos provinciales pueden crear dinero (art. 126).

El control en el funcionamiento financiero de tales bancos provinciales, compete a la autoridad federal instituída por la Ley de Entidades Financieras (Ley 21526, y modificatoria), con las salvedades que, respecto del Banco de la Provincia de Buenos Aires, resultan de las reservas formuladas por la provincia de Buenos Aires en el Pacto de San José de Flores (Sagüés).

7.5.5 Facultades en materia de promoción y fomento

Ya en el Preámbulo, la Constitución enuncia como objetivo central de su dictado la promoción del bienestar general.

En su concreto articulado, el constituyente de 1853 encomienda al Congreso Federal "proveer lo conducente a la prosperidad del país", enunciando una serie de políticas orientadas al logro de tal finalidad (antiguo art. 67 inc. 16, actualmente art. 75 inc. 18).

El reformador de 1994 vino a ampliar el mandato congresional, imponiendo al legislador la provisión de "lo conducente al desarrollo humano", al "progreso económico con justicia social" y "al crecimiento armónico de la Nación", enumerando, asimismo, una serie de medidas concretas orientadas en tal sentido (art. 75 inc. 19).

Estos artículos son conocidos como "cláusulas de la prosperidad" o "del progreso" y no tienen símil en la Constitución estadounidense. La Corte ha dicho que el precepto no cuenta con más precedentes y jurisprudencia que los propios nacionales[61] y debe ser armonizado de modo tal que no se constituya en una amenaza o perjuicio para las libertades individuales[62].

La filosofía inspiradora de las cláusulas abreva en el principio de subsidiariedad, en razón del cual corresponde a los particulares, como regla, el desarrollo industrial y comercial, reservando al Estado el papel de "promotor" de tales actividades (art. 75 incs. 18 y 19).

En cuanto a la competencia provincial en la materia, debe señalarse que la Constitución estableció no sólo la atribución federal para el cumplimiento del objetivo del progreso, sino que fijó idéntica misión a las Provincias, a quienes encomienda la promoción de su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles, canales navegables, etc. (art. 125, primer párrafo).

El constituyente de 1994 amplió la cláusula del progreso provincial, en sintonía con lo resuelto respecto de la nacional, estableciendo, entre otros tópicos, que las provincias pueden promover el progreso económico y humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (art. 125, párrafo final).

La reforma de 1994 vino a aclarar un tema que había sido objeto de discrepancias, vinculado a las competencias federales y provinciales en materia de educación.

El texto de 1994 complementa la antigua previsión del art. 67 inc. 16 (hoy 75 inc. 18), estableciendo en el tercer párrafo del art. 75 inc. 19, que la facultad federal comprende sólo el dictado de las leyes de organización y base de la educación. Estas deben sancionarse "respetando las particularidades provinciales y locales" y "asegurando la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública y estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales".

Es decir que, a nuestro juicio, la labor federal concluye con el dictado de la Ley de Educación en la que habrán de fijarse los institutos básicos, bien que las provincias, al legislar sobre la materia, deberán atender a los preceptos constitucionales señalados en el inc. 19 del art. 75, pues no sería legítimo, por ejemplo, que una norma provincial contradijera el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación de ningún tipo.

---

[61] CSJN, 1939, "Ferrocarriles del Sud c/ Municip. de Juárez", Fallos: 183:190.
[62] CSJN, 1960, "Fernández Arias, Elena, y otros: c/ Poggio, José suc.", Fallos: 247:646.

En síntesis, se trata de potestades concurrentes de la Nación y las Provincias que, siguiendo con la pauta antes citada, deben ser armonizadas. Cuando la confrontación resulte inevitable, habrá de prevalecer el interés o bien común general del país, sin que quepa, necesariamente y *a priori*, identificar a éste con el sostenido, en un caso concreto, por el Gobierno Federal.

8. Los municipios

Hemos adelantado que la reforma constitucional operada en 1994 introdujo una serie de disposiciones de innegable trascendencia.

La mayor parte de las veces, los constituyentes recogieron, a la hora de determinar los cambios a introducir al por demás centenario texto, los ecos de las sentencias emitidas por el más alto tribunal Federal.

Así sucedió, también, en la materia que nos ocupa ahora, hecho que determina pues, la necesidad de encarar el estudio de los Municipios en la República Argentina conforme al siguiente plan.

En primer lugar, nos abocaremos al análisis de las previsiones constitucionales insertas en la Carta de 1853, respecto de las Comunas. Advertimos desde ya que los Municipios, como entidades políticas representadas en la figura del Cabildo hispánico, preexistieron a la Revolución de Mayo de 1810, a la independencia declarada en 1816 y -por cierto- también al texto constitucional de 1853.

Con el paso del tiempo, el texto supremo fue enriqueciéndose con las interpretaciones formuladas por la encargada, en última instancia, de descifrar sus normas.

Por ello, en segundo lugar, hemos de referirnos a la evolución jurisprudencial evidenciada en los fallos de la Corte acerca de la naturaleza jurídica de las Municipalidades, pues según sea el alcance que se le confiera a las comunas, distintas han de ser sus competencias y -en general- sus relaciones con la provincia en la que se encuentren.

Anticipamos que la Convención de 1994 absorbió la experiencia jurisprudencial, volcándola en el texto reformado que hoy nos rige. Ese análisis concluirá, entonces, con el genérico repaso histórico evolutivo del instituto.

Para finalizar, procuraremos enunciar las principales potestades que competen a los municipios, guiándonos por las previsiones de las Constituciones provinciales y los estatutos organizativos que, algunas veces, se dieran las propias comunas.

8.1 Los municipios en la Constitución de 1853

El texto superior, en su redacción original, resulta bastante ascético respecto a la temática de las municipalidades. Ello constituye una prueba más, demostrativa de que la organización federal argentina reposa, fundamentalmente, en las instituciones de la Nación y las Provincias.

Ello no obstante, el art. 5° del texto de 1853 (conservado idéntico luego de la reforma) dispone que cada provincia dictará para sí una constitución, cumpliendo con determinados requisitos. Entre éstos, se encuentra el deber provincial de asegurar "su régimen municipal".

La segunda vez que el constituyente de 1853 menciona de algún modo a los municipios es en el antiguo art. 81 (hoy sin correlato, en lo que aquí concierne) en el que indica que uno de los juegos de listas de candidatos para presidente y vice votados en las elecciones será remitido, en la Capital Federal, "al presidente de la Municipalidad".

Con estas pocas referencias, la Corte tuvo que enfrentarse en más de una oportunidad, al problema de discernir qué tipo de organización quiso fijar el constituyente de 1853. El máximo tribunal debió agudizar aquí su labor interpretativa, pues siquiera contó, como respaldo orientativo, con la ayuda de debates o antecedentes de la Constituyente reunida a mediados del siglo XIX, ya que poco se dijo en aquella Convención, al momento de revisar para su aprobación la cláusula del art. 5°.

8.2 La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los primeros fallos del tribunal se limitaron a expresar que los municipios eran "gobiernos" o "poderes" en los cuales residía una porción de la soberanía del pueblo[63].

Esta interpretación, entendemos, pudo haber abierto la brecha para consagrar el carácter autónomo de las comunas. Pero no sucedió así.

En efecto, ya en 1911 la Corte definía a los municipios como delegación de los poderes provinciales, circunscripta a fines y límites administrativos y sujeta a la legislación local[64].

En armonía con este punto de vista, el mismo tribunal decía que, conforme con nuestro sistema constitucional federal, las municipalidades no son entidades políticas autónomas ni constituyen la base del sistema de gobierno representativo y republicano federal[65] por lo que no cuentan con poderes propios u originarios.

La consecuencia directa de la jurisprudencia reseñada salta a la vista: las municipalidades, conforme con esta interpretación de la Corte, constituyen meras entidades autárquicas (coherente con la doctrina administrativista: Marienhoff, Cassagne, Comadira).

Esta construcción jurisprudencial sufre un giro importante con el dictado, en el año 1989, del fallo "Rivademar"[66].

En este decisorio, la Corte admite que su línea doctrinaria anterior, reductora del municipio a la calidad de ente autárquico, precisa ser revisada, ya que no es posible continuar predicando la existencia de una autarquía municipal uniforme en todo el país,

[63] CSJN, 1870, "Marana, Manuel c/ La Municipalidad de San Fernando", Fallos: 9:219.
[64] CSJN, 1911, "Ferrocarril del Sud c/ Municipalidad de la Plata", Fallos: 114:282; 1916, "P. Cesari y Cía. c/ La Empresa del Ferrocarril Central Argentino", Fallos: 123:313, especialmente cons. 5°.
[65] CSJN, 1942, "Labella de Corso, Gilda y otros c/ Municip. de Bs. Aires", Fallos, 194:111, entre otros.
[66] CSJN, 21/03/1989, "Rivademar, Angela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario s/ Recurso contenciosoadministrativo de plena jurisdicción", Fallos: 312:326.

cuando existían Cartas Provinciales que explícitamente atribuían a sus municipios la calidad de autónomos.

El considerando 8° de la sentencia clasifica la naturaleza jurídica de los municipios en dos categorías:

a) Municipios que gozan de autonomía plena, por así consagrarla la pertinente Constitución Provincial, al permitírseles el dictado de sus propias cartas orgánicas municipales;

b) Municipios catalogables como semiplenamente autónomos, cuando la carta provincial se limita a reconocer la autonomía, sin atribuírles, a la par, la potestad para dictar sus estatutos comunales fundamentales.

En síntesis, en esta sentencia el tribunal supremo se inclina por el carácter autónomo -en dos graduaciones de la autonomía- de las municipalidades provinciales, diferenciándolas claramente de las meras autarquías, dado que, señala la Corte:

a) las municipalidades tienen base constitucional, por oposición a las autarquías, creadas por ley;

b) cuentan también con sostén sociológico, que reposa en los vecinos, basamento del que carecen los entes autárquicos;

c) los municipios no pueden ser suprimidos, pues su existencia es necesaria por disposición constitucional, carácter que no puede pregonarse de las autarquías, creables y suprimibles por ley;

d) sus normas tienen carácter local, mientras que las dimanadas de entes autárquicos son meras resoluciones administrativas;

e) las autoridades municipales deben ser elegidas popularmente, mientras que tal exigencia no es predicable respecto de los entes autárquicos.

Es cierto que la afirmación de autonomía proclamada en el señalado considerando 8° se difumina un tanto en el siguiente considerando, en el cual la Corte agrega que, aunque no posea la autonomía municipal raigambre constitucional, la existencia del art. 5° fija a su favor una serie de atributos mínimos, aparte de su existencia necesaria.

Y es del caso puntualizar, asimismo, que, con posterioridad a ese pronunciamiento se registraron las sentencias recaídas en las causas "Municipaliadad de Rosario c. Pcia. de Santa Fe"[67] y "Universidad de Buenos Aires c. Estado Nacional", conteniendo, esta última, un desconcertante párrafo -en relación con la doctrina emergente de "Rivademar"- en el cual se expresa que en nuestro sistema las provincias son las únicas entidades autónomas en tanto se dictan sus propias normas[68].

Por cierto, el alcance de esta autonomía es bien diferente al consagrado por la realidad jurídica española. Ello obedece al hecho de que, como se ha ocupado de

[67] CSJN, 04/06/1991, "Municipaliadad de Rosario c. Pcia. de Santa Fe", Fallos: 314:495. Se decidió en ella que el sistema económico y financiero de los municipios es regulable por las provincias, pero dicha regulación deviene inconstitucional cuando compromete "efectivamente la existencia misma del municipio afectado", dado que, de ser así, perjudicaría irremediablemente su "autonomía gubernamental" causando un "impedimento para subsistir como unidad política autónoma", circunstancias que no acaecieron en el fallo comentado.

[68] CSJN, 18/06/1991, "Universidad de Buenos Aires c. Estado Nacional", Fallos 314:570.

resaltar la doctrina, el concepto autonomía adquiere muy diverso significado no sólo de país en país, sino entre cada uno de los autores dentro de una misma nación.

Así, en el derecho español, la Constitución asegura tanto a los municipios como a las provincias y comunidades autónomas "autonomía" para la gestión de sus intereses (art. 137). No conspira contra la autonomía del municipio español, el hecho de que todos los municipios peninsulares se rijan por la misma Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, norma uniforme sancionada por el legislador nacional, pero cuyo desarrollo particularizado compete a las comunidades autónomas, que según sus estatutos tengan capacidad legislativa para ello (Parejo Alfonso).

8.3 La reforma de 1994

La Convención Nacional Constituyente tuvo sin dudas presente el avance jurisprudencial antes visto, previo a sancionar el actual art. 123 de la Carta Fundamental en el que se determina que:

"Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

La norma representa la consagración constitucional de la autonomía comunal y -aun más- determina los tópicos o materias en los que, en algún grado, dicha autonomía deberá hacerse presente.

Así, en la Argentina todos los municipios habrán de gozar de alguna cuota de autonomía tanto en lo institucional, como en lo político, administrativo, económico y financiero. Una Constitución provincial que omitiere brindarla en alguno de esos aspectos, sería contraria a la pauta federal transcripta.

8.4 Principales órganos y competencias de los municipios

8.4.1 Organos Municipales

En general, los municipios argentinos han sido propensos a imitar, en su estructura organizativa, al sistema de gobierno y administración imperante en las provincias.

El poder legisferante se encuentra, normalmente, atribuído a un Concejo Deliberante o Sala de Representantes, elegidos popularmente y con la función de dictar ordenanzas de tipo legislativo, destinadas tanto al Poder Ejecutivo municipal como a los administrados.

El órgano ejecutivo, usualmente denominado "Departamento Ejecutivo" o "Intendente", se organiza de modo similar a la administración nacional y provincial. Así, el intendente cuenta con la asistencia de Secretarios, con funciones equivalentes a las de los ministros nacionales o provinciales, quienes refrendan los actos que la cabeza del Ejecutivo emite, denominados decretos.

Por debajo del Intendente y los Secretarios, se organizan Direcciones, Departamentos, Divisiones, etc., encolumnados jerárquicamente.

En los Municipios de mayor importancia puede observarse la presencia de un órgano de características jurisdiccionales, el Tribunal de Faltas.

Compete a aquél el juzgamiento de cuestiones menores (faltas y contravenciones municipales) que involucren a los administrados con el Municipio. Sus decisiones son siempre revisables por la justicia provincial o nacional, según corresponda.

Un aspecto digno de ser destacado es la falta de organización, a los efectos del control patrimonial de lo actuado por el Municipio, de Tribunales de Cuentas comunales.

Ello no empece a que dicha actividad fiscalizadora sea realizada por el Tribunal de Cuentas Provincial, con carácter posterior a la gestión revisada.

En relación con los poderes provinciales respecto a las municipalidades, debe señalarse que las legislaciones dictadas por las provincias reconocen la facultad de intervención a los municipios, aunque es menester aclarar que, en períodos de normalidad institucional y plena vigencia de la Constitución, tales intervenciones se han producido con carácter poco frecuente (Gordillo).

8.4.2 Competencias de los Municipios

Distinguiremos las distintas competencias municipales siguiendo el criterio utilizado por Gordillo.

Dentro de las facultades de índole normativa, es correcto individualizar:

a) Régimen edilicio y urbano:

El control y la regulación de lo concerniente al desarrollo urbano compete a los municipios. Ellos dictan los Códigos de Edificación, legislan sobre loteos, fraccionamientos, zonificaciones, etc., otorgan los permisos para construir y expiden las habilitaciones para los edificios terminados.

Las Provincias, aisladamente, suelen dictar normas provinciales fijando los preceptos básicos para la utilización del suelo, a los que deben atenerse las disposiciones municipales que legislen sobre la materia.

A pesar de esta potestad, ajena a influencias del gobierno nacional y provincial, apunta Gordillo que "ello no ha significado, con todo, que los municipios hayan asumido un rol protagonista en el planeamiento urbano. Al contrario, los intereses locales mal entendidos o apreciados, siempre han militado en contra de efectivas pautas de ordenamiento urbano y territorial: los municipios muchas veces son agentes activos y dinámicos de su propio crecimiento inorgánico y asistemático, en detrimento de un desarrollo urbano armónico equilibrado en las diferentes provincias y en el país".

En confirmación de la apreciación de Gordillo, basta observar el crecimiento inarmónico de las grandes urbes (v.gr. las ciudades de Buenos Aires, Córdoba, Rosario), ajenas, en líneas generales, a parámetros coherentes de desarrollo urbanístico y ordenamiento del territorio.

b) Regulación y habilitación de locales con acceso al público:

Es competencia municipal lo atinente al control de habilitación e inspección de todos los locales con acceso al público. Esta vasta atribución coloca en la órbita comunal la legislación y fiscalización de la seguridad, higiene, moralidad, estética, etc.

c) Regulación del tránsito vehicular:

Las normas sobre estacionamiento, velocidades máximas y mínimas, sentido de las calles, etc. que estén destinadas a regir en el ejido comunal, competen a los municipios.

El registro de los automotores corresponde a la Nación, que expide las patentes habilitantes para circular. Sin embargo, el poder tributario respecto de la radicación de los vehículos es de competencia municipal.

d) Espectáculos públicos:

Menos en materia de cinematografía, ámbito en el que existe un ente nacional que califica a las películas (Instituto Nacional de Cinematografía y Artes Audiovisuales), en el resto de los espectáculos públicos es el municipio el que normalmente efectúa su evaluación y -de ser pertinente- determina la prohibición de exhibición.

e) Atribuciones de autoorganización y dictado de normas de procedimiento:

Con base en las normas provinciales que determinan sus instituciones básicas, los municipios se organizan creando su aparato burocrático administrativo correspondiendo a su ámbito el dictado de las normas de procedimiento.

f) Alumbrado, barrido y limpieza. Obras de pavimentación:

El mantenimiento de la vía pública corresponde a los municipios. Así, tanto la reparación de las calles como su alumbrado y limpieza son realizados por las comunas.

El mismo criterio se sigue respecto a los cementerios, las plazas y los paseos públicos, cuya propiedad y mantenimiento atañe a las municipalidades.

g) Salud:

Por lo común, la salud poblacional se encuentra amparada tanto por la Nación como por las Provincias y los Municipios. En los últimos tiempos se ha producido una importante transferencia de institutos hospitalarios nacionales a la órbita provincial y/o municipal. Desde la vigencia de la nueva Constitución, este traspaso, cuando opere a la órbita provincial, debe ser efectuado previa determinación de los recursos con los cuales van a ser atendidos los servicios, tema que tiene vinculación también con los porcentajes de coparticipación a determinar entre la Nación y las Provincias (art. 75 inc. 2°).

h) Transporte:

La competencia municipal se limita a aquél transporte que circule, en exclusiva, por el territorio de la comuna. Si lo trasciende, la potestad regulatoria será provincial o nacional, según traspase o no, a su vez, los límites de la provincia.

i) Educación:

La atención de las escuelas básicas o primarias ha sido objeto de traspaso de la Nación a las Provincias y Municipios. Las escuelas secundarias, en cambio, y -en general- las Universidades, son organizadas y solventadas por la Nación y las

Provincias, aunque existen experiencias, recientemente iniciadas, de Universidades locales.

En el aspecto cultural, las competencias son concurrentes con la Nación y Provincias. Así, existen museos, teatros, centros culturales, etc. de carácter municipal, al lado de instituciones similares nacionales y provinciales.

j) Seguridad:

No es competencia municipal la atinente a seguridad de los ciudadanos. La organización y funcionamiento de la policía es potestad provincial o nacional, según el territorio y -también- según la materia.

Con lo expuesto, quedan sucintamente bosquejadas las principales características del municipio argentino.

8.5 Situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con motivo de la reforma de 1994, fue incorporado al texto supremo el art. 129, que reza: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea la capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones".

Como se desprende de la transcripta cláusula, la idea directriz del constituyente fue la de otorgar a la comuna porteña el carácter de autónoma.

Esto ha permitido decir a la doctrina que, luego de la reforma, el clásico esquema Nación- Provincias (y dentro de éstas, los municipios) se ha visto enriquecido por la aparición de una nueva entidad "sui generis", creación de la Convención de 1994, que es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ésta, sin alcanzar la categoría de provincia, posee un régimen autonómico que "de alguna manera, podemos ubicar entre medio del tradicional de las provincias y el propio de la autonomía municipal en jurisdicción provincial" (Bidart Campos).

Creo Bay, en relación siempre con la naturaleza de la ciudad porteña, con posterioridad a la reforma, señaló que "se ha transformado, así, en una *ciudad autónoma* con una naturaleza jurídico política particular, única, de origen constitucional y de carácter derivado. No es una provincia, no es un municipio ni es una ciudad - Estado. Es un *tertium genus*, intermedio entre una provincia y un municipio, aunque más cerca de la primera que del segundo".

La singularidad autonómica de la Ciudad de Buenos Aires surge de diversas cláusulas constitucionales.

Están, por un lado, como lo recuerda Gelli, las contempladas en los artículos 44 y 54 (relativos a la integración del Senado con tres senadores por las provincias y tres por la ciudad); 45 (acerca de la composición de la Cámara de Diputados con representantes del pueblo de las provincias, de la ciudad y de la Capital Federal en caso de traslado); 75, inciso 2 (respecto de la coparticipación impositiva entre la Nación, la ciudad y las provincias); 75, inciso 31 (sobre intervención federal a una provincia o a la

ciudad); 124 (acerca del régimen especial que se establezca para la ciudad en materia de regionalización y convenios internacionales); y las cláusulas transitorias, en especial la séptima (en tanto dispone que el Congreso ejercerá en la ciudad, mientras sea Capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve).

A las que cabe sumar, como también indica la autora citada, la derogación del anterior artículo 86, inciso 3º, de la Constitución, en virtud de lo cual el Presidente ha dejado de ser el jefe inmediato y local de la Capital Federal y el 75, inciso 30, el que si bien conserva para el Congreso la atribución de ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital Federal, debe ser circunscripto en sus alcances sólo a la legislación que corresponda dictar sobre la ciudad en su calidad de asiento de las autoridades nacionales.

Empero, como ha indicado Badeni, la ciudad de Buenos Aires no está mencionada, junto a las provincias, en los artículos 5º (que atribuye a las provincias la potestad de dictar para sí una Constitución en los términos que fija); 121 (según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal y el reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación); 125 (atributivo a las provincias de competencia para celebrar ciertos tratados parciales y del poder de "prosperidad"); 126 (enumerador de los poderes prohibidos a las provincias) y 128 (que constituye a los gobernadores en agentes naturales del Gobierno Federal para el cumplimiento de la Constitución y leyes de la Nación). A lo cual se debería sumar la no mención de la Ciudad en el artículo 75, inciso 12, para dejar a salvo la competencia de sus tribunales respecto de la aplicación de los Códigos de fondo y el empleo, por el artículo 129, del término Estatuto Organizativo para referirse a la norma base de sus instituciones.

Por otra parte, el propio artículo 129, antes transcripto, previó que el Congreso dictará una ley de garantías de los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación, circunstancia cumplida con el dictado de la ley 25488.

Esta ley fija como principios fundamentales la conservación por la Nación de todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires; la titularidad por aquélla de todos los bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones y la regulación del Gobierno Autónomo de la ciudad de Buenos Aires por las instituciones locales que establezca el Estatuto Organizativo que se dicte al efecto (artículos 1º y 4º).

Y en ese marco la norma dispuso que corresponderán a la Nación y a la Ciudad de Buenos Aires las siguientes jurisdicciones y potestades:

a) continúan bajo jurisdicción federal todos los inmuebles sitos en la ciudad de Buenos Aires, que sirvan de asiento a los poderes de la Nación así como cualquier otro bien de propiedad de la Nación o afectado al uso o consumo del sector público nacional;

b) la ciudad de Buenos Aires será continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la legislación nacional y municipal vigente en la ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el artículo 129 de la Constitución Nacional, seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda.

c) el Gobierno Nacional seguirá ejerciendo, en la ciudad de Buenos Aires, su competencia en materia de seguridad y protección de las personas y bienes, continuando

la Policía Federal Argentina con sus funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, bajo la dependencia orgánica y funcional del Poder Ejecutivo Nacional; sin perjuicio de los convenios que se puedan suscribir que el Estado Nacional brinde la cooperación y el auxilio que le sean requeridos para garantizar el efectivo cumplimiento de las órdenes y disposiciones emanadas de los órganos de gobierno de la ciudad de Buenos Aires.

d) la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación.

e) la ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.

f) el Estado Nacional se reserva la competencia y la fiscalización, esta última en concurrencia con la ciudad y las demás jurisdicciones involucradas, de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires.

g) el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado Nacional.

h) la ciudad de Buenos Aires dispondrá de los recursos financieros que determine su Estatuto Organizativo con sujeción a lo que establecen los incisos b), c), d) y e) del artículo 9° de la Ley 23548.

i) la administración presupuestaria y financiera de la ciudad de Buenos Aires se regirá por su propia legislación y su ejecución será controlada por sus organismos de auditoría y fiscalización.

j) la ciudad de Buenos Aires podrá celebrar convenios y contratar créditos internacionales con entidades públicas o privadas siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no se afecte el crédito público de ésta, con la intervención que corresponda a las autoridades del Gobierno de la Nación.

Por su lado, los representantes de la ciudad de Buenos Aires, reunidos en Convención Constituyente, el primero de octubre de 1996, sancionaron, como estatuto organizativo de la Ciudad, la Constitución que actualmente rige en ésta, siendo de destacar que la Asamblea referida emitió una Declaración de Autonomía, en la cual, entre otros puntos, se contiene el rechazo por inconstitucionales de las limitaciones establecidas por las leyes 24588 y 24620 a las facultades de legislación y jurisdicción de la Ciudad.

Todas las normas enunciadas configuran un plexo complejo que se muestra como resultado de las corrientes políticas encontradas que gravitaron en su génesis, y cuya solución, de actualizarse los conflictos que subyacen, corresponderá, en su caso, a la Justicia. En la causa "Gauna"[69] en la que se discutió la competencia para formalizar la primera convocatoria al electorado porteño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció a favor de las pretensiones nacionales y consideró que el decreto 653/96, del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y el artículo 105, inciso 11, de la Constitución de la Ciudad y su cláusula transitoria novena, contradecían el artículo 129 de la Constitución Nacional y las leyes 24588 y 24620 (de convocatoria electoral). Esta tendencia, sin embargo, fue iniciada por un tribunal cuya composición ha variado sustancialmente en la actualidad.

[69] CSJN, 07/05/1997, "Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial 29-3-97", Fallos: 320:875.

9. Regionalismo

La región ha sido definida como "un área territorial caracterizada por elementos que le confieren cierta homogeneidad" (Poviña).

Claro que la definición, si bien ayuda, no constituye sino una guía orientativa para el acercamiento al concepto, que sólo adquirirá color una vez que se determine cuáles pueden ser tales elementos y qué grado de homogeneidad deberán reunir.

Rosatti señala que para la determinación de los elementos pueden seguirse los siguientes criterios:

a) Geográfico: en el que la región es la resultante de cierta uniformidad geofísica;

b) Económico: en el que prima la vocación económica preponderante, derivada de una similitud en las estructuras de producción, o en la homogeneidad de los modelos de consumo, o la preeminencia de un recurso natural, o la pareja especialización en la mano de obra, etc.

c) Sociológico: cuando la región constituye la expresión localizada de un singular conjunto de ideas, creencias, sentimientos y costumbres.

d) Jurídico: la región como producto de la división territorial generada por un acto de poder estatal normativo.

A su vez, la creación jurídica regional puede obedecer a:

d.1.- Una disposición constitucional (caso de España, Título VIII, Capítulo III, arts. 143 a 158 e Italia, Parte Segunda, Título V; arts. 114 a 133);

d.2.- Una determinación legal infraconstitucional (v.gr. la Ley argentina 16964 del año 1966).

También, desde el criterio jurídico, es posible clasificar las regiones según se trate de:

d.3.- Región en sentido plenario, como forma de descentralización política dotada de autonomía (casos de España e Italia);

d.4.- Región en sentido particular, estructurada para fines limitados (como, veremos, lo será la regionalización argentina).

Luego de esta breve introducción, nos abocaré al análisis de la reforma introducida a la Constitución argentina en 1994, por la que se agregara el instituto regional.

9.1 Las regiones en la reforma constitucional de 1994

El artículo 124 de la Constitución Nacional expresa que "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines.....; con conocimiento del Congreso Nacional…".

El tipo de regionalismo consagrado por esta norma difiere del establecido en países como España o Italia, dado que no constituye una variante de descentralización *política* de base territorial.

En efecto, no cabe inferir de la norma el establecimiento de una nueva estructura política de poder, intercalada entre el Estado nacional y las Provincias. Las competencias federales y provinciales se mantienen incólumes y el fin último de la región resulta ser, según la letra del artículo, el desarrollo económico y social.

Un convencional, representante de una de las dos fuerzas partidarias mayoritarias que consensuaron la Reforma explica que concibe "la regionalización sólo para el desarrollo económico y social. Pienso que no se deben afectar las facultades autonómicas de las provincias ni de los municipios y que no se puede crear otro orden de gobierno, como ocurre en otros países que, siendo unitarios, buscan Estados federo-regionales, por ejemplo Italia, España o Israel. No es el caso de la realidad argentina. Estamos pensando en la posible reunión de regiones que tengan en cuenta aspectos culturales, económicos y sociales. Estamos pensando en la promoción de economías regionales.... No en una nueva instancia burocrática ni en legislaturas regionales o algo por el estilo" (Hernández).

La cláusula constitucional en definitiva aprobada, da cuenta que se siguió el criterio esbozado por Hernández.

Si se centra la atención en la disposición constitucional, se observará que la región está concebida potencialmente, dependiendo para su existencia de una decisión que atañe a las provincias. El constituyente no las impone, sólo ha enunciado que es factible su conformación, pero ello depende de una determinación ajena a su voluntad.

En el básico esquema jurídico clasificatorio al que he aludido, las regiones del art. 124 resultan de existencia prevista por el constituyente, es decir, en este aspecto su jerarquía es máxima, pues cuentan con rango constitucional. Desde el punto de vista de la finalidad que persiguen, su objeto es parcial, limitado a la concreción de logros económicos y sociales. En consecuencia, no se trata de regiones en sentido plenario.

Ello queda claro, desde el momento en que la disposición constitucional autoriza el establecimiento de órganos regionales, pero acotados al "cumplimiento de sus fines".

Puede deducirse de ésto que, al menos en principio, no serían regiones ajustadas al texto constitucional aquéllas que estableciesen órganos políticos comunes supraprovinciales, con atribuciones superiores a las de la Legislatura, Ejecutivo y Judicial local.

Sin embargo, no puede soslayarse que, por imperio del conservado art. 13 constitucional, es posible la conformación de una sóla provincia como consecuencia de la reunión de varias, siempre y cuando exista consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso Nacional.

En definitiva, si varias provincias decidieran conformar una sola, unificando sus Poderes orgánicos y persiguiendo como objeto el desarrollo económico y social estarían, de hecho, dando vida a una región. Claro que para ello, dependerían no sólo de sus propias voluntades, sino también, como preceptúa el art. 13, del consentimiento federal.

En cuanto al factor o elemento aglutinante, la norma constitucional no establece límites. A mi entender, en consecuencia, las provincias podrán crear regiones atendiendo a criterios de cercanía geográfica, a factores económicos complementarios o afines, a razones de índole sociológica, etc. El único requisito impuesto por el constituyente es el de la finalidad: toda y cualquier región deberá apuntar al desarrollo

económico-social. El fin perseguido es vasto, y vastas son, por ende, las modalidades a través de las cuales resultará posible, de algún modo, alcanzarlo.

Si bien del art. 124 surge con claridad que quienes pueden crear regiones son las Provincias, cabe preguntarse si el Gobierno Federal cuenta con la atribución de instar a su conformación, o bien si puede resultar co-firmante del acuerdo por el cual se las crea.

Esta reflexión no es gratuita, pues el art. 75 inc. 19, al enunciar las atribuciones del Poder Legislativo Federal dispone entre éstas el "Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y *regiones.* Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen".

A nuestro modo de ver, la transcripta cláusula -agregada por la reforma de 1994- alude a las regiones que en el futuro se formen. Respecto de éstas, concierne al Congreso promover políticas que tiendan a un desarrollo similar entre sí y en relación con las provincias. Cabe aquí aclarar que el precepto refleja preocupación por una realidad argentina evidente que permite dividir al país en provincias pobres y provincias ricas, con marcadas diferencias de bienestar, salud, condiciones de trabajo, etc. entre ambas.

Nada impide que el Congreso Federal proponga o inste a un conjunto de Provincias a conformar una región, cuando entienda que con ello proveerá al mejor desarrollo nacional. Esta propuesta, no obstante, no resultará vinculante para las provincias aludidas, únicas e irremplazables en su potestad de conformar regiones.

Asimismo, asiste al Congreso, en su calidad de diseñador de las políticas aludidas en el art. 124, la facultad de solicitar a aquellas Provincias que conformen regiones, la adopción de un regionalismo de coordinación o concertación con el gobierno federal. Ello contribuirá al mentado fin del desarrollo nacional igualitario.

La vía más idónea para llevar adelante eventuales regionalizaciones, parece ser la del tratado interprovincial. Esta modalidad preexiste al regionalismo, encontrándose prevista en el antiguo art. 107, hoy 125, de la Constitución. La norma aludida faculta a las provincias a celebrar tratados parciales, lo que ha sido tradicionalmente interpretado como potestad para acordar sobre asuntos de competencia exclusiva de las provincias.

Atento a que el art. 125 establece como atribución provincial la conformación de regiones, al firmarse un acuerdo que cree determinada región no se estará sino celebrando un tratado sobre una materia de competencia provincial.

La Constitución sólo exige que la creación regional sea puesta en conocimiento del Congreso Federal. Consideramos que poner en conocimiento no significa solicitar su aprobación. Tratándose de una facultad de las provincias, no corresponde -salvo disposición expresa en contrario de la Constitución- que las autoridades federales la autoricen (en contra: Bidart Campos).

En síntesis, las futuras regiones que las provincias decidan instituir por su propia voluntad, reconocen como único requisito federal su orientación hacia el desarrollo económico y social. Los órganos que se creen en el marco regional, no serán políticos, en el sentido de ejercer las clásicas atribuciones de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo, sino que se hallarán incardinados exclusivamente al logro del objetivo señalado. Siempre, cabe remarcarlo, con respeto a las pautas fundamentales del federalismo de concertación, única vía para el alcance de los ideales preambulares,

abarcativos, sin dudas, de los que el constituyente estatuyó como propios del regionalismo.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Alberdi, Juan Bautista, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Buenos Aires, 1981.
2. Alberdi, Juan Bautista, Derecho Público Provincial. Buenos Aires, 1956.
3. Badeni, Gregorio, Reforma Constitucional e Instituciones Políticas, Buenos Aires, 1994.
4. Berardo, Rodolfo, Instituciones de Derecho Público Provincial -El Federalismo Argentino, Buenos Aires, 1981.
5. Bidart Campos, Germán, Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1968.
6. Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1995.
7. Burdeau, Georges, Traité de science poltique, Paris, 1966-1971.
8. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, t. I, 6ta edición actualizada, Buenos Aires, 1998.
9. Comadira, Julio R., Acto Administrativo Municipal, Buenos Aires, 1992.
10. Comadira, Julio R., Aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos y su Reglamentación en las Fuerzas Armadas, ED 100-956.
11. Creo Bay, Horacio, Recurso Extraordinario por salto de instancia, Buenos Aires, 1990.
12. Creo Bay, Horacio, Autonomía y Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995.
13. Cueto, Walter J., La representación legislativa en las Constituciones provinciales, en Derecho Público Provincial, (obra colectiva), t. II, Buenos Aires, 1991.
14. Estrada, José M., Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1927.
15. Frías, Pedro J., El Federalismo Argentino- Introducción al Derecho Público Provincial, Buenos Aires 1980.
16. García Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Madrid, 1964.
17. Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2004.
18. Giuliani Fonrouge, Carlos M., Derecho Financiero, Buenos Aires, 1962.
19. Giunta, María L., El proceso de formación de las leyes en las Constituciones Provinciales, obra colectiva D*erecho público provincial,*T. II, Buenos Aires, 1991.
20. Giunta, María L., Las atribuciones del Poder Legislativo en las nuevas Constituciones Provinciales, obra colectiva Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1991, t. II.
21. Gonzalez, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, 17ª edición, Buenos Aires.
22. Gordillo, Agustín, La Administración Local Argentina, en la obra colectiva "Derecho Municipal Iberoamericano", Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.
23. Heller, Hermann, La Soberanía, México, 1965.
24. Hernández, Antonio M., El fortalecimiento federal*,* en la obra colectiva "Reforma Constitucional"*,* Buenos Aires, 1994.

25. Jellinek, Georg, Teoría General del Estado, Buenos Aires, 1981.
26. Jeze, Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1949.
27. Linares Quintana, Segundo V., Gobierno y Administración de la República Argentina, Buenos Aires, 1959.
28. Linares Quintana, Segundo V., Teoría e Historia Constitucional, Buenos Aires, 1958.
29. Madison James, en El Federalista, México, 1957.
30. Marienhoff, Miguel S., La supuesta autonomía municipal, LL 1990-B, 1015.
31. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1990, t. I.
32. Mayón, Carlos Alberto, El liderazgo político del presidente, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nºs. 34, 35 y 36.
33. Meilán Gil, José Luis, La articulación de los ordenamientos estatal y autonómico, en Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, 1989.
34. Oyhanarte, Julio, Poder Político y Cambio estructural en la Argentina, Buenos Aires, 1967.
35. Parejo Alfonso, Luciano, La autonomía local, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nro. 229.
36. Perez Guilhou, Dardo, El Ejecutivo en las Constituciones provinciales, obra colectiva Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1991.
37. Perez Guilhou, Dardo, Sujetos y Fuerzas participantes en la Elaboración de la Ley, obra colectiva Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1991, t. II.
38. Pérez Hualde, Alejandro, El Poder Judicial: Fortaleza y Debilidad, obra colectiva Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1991, t. II.
39. Poviña, Alfredo, Tratado de sociología, Buenos Aires, 1977, citado por Horacio Rosatti, en El Federalismo en la Reforma, Capítulo de la obra Colectiva la Reforma de la Constitución, Santa Fe, 1994.
40. Proudhon, Du principe féderative, París, 1921.
41. Quiroga Lavié, Humberto, Estudio analítico de la Reforma Constitucional. Buenos Aires, 1994.
42. Rivarola, Rodolfo, Diccionario manual de Instrucción Cívica y práctica constitucional argentina. Forma representativa, republicana, federal.
43. Sagüés, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1993.
44. Scelle, George, Precís de droit des gens, París, 1932/34.
45. Seisdedos, Felipe, Inmunidades parlamentarias y Comisiones Investigadoras en las Constituciones Provinciales, obra colectiva Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1991, t. II.
46. Vanossi, Jorge, El federalismo argentino: teoría y práctica, ED 116-969.
47. Vanossi, Jorge, Teoría Constitucional, Buenos Aires, 1975, t. I.
48. Vergotini, Giuseppe, Derecho Constitucional Comparado; Madrid, 1985.
49. Zarini, Helio Juan, Análisis de la Constitución Nacional, Buenos Aires 1991.
50. Zavalía, Clodomiro, Lecciones de Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1937.
51. Zuccherino, Ricardo Manuel, Tratado de Derecho Federal, Estadual y Municipal, Buenos Aires, 1991.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA
HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo VII

La organización administrativa argentina: Administración Nacional Centralizada y Descentralizada[1]

1. Poder Ejecutivo nacional

1.1 Introducción

Nuestra Constitución Nacional dispone, en su artículo 87, que el Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".

A su vez, en el artículo 99, referido a sus atribuciones, se establece, en el inciso 1, que es el "jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país".

En doctrina se ha discutido si el Poder Ejecutivo constituye un órgano unipersonal o colegiado en atención a que, en el mismo texto fundamental, se alude al vicepresidente (arts. 88 a 92), al Jefe de Gabinete de Ministros y a los demás ministros del Poder Ejecutivo (arts. 100 a 107).

Por nuestra parte, coincidimos con Escola en el sentido de que el Poder Ejecutivo es de carácter unipersonal representado por el órgano presidente de la Nación, aunque en el ejercicio de sus funciones coadyuvan órganos de inferior jerarquía (Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios de Estado, etc.).

Es decir que, como recuerda el autor citado, administrativamente, el órgano presidente de la Nación deviene en un órgano complejo, organizado jerárquicamente, con el fin de cumplir con su amplio cometido.

1.2 Atribuciones del Presidente la Nación

En virtud de la reforma constitucional de 1994, y según se desprende del artículo 99, el presidente de la Nación titulariza tres jefaturas:

a) La Jefatura del Estado -jefatura de la Nación dice la norma- en virtud de la cual el Presidente representa al país en el orden nacional e internacional, expresando su unidad como persona jurídica, según explica Bidart Campos;

b) La Jefatura del Gobierno, la cual significa que el Presidente, en cuanto titular de esa jefatura, es, también, jefe de la Administración Pública y titular de la función administrativa;

c) La Jefatura de las Fuerzas Armadas, en su condición de Comandante en Jefe de éstas.

[1] Es autor de los puntos 1 a 5, 7 y 8 Julio Rodolfo Comadira. El punto 6, actualizado por Julio Rodolfo Comadira, corresponde a Héctor Jorge Escola.

Ahora bien: para el ejercicio de estas jefaturas la Constitución le asigna al Presidente de la Nación poderes, facultades y atribuciones, es decir, una competencia que surge expresa de los diversos incisos del citado artículo 99 de la Constitución Nacional y de otras cláusulas constitucionales, razonablemente implícita de tales textos expresos e inherente a la sustancia o esencia del propio órgano, todas interpretadas en el marco del principio de especialidad y con arreglo, correlativamente, a las limitaciones también expresas, implícitas o, incluso, inherentes, que resulten de la Constitución.

La competencia expresa asignada por el artículo 99 de la Constitución al Presidente de la Nación es la siguiente:

1. Expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (reglamentos ejecutivos, art. 99 inc. 2).

2. Participar de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, promulgarlas y hacerlas publicar (art. 99, inc. 3).

3. Dictar decretos de necesidad y urgencia solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros (reglamentos de necesidad y urgencia, art. 99, inc. 3).

4. Nombrar los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto; y nombrar los demás jueces de los tribunales federales inferiores sobre la base de una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos (art. 99, inc. 4).

5. Indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados (art. 99, inc. 5).

6. Conceder jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación (art. 99, inc. 6).

7. Nombrar y remover a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 7).

9. Nombrar y remover al Jefe de Gabinete de Ministros y a los demás ministros del despacho; a los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma por la Constitución (art. 99, inc. 7).

10. Hacer anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes (art. 99, inc. 8); y prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso, o convocar a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera (art. 99, inc. 9).

11. Supervisar el ejercicio de la facultad del Jefe de Gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales (art. 99, inc. 10).

12. Concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibir sus ministros y admitir sus cónsules (art. 99, inc. 11).

13. Ejercer el Comando en Jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (art. 99, inc. 12); proveer los empleos militares de la Nación, con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de aquellas Fuerzas; y por sí solo en el campo de batalla (art. 99, inc. 13); disponer de las Fuerzas Armadas, y correr con su organización y distribución según las necesidades de la Nación (art. 99, inc. 14).

14. Declarar la guerra y ordenar represalias con autorización y aprobación del Congreso (art. 99, inc. 15).

15. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el art. 23. (Art. 99, inc. 16).

16. Pedir al Jefe de Gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos (art. 99, inc. 17).

17. Llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura (art. 99, inc. 19).

18. Decretar la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento (art. 99. inc. 20).

Atribuciones que surgen de otras cláusulas constitucionales, son, por ejemplo, la de dictar reglamentos delegados (artículo 76) o la de vetar las leyes (artículo 80); razonablemente implícitas las de derogar los reglamentos que dicte o imponer sanciones no expulsivas a los agentes públicos, derivables de las cláusulas expresas que autorizan al dictado de aquéllos o a la remoción de éstos (artículo 99, incisos 2 y 3, y 7, respectivamente); inherentes las de dictar reglamentos autónomos o revocar sus propios actos nulos, en tanto poderes propios de la naturaleza o esencia de las funciones asignadas.

Todas las atribuciones son, a su vez, encuadrables en el marco de las jefaturas otorgadas. Así, por ejemplo, en virtud de la jefatura del Estado el Presidente declara la guerra, o concluye y firma tratados y otras negociaciones con organizaciones internacionales y las naciones extranjeras; en razón de la jefatura del Gobierno y de la jefatura de la Administración que ello significa, dicta reglamentos de ejecución, nombra agentes públicos o concede jubilaciones; como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas dispone de éstas. Excede el espacio de este Curso exponer y explicar circunstanciadamente la correlación que debe existir entre las funciones definidas en el capítulo 1, y las jefaturas y atribuciones antes enunciadas.

Se plantea si el Presidente puede delegar sus facultades. La Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que esa posibilidad es válida respecto de las atribuciones administrativas, pero no de las de gobierno[2] y así lo dispone actualmente el

[2] Dictámenes: 140:272 (p. I).

decreto 977/95 (artículo 12). Después de la reforma de 1994 es controvertible si la delegación, de aceptarse, se debe circunscribir al Jefe de Gabinete o si puede ser realizada directamente en los ministros. A nuestro juicio sólo podría efectuarse a favor del Jefe de Gabinete, habida cuenta la superioridad jerárquica que le asignamos a éste respecto de aquéllos, motivo por el cual estimamos de dudosa constitucionalidad la disposición de la Ley de Ministerios que habilita la delegación directamente en los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la Nación (artículo 13) (ver *supra*)

2. Jefe de Gabinete

2.1 Introducción. Atribuciones del Jefe de Gabinete

Uno de los fines perseguidos por la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994 fue atenuar el presidencialismo. Para ello, se introdujo en el plexo fundamental una figura hasta entonces desconocida entre nosotros: el Jefe de Gabinete.

Regulado por los artículos 100 y 101, al Jefe de Gabinete –quien no puede desempeñar simultáneamente otro ministerio (art. 100, inc. 13)- le corresponde "ejercer la administración general del país" (art. 100, inc. 1).

Sobre el tema de la administración general del país, toda vez que interesa particularmente al derecho administrativo, volveremos enseguida. Por eso, ahora, nos limitaremos a enunciar las atribuciones que expresamente le confiere la Constitución Nacional teniendo en cuenta aquí también, claro está, lo dicho respecto del Poder Ejecutivo al momento de analizar el alcance de sus competencias.

Además de atribuirle el ejercicio de la administración general del país, el art. 100 señala que le corresponde, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación:

1. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye el mismo artículo 100 y aquellas que le delegue el Presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera (inc. 2).

2. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente (inc. 3).

3. Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación y, en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión, en aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia (inc. 4)

4. Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del Presidente (inc. 5).

5. Enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo (inc. 6).

6. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional (inc. 7).

7. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del Presidente que promuevan la iniciativa legislativa (inc. 8).

8. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar (inc. 9);

9. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos (inc. 10).

10. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo (inc. 11).

11. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente (inc. 12).

12. Refrendar juntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente (inc. 13).

Por su parte, el art. 101 dispone que el Jefe de Gabinete de ministros deberá concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 71 (interpelación a los ministros del Poder Ejecutivo).

El mismo artículo prevé, finalmente, que puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

2.2 La cuestión relativa a la titularidad de la función administrativa en la Constitución Nacional

Uno de los puntos más importantes relativos a la figura del Jefe de Gabinete se vincula con la titularidad de la función administrativa en la Constitución Nacional luego de su reforma en 1994.

Por nuestra parte, entendemos que la titularidad de la Administración continúa, luego de la reforma constitucional, en cabeza del Presidente de la Nación, mientras que el ejercicio de dicha administración, fue *delegado impropiamente* por la Constitución al Jefe de Gabinete (Comadira y Canda).

Cuando calificamos a la delegación como "impropia", lo estamos haciendo en sentido jurídico, y de conformidad con el alcance que otorga al concepto García Trevijano Fos. De ninguna manera significa ello que entendamos que la delegación en cuestión resulte impertinente. Este autor sostiene que se trata de un instituto que se encuentra a mitad de camino entre la desconcentración y la delegación propiamente dicha. No es verdadera delegación porque viene establecida en la norma, pero tampoco es desconcentración interna, porque le falta la existencia de competencias exclusivas.

Para arribar a esa conclusión, hay que tener en cuenta que la Constitución asigna al Jefe de Gabinete el *ejercicio* de la administración general del país, pero atribuye al Presidente la responsabilidad política por ella.

Siendo así, la competencia del Jefe de Gabinete no puede ser considerada, en rigor, desconcentrada -pues en la desconcentración la responsabilidad corresponde, en principio, al órgano desconcentrado-, ni tampoco delegada en sentido propio -porque la atribución le viene, directamente, de la norma, y no de un órgano delegante-.

Ello nos lleva a sostener, entonces, que media, en el caso, una *delegación impropia*, en favor del Jefe de Gabinete, del ejercicio de la administración general del país, con preservación para el Presidente de la titularidad o jefatura de ésta.

2.3 La cuestión relativa a la relación jerárquica entre el Jefe de Gabinete y los demás Ministros

A nuestro juicio, existe relación jerárquica entre el Jefe de Gabinete y los demás ministros. Sobre este tema, tuvimos oportunidad de extendernos previamente, lugar al que nos remitimos, sin perjuicio de mencionar, aunque sea someramente, las ideas centrales que, en su momento, nos llevaron a concluir en ese sentido.

En efecto, la relación jerárquica surgiría de la misma Constitución Nacional:

a) Tal como se consignó en el punto anterior, así como antes de la reforma, el Presidente, en tanto jefe o titular de la Administración, era superior jerárquico de los Ministros, ahora el desprendimiento (*delegación impropia*) del ejercicio de esa administración general en favor del Jefe de Gabinete, coloca a éste, en ese aspecto, como una nueva instancia jerárquica entre los Ministros y el Presidente.

b) De igual manera, si con anterioridad a la reforma el ejercicio de la administración implicaba, entre otras atribuciones, la de controlar la legitimidad y oportunidad del actuar de la Administración central -que los Ministros integran- no resultaría coherente sostener que, ante idéntico ejercicio, delegado ahora constitucionalmente en el Jefe de Gabinete, aquella función ha desaparecido o se encuentra cercenada.

Así como con anterioridad a 1994, el Ejecutivo era competente, por ejercer la administración general del país, para resolver los recursos jerárquicos interpuestos contra actos emanados de Ministros, en la actualidad el Jefe de Gabinete, que ha recibido como facultad propia tal ejercicio, posee atribuciones suficientes para resolverlos.

c) También la potestad reglamentaria, constitucionalmente conferida al Jefe de Gabinete, viene en apoyo de la tesis que sostenemos.

Dicha potestad, hasta 1994 reservada, en principio, con exclusividad al Presidente, ha sido delegada, parcialmente, en favor del jefe del gabinete ministerial.

Se trata de una facultad con la que no contaron, ni cuentan, los Ministros en tanto potestad propia. Para ellos persiste, inclusive, la prohibición de adoptar resoluciones por sí mismos, excepto en lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos Departamentos.

El poder reglamentario del Jefe de Gabinete abarca a las distintas materias ministeriales, pues la norma constitucional dispone que los reglamentos precisarán el refrendo del Ministro del ramo al cual el acto se refiera.

Ello confirma las facultades del Jefe de Gabinete en materias atinentes a los ramos de los distintos ministerios, propias de quien detenta una potestad jerárquica pues, como ha señalado Méndez, la potestad reglamentaria emana de la primacía jerárquica.

Se justifica, así, por la diferente entidad que posee, que los actos emanados del Jefe de Gabinete en ejercicio de atribuciones propias o delegadas por el Presidente, reciban la denominación de "decisiones administrativas", diferenciándose -en esencia y jerarquía- de las resoluciones ministeriales.

d) La mayor jerarquía se evidencia, asimismo, en las facultades de índole presupuestaria y financiera que la Constitución otorga al nuevo órgano y que, con anterioridad, sólo competían al Presidente.

Lo afirmado se ha visto plasmado en distintas disposiciones presupuestarias, que establecen facultades en favor del Jefe de Gabinete de Ministros, que lo colocan claramente, en sentido jerárquico, sobre éstos.

e) Fuera de las mencionadas, otras cláusulas constitucionales corroboran tal jerarquía. Por ejemplo:

-el nombramiento de funcionarios y empleados de toda la Administración -es decir, también de los distintos ministerios-, con excepción de aquellos cuya designación compete al Presidente;

-el carácter de "jefe" de los Ministros;

-es el único mencionado constitucionalmente como posible recipendiario de una delegación directa;

-en ausencia del Presidente, preside las reuniones de gabinete;

-debe refrendar determinados actos de indudable importancia institucional;

-debe tener intervención personal en el proceso de elevación de los decretos de necesidad y urgencia;

-es responsable ante el Congreso por la marcha del gobierno, con un carácter ciertamente distinto al de los Ministros, pues puede ser objeto de una moción de censura y resultar removido.

En conclusión, podemos mencionar que, a nuestro juicio, el Jefe de Gabinete, en tanto destinatario de una *delegación impropia*, ejerce la administración general del país -conservando la titularidad el Poder Ejecutivo como responsable político-, con jerarquía sobre los demás ministros.

Respecto de la posibilidad de que el Jefe de Gabinete delegue sus propias competencias en los ministros, cabe realizar la misma consideración que hiciéramos acerca del Presidente, de modo que, con la previa autorización de éste, a quien le compete la titularidad de la función administrativa, aquélla sería aceptable en relación con las que se estimen administrativas.

Cabe consignar que el decreto 977/95 prevé, en su artículo 14, la posibilidad de que el Jefe de Gabinete delegue en los ministros y secretarios de su jurisdicción las atribuciones relativas al régimen económico-financiero y de administración de recursos

humanos relacionadas con sus respectivos Departamentos, y contempla, asimismo, la autorización para que aquéllos, a su vez, subdeleguen en ciertos funcionarios. Esta disposición no se ajusta, a nuestro modo de ver, a la Constitución porque según el artículo 103 de ésta la competencia cuya delegación autoriza el decreto corresponde, en realidad, al ámbito propio de los ministros (según la cláusula citada los ministros pueden tomar por sí solos resoluciones relativas al régimen económico y administrativo de sus Departamentos).

3. Órgano ministerio

El ministerio es un órgano de rango constitucional que integra el Poder Ejecutivo y que, después de la reforma constitucional de 1994, depende, a nuestro juicio, del Jefe de Gabinete aunque la relación jerárquica con éste no sea de la índole de las que la doctrina llama *total* (Méndez).

El ministerio es un órgano unipersonal y complejo, como el propio Poder Ejecutivo, pues su titularidad corresponde a una sola persona física, el Ministro, y porque funcionan en su ámbito, otros órganos que, a su vez, lo integran. La Constitución no fija actualmente el número de ministerios (como lo hacía la vigente hasta 1994).

En el plano constitucional corresponden a los ministros, órganos *individuos* o personas titulares del ministerio, cuatro órdenes de competencias:

a) como secretarios del Poder Ejecutivo y, en su caso, del Jefe de Gabinete.

En este carácter tienen a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendan y legalizan los actos del Presidente por medio de su firma, sin la cual carecen de eficacia (artículo 100, primer párrafo).

La firma ministerial es, pues, una forma esencial del acto, pero, como explica Escola, siendo una condición formal no se vincula nunca a la sustancia de aquél, ni convierte al acto así dictado en un acto efectuado por voluntades iguales, ya que siempre prevalece la del Presidente, que es quien lo emite, por sobre la del ministro o de los ministros que lo refrendan. El refrendo, sin embargo, compromete la responsabilidad del ministro que lo efectúa (art. 102 de la Constitución).

Los ministros también refrendan los actos y reglamentos que dicte el Jefe de Gabinete para el ejercicio de sus facultades y aquéllas que le delegue a éste el Presidente (artículo 100, inciso 2).

b) como integrantes del órgano colegiado *gabinete* de ministros.

Desde cierta perspectiva se trataría, en rigor, de una modalidad de la actuación secretarial respecto del Presidente o, en su caso, del Jefe de Gabinete, que aislamos, sin embargo, en su exposición, en atención a que, después de la reforma de 1994, la Constitución se refiere, expresamente, al *acuerdo general de ministros* (artículo 99, inciso 3, tercer párrafo) o a los *acuerdos o reuniones de gabinete* (artículo 100, incisos 4 y 5).

La Constitución exige, en efecto, en relación con ciertas decisiones del Poder Ejecutivo que éstas sean adoptadas en acuerdo general de Ministros (dictado de los decretos de necesidad y urgencia, art. 99, inciso 3) y también algunas del Jefe de

Gabinete (las que adopte en las materias que le indique el Poder Ejecutivo, art. 100, inciso 4).

El decreto 977/95 determina que el Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros secretarios, los Secretarios de la Presidencia de la Nación y entre los Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros los que el Jefe de Gabinete designe, constituyen, en conjunto, el Gabinete Nacional (artículo 2º).

c) como jefes de los Departamentos a su cargo.

En esta condición adoptan, por sí solos, todas las resoluciones concernientes al régimen económico y administrativo de sus respectivos Departamentos (artículo 103 de la Constitución).

En cuanto a la naturaleza de los actos que dicta el ministro en esta materia, entendemos que, la generalidad con la cual está concebido el texto constitucional, habilita a concluir en que aquellos pueden ser, técnicamente, administrativos en el sentido que oportunamente explicamos, y en que, por tanto, pueden afectar derechos de terceros.

d) como intermediario en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso.

Sin perjuicio de las competencias especiales que, en este aspecto, confiere la Constitución al Jefe de Gabinete (v.gr. arts. 100, incisos 11 y 13, y 101), la Norma Fundamental, establece, en efecto, como expone Escola, tres tipos de relación con el Congreso: *a*) el llamamiento de uno o varios ministros por cada Cámara, para que concurran a su sala a efectos de proporcionar explicaciones e informes, y que es denominado "interpelación". En estos casos, la concurrencia de los ministros es obligatoria. *b*) la concurrencia espontánea de los ministros a las sesiones del Congreso, participando en los debates, pero sin voto (art. 106), y *c*) la presentación obligatoria, por cada ministro, de una memoria detallada del estado del país, en lo relativo a los negocios de su departamento (art. 104).

Ahora bien: la reglamentación legal de las competencias de los Ministros, de acuerdo con el mandato constitucional, la realiza la Ley de Ministerios.

La actualmente en vigencia enuncia, en ese sentido, cuáles son las competencias que a éstos les corresponden tanto como integrantes del Gabinete Nacional (artículo 4º, inciso a) como, en general, en el área de sus competencias (artículo 4º, inciso b) y, en especial, las que les asisten, a cada Ministerio en particular, según las materias asignadas, para asistir al Presidente de la Nación (artículos 16 al 23 *quáter*).

Las competencias que asigna la Ley de Ministerios a cada uno de éstos para asistir al Presidente en las diversas materias (artículos 16 a 23) no los habilita para adoptar, por sí solos, decisiones respecto de ellas. Esta circunstancia no obsta, sin embargo, para que el Presidente les delegue competencias no privativas, ni para que las leyes les atribuyan también competencias específicas, sin comprometer los poderes del Presidente.

La Ley de Ministerios preceptúa, en su artículo 14, que los Ministros pueden delegar la resolución de asuntos relativos al régimen económico y administrativo de sus respectivos Departamentos en los funcionarios que determinen conforme con la organización de cada área; y, por su lado, el artículo 2º del Reglamento de Procedimientos Administrativos faculta a los Ministros, a los Secretarios de la Presidencia de la Nación y a los órganos directivos de los entes descentralizados a delegar facultades en sus inferiores jerárquicos, consagrando, así, con carácter genérico,

la norma que para la procedencia de la delegación exige el artículo 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Finalmente, procede destacar que los ministros, en el ejercicio de sus funciones, pueden incurrir en responsabilidad política, penal, administrativo patrimonial (por los daños ocasionados al Estado); administrativo disciplinaria y civil en relación con los administrados por los daños ocasionados a éstos.

4. Secretarías y Subsecretarías Ministeriales y Secretarías de la Presidencia de la Nación.

Con el fin de soslayar la limitación constitucional al número de ministros, a partir de 1958, con la ley 14439 se creó la figura de las secretarías de Estado, atribuyéndoseles jerarquía ministerial. Sin embargo, los secretarios de Estado no podían ser constitucionalmente asimilados a los ministros, ni tener su jerarquía; a tal punto que autores como Bielsa los denominaron en su momento "ministros de segunda clase", "de uso interno" (Escola).

Como también explica Escola este órgano de naturaleza híbrida era de jerarquía inferior al ministro y respondía a una forma de desconcentración de actividades. Su origen era legal y su competencia atribuida por reglamentos. Así, verbigracia, en algunas leyes de ministerios los ministros podían proponer al Poder Ejecutivo la creación de secretarías y subsecretarías de Estado dentro del área de su jurisdicción, cuando lo estimaran conveniente. Ciertas leyes de ministerios, si bien eliminaron la figura de los secretarios de Estado, mantuvieron la de los subsecretarios de Estado, que era más tradicional.

En la Ley de Ministerios vigente[3] se contempla la posibilidad de que los ministros propongan al Poder Ejecutivo Nacional la creación de las Secretarías o Subsecretarías que estimen necesarias de conformidad con las exigencias de sus respectivas áreas de competencia, y se prevé que las funciones de éstas se fijen por decreto (artículo 8º). La norma legal no las nomina como Secretarías de Estado, ni les asigna tampoco jerarquía ministerial.

A su vez, el artículo 9º de la ley citada determina que las tareas necesarias para posibilitar la actividad del Presidente de la Nación serán atendidas por diversas Secretarías Presidenciales, a las que asigna la función de asistir al Poder Ejecutivo en forma directa.

Por su parte, el artículo 10 establece, además, que el Poder Ejecutivo determinará las funciones específicas de cada secretaría presidencial y que sus titulares integrarán el Gabinete Nacional con funciones similares a las enunciadas a sus demás componentes; y atribuye, asimismo, rango y jerarquía de ministro a los Secretarios General y Legal y Técnico, ambos de la Presidencia de la Nación.

5. Otros órganos. La organización consultiva de carácter jurídico: la Procuración del Tesoro de la Nación.

[3] Ley 22520 –t.o. por Decreto 438/92- cuya última modificación tuvo lugar por Decreto 267/05 (BO 6/04/2005).

La Procuración del Tesoro de la Nación, máximo órgano de la organización consultiva de carácter jurídico, cuyo origen radica, en ese aspecto, en el Fiscal de Estado de raigambre española, fue creada en el año 1865 como órgano dependiente del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda, con el fin limitado, en ese entonces, de "…deducir las acciones que tenga el tesoro contra particulares y de responder a las preguntas que le hagan los empleados de la Aduana" (Follari) al decir del ministro Vélez Sarsfield en una respuesta brindada al diputado Elizalde, durante el debate de la ley de creación. Con el tiempo, sin embargo, fue incorporando progresivamente otras funciones, a diferencia del *Solicitor of the Treasury* de los Estados Unidos, al que debe su nombre (Follari).

En la actualidad, la ley 24467 dispone que la Procuración del Tesoro de la Nación es un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, cuya estructura administrativa y presupuesto están contenidos en la estructura y presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación (artículo 2º). La misma ley determina que el Procurador del Tesoro depende directamente del Presidente de la Nación; le asigna jerarquía equivalente a la de los ministros del Poder Ejecutivo y establece que ejerce sus competencias con independencia técnica (artículo 1º).

Corresponden al Procurador del Tesoro de la Nación, básicamente, las siguientes funciones:

a) Es el máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional y de la Administración Pública y Director General del Cuerpo de Abogados del Estado, órgano al que compete el asesoramiento jurídico y la defensa ante los tribunales del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la administración (arts. 1º y 2º de la ley 12954 y arts. 1º y 2º del Decreto 34952/47) y se compone de una dirección general y de las delegaciones en cada uno de los ministerios, secretarías de Estado, entidades autárquicas y demás organismos de la Administración Nacional (arts. 3º y 7º de la ley y el decreto citados, respectivamente).

El control de legalidad del accionar administrativo, ínsito en la función de asesoramiento jurídico que le compete al Cuerpo de Abogados del Estado, y a su director, el Procurador del Tesoro, fue legalmente fortalecido con la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, la cual, en su artículo 7º, inciso d), considera elemento esencial del acto administrativo al dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos, norma ésta, que la propia Procuración ha extendido en un valioso dictamen a los casos en que estuviere comprometida la hacienda pública (ver *infra*).

b) Representa y patrocina al Estado Nacional y sus entes descentralizados ante los tribunales judiciales y organismos jurisdiccionales y administrativos, nacionales o locales, cuando el Poder Ejecutivo lo estime conveniente (arts. 1º de la Ley 17516 y 66 de la Ley 24946).

El artículo 15 del Anexo III del Decreto 1116/00 le delegó, en ese sentido, la facultad de asumir la representación o el patrocinio letrado del Estado Nacional, en los procesos que tramitaren ante los tribunales judiciales o arbitrales y organismos administrativos con facultades jurisdiccionales o cuasi- jurisdiccionales, nacionales, internacionales o extranjeros y lo facultó para asumir el patrocinio letrado en idénticos procesos, en los cuales fueran parte o tuvieran interés comprometido los organismos públicos o entes comprendidos en el Artículo 6° de la Ley 25344 (administración

pública centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, fuerzas armadas y de seguridad, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales y todo ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias).

c) Audita, controla y registra los juicios de la Administración Pública Nacional (Decretos 214/91 y 1116/00).

d) Resuelve conflictos interadministrativos de naturaleza patrimonial suscitados entre organismos y entes públicos dentro de ciertos montos, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 19983 y el Decreto 2481/93.

e) Instruye sumarios administrativos en los que esté involucrado personal jerarquizado de la Administración Pública (agentes que revisten en los niveles A o B del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa o equivalentes y ejerzan un cargo con funciones ejecutivas en cualquier nivel) y cuando así lo disponga el Poder Ejecutivo (art. 7º del Decreto 467/99).

Las funciones que desempeña pueden sintetizarse del siguiente modo: asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo de la Nación; defensa de la administración cuando sea necesario; dirección y control de las defensas realizadas por los miembros del Cuerpo de Abogados del Estado; decisor, en determinados supuestos, de conflictos patrimoniales entre organismos administrativos de la Administración pública (ley 19983); instruye sumarios disciplinarios a los agentes con categoría no inferior a subdirector general o equivalente y supervisa las oficinas de sumarios de los organismos del Estado nacional, etc.

6. Organización descentralizada. Empresas y sociedades del Estado.

Fue entre la primera y la segunda guerra mundial, y más actualmente después de la segunda posguerra, cuando la situación económica y social imperante en la mayor parte de los países llevó al convencimiento y a la necesidad de que el Estado, sin dejar de cumplir sus funciones y su actividad tradicional, tuviera que inmiscuirse en el desarrollo de otras actividades, primordialmente de índole comercial o industrial, semejantes, en sus caracteres exteriores, a las que llevan a cabo los particulares.

Correlativamente, se advirtió también que todo ese nuevo accionar, así como el atinente a ciertos servicios públicos, no podía cumplirse de manera adecuada y eficiente con los sistemas organizativos hasta entonces aplicados en la administración pública, sino que era menester adoptar formas de organización lo más cercanas posibles a las utilizadas por la actividad privada, especialmente las formas societarias comunes. Ello aseguraba, sobre todo, la celeridad de decisión, y la simplificación en el actuar que los nuevos cometidos exigían imperiosamente.

Partiendo de esta base, y mediante una legislación no siempre coherente y bien estructurada, se comenzó a tratar de plasmar las nuevas formas requeridas, apareciendo, en primer lugar, las llamadas entre nosotros empresas del Estado, y más tarde las "sociedades del Estado", cuya evolución pone de manifiesto la preocupación por formas cada vez más libres y dinámicas, que paulatinamente son reabsorbidas y trabadas por coyunturas temporales, que hacen crecer la acción de un control estricto y directo del Estado.

Al tratar estas cuestiones es imprescindible señalar –para comprender acabadamente el fenómeno que ahora nos ocupa- que si las formas organizativas propias de la actividad privada y del derecho privado han invadido y en ciertos casos dominado actividades cada vez más numerosas del Estado, ello no significa, en modo alguno, que la administración pública, apartándose del cometido que le es propio, se haya lanzado a competir abiertamente con los particulares, contraviniendo el conocido y tan mentado principio de subsidiariedad.

Esta idea, indudablemente errónea, llevaría y ha llevado a resultados sumamente perniciosos, los cuales tampoco se solucionarán adoptando una posición totalmente contrapuesta, es decir, negando la posibilidad de que el Estado tenga que asumir y cumplir actividades de tipo comercial e industrial.

De tal modo, hay que tener siempre presente que si el Estado, si la administración pública, han adoptado formas y figuras jurídicas propias del derecho privado y de la actividad particular, ello no significa en modo alguno que tenga que asumir finalidades también particulares y privadas, puesto que siendo tal administración pública, ésta sólo puede actuar para el logro de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado.

Lo que ocurre es que ese interés público, esas necesidades y esos fines, pueden ser alcanzados de manera directa e inmediata, o de manera indirecta y mediata, desenvolviéndose en este último caso una actividad que es complementaria de la anterior.

Por ello, cuando la acción es directa e inmediata, apareciendo típicamente administrativa, las prerrogativas propias del poder público surgen ostensiblemente, y el derecho público se aplica en toda su amplitud y especialidad, de manera preponderante o exclusiva.

Pero cuando la administración pública desarrolla una actividad que sólo de manera indirecta y mediata tiende a satisfacer esas necesidades y esos logros, ella estará o podrá estar regulada por el derecho privado, por lo menos en lo referente a un objeto, con más o menos amplitud, lo que no impide que en ambos supuestos la finalidad sea la misma, implicando en ambos casos un comportamiento legítimo y propio de la administración pública.

La aceptación de estas conclusiones, expuestas *in extenso* en el *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. I, n° 57 de Escola, da coherencia y justificación al sistema, y permite enfocar todas las cuestiones, más allá de lo establecido en las normas vigentes, con unidad y simplicidad.

Las empresas del Estado, organizadas a partir de la sanción de la ley 13.653, presentan las siguientes características esenciales:

1) constituyen personas jurídicas públicas estatales, teniendo, por ende, personalidad jurídica propia y capacidad suficiente para administrarse a sí mismas;

2) aplican simultáneamente tanto el derecho público, en especial el administrativo, como el derecho privado, este último en todo lo que atañe al logro de su objeto y a las actividades que para ello cumplen;

3) su objeto es la prestación de ciertos servicios públicos y la realización de actividades de carácter comercial e industrial, en cuanto estas últimas concurren de manera indirecta y mediata al logro de los fines del Estado;

4) no tienen finalidades de lucro, aún cuando puedan obtenerlo, siendo de desear, únicamente, que atiendan, de ser posible, su presupuesto con el producto de las actividades que desarrollan;

5) dependen del Poder Ejecutivo, actuando en la órbita de un ministerio o comando en jefe de las fuerzas armadas, los cuales cumplen, a su respecto, funciones de tutela administrativa;

6) su patrimonio constituye un patrimonio estatal, afectado como tal a la empresa;

7) no pueden caer en quiebra, correspondiendo al Poder Ejecutivo disponer su disolución y liquidación;

8) sus empleados no son agentes públicos, rigiéndose sus relaciones, en consecuencia, por el derecho laboral. Sin embargo, todos aquellos que se desempeñan en tareas directivas y ejecutivas superiores revisten el carácter de funcionarios públicos, y sus relaciones se hallan regidas por el derecho público aplicable;

9) están sujetas al control del Estado, si bien con modalidades especiales, previstas en las leyes aplicables en la materia;

10) las relaciones entre las empresas del Estado y la administración pública configuran relaciones de tipo interadministrativo o intersubjetivo.

Con posterioridad, y a partir de la sanción de la ley 17318, el Estado se volcó a la adopción de formas societarias propias del derecho comercial, en especial las correspondientes a las sociedades anónimas, apareciendo las sociedades anónimas con capital estatal exclusivo o mayoritario, regidas actualmente por las previsiones contenidas en los arts. 308 y siguientes de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, y otras formas semejantes, como las sociedades del Estado previstas por la ley 20.705.

Si bien una parte calificada de la doctrina ha discutido si todas esas sociedades son, o no, personas jurídicas públicas estatales, y si integran los cuadros de la administración pública, teniendo en cuenta que no son sino formas jurídicas adoptadas por el Estado para cumplir de mejor manera cometidos que le son propios, aun cuando sea de manera indirecta y mediata, resulta más aceptable y fundado el criterio que les reconoce ese carácter, y les asigna singularidades muy próximas a las expuestas respecto de las empresas del Estado.

Igual conclusión cabe a nuestro juicio, en relación con otras modalidades societarias que puede adoptar el Estado, como las sociedades de economía mixta, cuando éstas, a su vez, cumplen las condiciones generales precedentemente indicadas.

Mayor cuidado requiere la caracterización y categorización de aquellas sociedades que aun cuando cuenten con la participación, en cualquier grado, del Estado, no están destinadas al logro o consecución de finalidades que son propias de aquél y a las que debe propender.

Ello sin perjuicio, como es obvio, de lo que al respecto resulte de las disposiciones legales que sean aplicables, en cada caso.

En resumen:

a) Sociedades del Estado. Se rigen por la ley 20.705, se forman con participación exclusiva y única de capital estatal, ya sea proveniente del Estado nacional, provincial, municipal o de los organismos estatales autorizados para ello, o las sociedades constituidas por el régimen de la ley. Sus actividades son exclusivamente

industriales o comerciales o de explotación de servicios públicos. Cabe citar como ejemplo la estructura actual de la Casa de Moneda, resultante de la ley 21.662 y modificatorias.

b) Sociedades de economía mixta. Creadas por el decreto-ley 15349/46, ratificado por ley 12962. Se integran con capitales estatales y privados, y tienen por objeto satisfacer necesidades colectivas y de gestión pública. Pueden ser públicas o privadas según la finalidad que se proponga alcanzar con su constitución. Ejemplo de este tipo de sociedades es la ex SOMISA, actualmente privatizada.

c) Sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Se rigen por la ley 19550 (arts. 308 a 314), y en este caso, el capital estatal debe representar por los menos el cincuenta y uno por ciento del capital social. Como ejemplo de este tipo de sociedades podemos citar a AFNE, ELMA, SEGBA, etc. (El decreto 1783/93 aprobó respecto de AFNE el contrato de transferencia entre el Estado Nacional y la Pcia. de Buenos Aires y dispuso el cese de la intervención y el estado de liquidación. Las empresas Líneas Marítimas Argentinas y Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, fueron privatizadas después de 1989).

d) Empresas del Estado. Su régimen resulta de la ley 13.653 y sus modificatorias (leyes 14380 y 15023), se rigen por normas de derecho administrativo y de derecho privado; son entidades de derecho público, cuyo objetivo lo constituye la realización de actividades de carácter industrial o comercial o de explotación de servicios públicos. Podemos citar, entre otros, a Coviara, Encotel, Obras Sanitarias de la Nación, etc. (la Empresa Nacional de Correos y Telecomunicaciones y Obras Sanitarias de la Nación fueron privatizadas después de 1989).

7. Los entes reguladores de los servicios públicos. Remisión.

Para el análisis de los entes reguladores nos remitimos *infra*.

8. La organización financiera y el control no judicial de la Administración Pública

8.1. Introducción

Previamente nos hemos referido al fundamento y a la importancia del control de la Administración Pública en un Estado de Derecho, como así también a los requisitos que debería reunir el controlante para ser eficaz.

Pero queremos destacar, además de lo ya señalado *supra*, que la juridicidad y la ética son la savia que corre por las arterias del control, y, sin ellas, éste, en un Estado de Derecho, no sólo se vacía de contenido, sino que, además, envenena la República; y que la eficacia y eficiencia sin aquéllas es puro empirismo utilitario, mal consejero a la hora de rescatar los valores perdidos por el país.

Ahora bien, refiriéndonos específicamente al régimen jurídico positivo argentino, debemos recordar que, a partir de la ley 24156, se inaugura, entre nosotros, un nuevo marco normativo en materia de administración financiera y control del sector público nacional.

Con esta norma se buscó, según se expresa en el Mensaje que acompañó el proyecto del Poder Ejecutivo, perfeccionar el sistema republicano de gobierno, consolidar la práctica democrática, instrumentar una nueva barrera para la corrupción y generar mecanismos más transparentes para la obtención, aplicación y control del uso de los recursos públicos (Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso, punto 2 -concepción del proyecto-, 2.1.- aspectos básicos-, segundo párrafo).

A partir de una concepción sistémica, la ley configuró dos grandes sistemas: el de administración financiera y el de control.

Dentro del primero, concebido como el conjunto de elementos administrativos que intervienen en la programación, ejecución y evaluación de los procesos que posibilitan la obtención y aplicación de recursos del Estado para el cumplimiento de sus objetivos, comprendió los sistemas de presupuesto, crédito público, tesorería y contabilidad interrelacionados entre sí, a cargo, cada uno, de un órgano rector (Oficina Nacional de Presupuesto; Oficina Nacional de Crédito Público; Tesorería General de la Nación y Contaduría General de la Nación, respectivamente) coordinado por la autoridad fijada por el Poder Ejecutivo.

Y para el funcionamiento del sistema de control del sector público nacional, la ley creó la Sindicatura General de la Nación (control interno) y la Auditoría General de la Nación (control externo).

Asimismo, y sin perjuicio del sistema pergeñado por la Ley 24156, controlan la actividad de la Administración Pública Nacional, independientemente de la guarda judicial y ciudadana, la Oficina Anticorrupción, el Ministerio Público (Fiscalía de Investigaciones Administrativas) y, también, el Defensor del Pueblo de la Nación.

Es decir que, en suma, la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada esta sometida al control de:

1. Los ciudadanos, ya sea directamente en forma individual (a través del voto, por ejemplo), o a través de las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs).

2. El Poder Judicial de la Nación, del que nos ocupamos en un capítulo especial.

3. La Sindicatura General de la Nación, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional.

4. La Auditoría General de la Nación, la cual, en rigor, está concebida constitucionalmente como órgano de asistencia técnica del Congreso

5. La Oficina Anticorrupción, ubicada en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

6. El Ministerio Público -concebido como un órgano extrapoder-, en particular la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

7. El Defensor del Pueblo de la Nación.

8.2 La Sindicatura General de la Nación

El sistema de control interno ideado por la Ley 24156 está conformado por la Sindicatura General de la Nación, órgano normativo, de supervisión y coordinación, y por las Unidades de Auditoría Interna (UAI) creadas en cada jurisdicción y en las

entidades que dependan del Poder Ejecutivo, las cuales dependen, jerárquicamente, de la autoridad superior de cada organismo y actúan coordinadas técnicamente por la Sindicatura General (art. 100).

La ley 24156 crea la Sindicatura General de la Nación como órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, dependiente del Presidente de la Nación, con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera y competencia para ejercer tal control en las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los Organismos Descentralizados y empresas y Sociedades del Estado que de éste dependan, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica (artículos 96, 97 y 98).

La Sindicatura está a cargo de un funcionario con rango de Secretario de la Presidencia de la Nación, denominado Síndico General de la Nación, quien debe poseer título universitario en el área de Ciencias Económicas o Derecho y una experiencia en administración financiera y auditoría no inferior a los ocho años. Es designado por el Presidente la Nación, de quien depende directamente (arts. 108 y 109).

El Síndico General es asistido por tres (3) síndicos generales adjuntos, designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del primero, quienes lo sustituyen, en el orden de prelación que el propio Síndico General establezca, en caso de ausencia, licencia o impedimento (art. 110).

Los Síndicos Generales Adjuntos participan en la actividad de la Sindicatura en general, sin perjuicio de las responsabilidades de determinadas funciones y cometidos que el Síndico General de la Nación les atribuya conjunta o separadamente, con arreglo a la naturaleza de la materia o a la importancia o particularidades del caso. El Síndico General, no obstante la delegación, conservará en todos los casos la plena autoridad dentro del organismo y podrá avocarse al conocimiento y decisión de cualquiera de las cuestiones planteadas.

Es muy importante consignar que, según dispone el artículo 103 de la ley, la Sindicatura debe aplicar y coordinar un modelo de control integral e integrado fundado en los criterios de economía, eficiencia y eficacia.

El carácter integral significa que debe comprender los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos, de gestión y la evaluación de programas, proyectos y operaciones.

La calidad de integrado, supone, en cambio, que el control interno configura un proceso que, junto a otros, concurre en apoyo de la conducción superior de la jurisdicción o ente de que se trate. Las normas internacionales inspiradoras del nuevo modelo de control interno vigente, lo definen, precisamente, como "un proceso integrado a los procesos, y no un conjunto de pesados mecanismos burocráticos añadidos a los mismos, efectuado para el consejo de la administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar una garantía razonable para el logro de objetivos incluidos en las siguientes categorías: eficacia y eficiencia de las operaciones, confiabilidad de la información financiera y cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas." (Informe "COSO", *Committee of Sponsoring Organizations*, 1992).

El control, así concebido, puede, incluso, implicar el control previo –entendido como proceso de conclusiones no vinculantes- de la propia Sindicatura, porque, como se dice en el Mensaje de Elevación del proyecto de ley (punto 3.6), ésta debe actuar, fundamentalmente, con carácter de control preventivo, acorde con las modernas

tendencias en la materia y como orientador y coordinador de los sistemas de control interno y auditoría interna de las unidades del Sector Público Nacional.

Se ha entendido, sin embargo, que esta clase de actuación (el control previo) sólo podría derivar de una exigencia de la autoridad superior de cada jurisdicción respecto de las Unidades de Auditoría Interna. Por nuestra parte consideramos que si bien las Unidades de Auditoría Interna podrían prever el control previo de acuerdo con lo establecido por el artículo 101 de la ley, no lo podrían hacer, sin embargo, respecto de su propia intervención porque el artículo 102 consigna, por su lado, en su último párrafo, que las funciones y actividades de los auditores internos deberán mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a examen.

En la competencia de la Sindicatura para dictar y aplicar normas de control interno (artículo 104, inciso a) está incluida, pues, a nuestro juicio, como poder inherente derivado de su naturaleza o esencia como órgano, la de exigir en ellas la práctica del control previo a cargo de la Sindicatura.

Las funciones de la Sindicatura General de la Nación previstas en el art. 104 de la Ley son: dictar y aplicar normas de control interno, las que deberán ser coordinadas con la Auditoría General de la Nación; emitir y supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de auditoría interna; realizar o coordinar la realización por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones; vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la Contaduría General de la Nación; supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación; establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las Unidades de Auditoría Interna; aprobar los planes anuales de trabajo de las Unidades de Auditoría Interna, orientar y supervisar su ejecución y resultado; comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las Unidades de Auditoría Interna y acordadas con los respectivos responsables; atender los pedidos de asesoría que le formulen el Poder Ejecutivo Nacional y las autoridades de sus jurisdicciones y entidades en materia de control y auditoría; formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia; poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público; mantener un registro central de auditores y consultores a efectos de la utilización de sus servicios; ejercer las funciones del artículo 20 de la ley 23696 en materia de privatizaciones, sin perjuicio de la actuación del ente de control externo.

Se prevé, a su vez, que en los casos en que el Estado tenga participación accionaria mayoritaria en sociedades anónimas, la Sindicatura General de la Nación propondrá a los organismos que ejerzan los derechos societarios del Estado nacional, la designación de los funcionarios que en carácter de síndicos integrarán las comisiones fiscalizadoras, de acuerdo con lo que dispongan sus propios estatutos. También los propondrá al Poder Ejecutivo Nacional en los casos en que deban asignarse síndicos por el capital estatal en empresas y sociedades en que el Estado nacional, por sí o mediante sus organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, tengan participación igualitaria o minoritaria.

8.3. La Auditoría General de la Nación

La ley 24156 creó la Auditoría General de la Nación como ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional, con personería jurídica propia e independencia funcional y financiera (arts. 116) y definió como materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial y legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la Administración Central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, en su momento la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y, finalmente, los entes privados adjudicatarios de los procesos de privatización en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

La reforma constitucional de 1994, vino, posteriormente, a dar rango constitucional al ente, aunque atribuyó la competencia del control externo en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos al Poder Legislativo y dejó establecido que el examen y las opiniones de éste sobre el desempeño y situación general de la administración pública deben sustentarse en los dictámenes de la Auditoría, a la cual, por lo demás, asignó el carácter de organismo de asistencia técnica del Congreso (artículo 85 de la Constitución, párrafos primero, segundo y tercero, primera parte).

La Constitución parece, también, introducir alguna modificación respecto de la competencia del ente resultante de la ley, en tanto puso a su cargo, además de las funciones que ésta le asigna (art. 117 de la Ley), el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización y le otorgó, asimismo, la potestad de intervenir, necesariamente, en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

La Norma Suprema prevé que este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integre del modo que establezca la ley que reglamente su creación y funcionamiento, la que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

El presidente del organismo es designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Por su parte, el art. 121 de la Ley 24156 –aunque, recordamos, anterior a la reforma constitucional- prevé que la Auditoría General de la Nación esté cargo de siete (7) miembros designados cada uno como Auditor General. Seis (6) de ellos son designados por resoluciones de las dos Cámaras del Congreso Nacional, correspondiendo la designación de tres (3) a la Cámara de Senadores y tres (3) a la Cámara de Diputados, observando la composición de cada Cámara. Al nombrarse los primeros Auditores Generales se determinará, por sorteo, los tres (3) que permanecerán en sus cargos durante cuatro (4) años, correspondiéndole ocho (8) años a los cuatro (4) restantes.

Los Auditores Generales podrán ser removidos, en caso de inconducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes, por los procedimientos establecidos para su designación.

No pueden ser designados Auditores Generales personas que se encuentren inhibidas, en estado de quiebra o concursados civilmente, con procesos judiciales pendientes o que hayan sido condenados en sede penal (art. 126).

Finalmente, el control de las actividades de la Auditoría General de la Nación se pone a cargo de una Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.

8.4 La Oficina Anticorrupción

Creada en 1999 por la Ley 25233, la Oficina Anticorrupción, ubicada en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, tiene a su cargo, según la ley, la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, goza de las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley 24946 (referidos a facultades de los integrantes del Ministerio Público y del Fiscal de Investigaciones Administrativas).

Su estructura y competencias son reglamentadas por el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo 102/99 que, en primer lugar, destaca que la Oficina Anticorrupción es el organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que dentro del ámbito fijado por reglamentación se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24759.

Su ámbito de aplicación comprende a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

Está a cargo de un Fiscal de Control Administrativo, quien la preside y representa, con rango y jerarquía de Secretario, designado y removido por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

Las competencias de que gozan son las siguientes: recibir denuncias que hicieran particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto; investigar preliminarmente a los agentes a los que se atribuya la comisión de alguno de los hechos indicados (en todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Oficina Anticorrupción y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga); investigar preliminarmente a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los mencionados recursos; denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos; constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado, dentro del ámbito de su competencia; llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos; evaluar y controlar el contenido de las declaraciones juradas de los agentes públicos y las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito o incompatibilidad en el ejercicio de la función; elaborar programas de prevención de la corrupción y de promoción de la transparencia en la gestión pública; asesorar a los organismos del Estado para implementar políticas o programas preventivos de hechos de corrupción (art. 2º del citado Decreto).

A su vez, componen a la Oficina Anticorrupción la Dirección de Investigaciones, cuya función principal es fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los agentes y el debido uso de los recursos estatales, y la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, responsable de la elaboración de políticas estatales contra la corrupción en el sector público nacional.

Las Direcciones nombradas están a cargo de funcionarios con rango y jerarquía de Subsecretarios, designados y removidos por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

Cuando de las investigaciones practicadas resulte la existencia de presuntas transgresiones a normas administrativas, las actuaciones pasarán con dictamen fundado al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, a la Procuración del Tesoro de la Nación y al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, de conformidad con las competencias asignadas por el Reglamento de Investigaciones Administrativas. En ambas circunstancias, las actuaciones servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes (art. 4°). En las actuaciones en que el Fiscal de Control Administrativo considere pertinentes, la Oficina Anticorrupción podrá ser tenida como parte acusadora con facultades de ofrecer, producir o incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones. Todo ello, bajo pena de nulidad absoluta e insanable de lo actuado o resuelto según el caso.

En el ejercicio de sus funciones, los integrantes de la Oficina Anticorrupción pueden: requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales; a los organismos privados y a los particulares cuando corresponda, así como recabar la colaboración de las autoridades policiales para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, al solo efecto de prestar declaración testimonial -los organismos policiales y de seguridad deberán prestar la colaboración que les sea requerida-; requerir dictámenes periciales y la colaboración de expertos para el mejor resultado de la investigación, a cuyo fin podrán solicitar a las reparticiones o funcionarios públicos la colaboración necesaria, que éstos estarán obligados a prestar; informar al Ministro de Justicia y Derechos Humanos que la permanencia de un agente público en el cargo puede obstaculizar gravemente una investigación.

En el art. 16 del ya citado decreto se prevé que la Oficina Anticorrupción deberá elevar al Ministro de Justicia y Derechos Humanos un informe final de cada investigación que realice como así también un informe semestral y una memoria anual sobre su gestión que contenga especialmente las recomendaciones sobre reformas administrativas o de gestión que eviten que se reiteren ilícitos o irregularidades administrativas. Estos informes son públicos y deben poder ser consultados personalmente o por Internet, sin perjuicio de que el Ministro de Justicia y Derechos Humanos dispondrá, además, su publicidad por los medios de comunicación social que considere necesarios.

Finalmente, cabe recordar que, conforme lo dispuesto por el Decreto 1162/00, los funcionarios y empleados públicos comprendidos en la obligación de denunciar impuesta por el artículo 177, inciso 1, del Código Procesal Penal de la Nación, cumplen con ella poniendo los hechos en conocimiento de la Oficina Anticorrupción.

8.5 El Ministerio Público de la Nación. La Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

El Ministerio Público fue incorporado a la Constitución por la reforma de 1994, a través del artículo 120 en el cual se lo concibe como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, con la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. La cláusula constitucional dispone, asimismo, que está integrado por un Procurador General de la Nación, un Defensor General de la Nación y los demás miembros que la ley establezca, quienes gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

El art. 1° de la Ley 24946, que lo regula, determina, por su lado, que ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

Dispone también la ley citada que está compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, cuyos "jefes máximos" son el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación (arts. 2º, 33 y 51).

El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación son designados por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, previéndose, para la designación del resto de los magistrados, incluido el *Fiscal Nacional de Investigaciones,* que el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, en su caso, presenten al Poder Ejecutivo una terna de candidatos, previo concurso público de oposición y antecedentes, de la cual éste elige a uno, cuyo nombramiento requiere el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado (art. 5°).

El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación sólo pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecidos en los artículos 53 y 59 (juicio político) de la Constitución Nacional (art. 18). No obstante, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque refiriéndose en un caso al Fiscal General de Investigaciones Administrativas[4] y, en otro, a los Fiscales Generales Adjuntos[5], sostuvo que no gozan de inmunidad en los términos del artículo 53 (ex 45) de la Consitución Nacional porque los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera esa norma -entre los que no están aquéllos- , y una ley de rango inferior no puede conceder más inmunidades que las que contiene la Carta Magna. Lo contrario, afirma el Alto Tribunal, implicaría crear otras inmunidades no instituidas por los constituyentes, otorgando una garantía de ante juicio que únicamente puede conferir la Ley Fundamental.

Los restantes magistrados que componen el Ministerio Público sólo pueden ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento previsto en la ley, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie.

Corresponde, en general, al Ministerio Público las siguientes atribuciones: promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera; promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere

[4] CSJN, 24/09/1991, "Molinas, Ricardo F. c. Poder Ejecutivo Nacional", Fallos: 314:1091.
[5] CSJN, 25/11/1997, "Solá, Roberto y otros c. Poder Ejecutivo Nacional", Fallos: 320:2509.

necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales; promover la acción civil en los casos previstos por la ley; intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza; en los que se alegue privación de justicia; velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República; velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal; promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos últimos; defender la jurisdicción y competencia de los tribunales; ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquéllos fueren pobres o estuvieren ausentes; velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique su violación; intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.

En particular, nos interesa aquí, por su vinculación con el control estudiado, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, que forma parte del Ministerio Público Fiscal como órgano dependiente de la Procuración General de la Nación y está integrada por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y los demás magistrados previstos en la ley (art. 43).

El art. 45 de la ley 24946 fija como deberes y facultades del Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, las siguientes: promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga, sin perjuicio de ajustar su proceder a las instrucciones generales que imparta el Procurador General de la Nación; efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos; denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia y, en su caso, ante las Cámaras de Apelación y Casación con la intervención necesaria del Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas o de los magistrados que éste determine; la Fiscalía de Investigaciones Administrativas podrá asumir, en cualquier estado de la causa, el ejercicio directo de la acción pública, cuando los fiscales competentes antes mencionados tuvieren un criterio contrario a la prosecución de la acción; asignar a los fiscales Generales, Fiscales Generales Adjuntos y Fiscales, las investigaciones que resolviera no efectuar personalmente; ejecutar todos sus cometidos ajustándolos a la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal.

En el art. 48 se establece que cuando en el curso de un proceso judicial en sede penal se efectúe imputación formal de delito contra un agente público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, el juez de la causa deberá poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

Además, (art. 49) cuando en una investigación practicada por la Fiscalía resultan comprobadas transgresiones a normas administrativas, el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas deberá pasar las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, de conformidad con las competencias asignadas por el Reglamento de Investigaciones Administrativas. En ambas circunstancias, las actuaciones sirven de cabeza del sumario que debe ser instruido por las autoridades correspondientes.

En todas estas actuaciones, que se regirán por el Reglamento de Investigaciones Administrativas, la Fiscalía será tenida, necesariamente, como parte acusadora, con iguales derechos que la sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones. Todo ello, bajo pena de nulidad absoluta e insanable de lo actuado o resuelto según el caso.

En el art. 50 se agregan, finalmente, respecto de los magistrados de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, las siguientes facultades de investigación: disponer exámenes periciales, a cuyo fin podrán requerir de las reparticiones o funcionarios públicos la colaboración necesaria, que éstos estarán obligados a prestar y cuando la índole de la peritación lo requiera, designar peritos *ad hoc*; e informar al Procurador General de la Nación cuando estimen que la permanencia en funciones de un Ministro, Secretario de Estado o funcionario con jerarquía equivalente o inferior, pueda obstaculizar gravemente la investigación.

8.6 El Defensor del Pueblo de la Nación

El origen formal de esta institución se remonta al año 1809, en Suecia, donde, a raíz de una controversia entre el Parlamento y el Monarca, se constitucionalizó la figura del Ombudsman como instrumento, por parte del Parlamento, de control de la administración monárquica, sus funcionarios y jueces (Maiorano).

Se podría caracterizar como uno de sus principales signos de identidad, la vinculación con el Poder Legislativo de quien se constituye en una prolongación para controlar a la Administración.

En nuestro país, la Defensoría del Pueblo de la Nación fue creada en su momento por la Ley 24284 de 1993 (modificada por la 24.379), pero, en 1994, con la reforma operada a la Carta Magna, el Defensor del Pueblo adquiere rango constitucional.

Es de destacar que el Defensor del Pueblo de la Nación, no sustituye, ni suple la responsabilidad de las respectivas autoridades competentes, no fue creado para brindar auxilio directo ante las necesidades concretas; esto implica que no puede proveer una vivienda, no puede dar trabajo al desempleado, etc., pero sí puede lograr que los organismos competentes atiendan sus reclamos; que se aplique la legislación vigente (Maiorano).

Es concebido en el artículo 86 de nuestra Norma Fundamental como un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras y goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Dura en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

A su vez, la Constitución Nacional expresamente le confiere legitimación procesal. Si bien sobre este punto nos explayamos *infra* al tratar los principios del control judicial, podemos sintetizar aquí la cuestión señalando que, mientras la CNCAF le reconoce una más amplia legitimación, la tendencia jurisprudencial de la Corte es restringirla. Sin embargo, destacamos que, en su actual integración, cuatro miembros[6] del Alto Tribunal en un fallo reciente[7] se pronunciaron -*in obiter dictum*- a favor de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación en un caso en que éste había promovido una demanda ordinaria contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas. Con referencia a la regulación constitucional del Defensor del Pueblo, luego de afirmar que los debates constituyentes dan cuenta de la necesidad de que se sancionara una norma que otorgara al Defensor del Pueblo una legitimación procesal amplia para la defensa de derechos e intereses ante la administración de justicia, los jueces opinaron que la literalidad del artículo 86 no admite interpretaciones restrictivas de la legitimación procesal que le ha sido conferida y que, asimismo, el artículo 43 de la Constitución consagra la legitimación específica del Defensor del Pueblo para accionar por la vía rápida del amparo y ello no obsta a la admisión de su legitimación para presentar demandas que tramiten por la vía ordinaria u otros medios procesales.

El art. 1° de la Ley 24284 pone de relieve que el objetivo fundamental de esta institución es proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional.

De esa forma, el art. 14 prevé que el Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos. Los legisladores, tanto Provinciales como Nacionales, pueden receptar quejas de los interesados de las cuales darán traslado en forma inmediata al Defensor del Pueblo.

Además, según el art. 15, el Defensor del Pueblo, sin perjuicio de las facultades previstas mencionadas en el párrafo anterior, debe prestar especial atención a aquellos

[6] Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Enrique Santiago Petracchi, Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti.

[7] CSJN, 24/05/2005, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N.- PEN - M°.E. - Dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento", publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de El Derecho del 30/10/2005.

comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

Su remuneración está exenta del impuesto a las ganancias; entre sus inmunidades se encuentran, como se dijo, las propias de los legisladores, pero su cargo es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública o comercial o profesional, a excepción de la docencia, estándole vedada asimismo la actividad política partidaria. Se le aplican, en lo pertinente, las normas en materia de recusación y excusación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El Defensor del Pueblo cesa en sus funciones por: a) renuncia; b) vencimiento del plazo de su mandato; c) incapacidad sobreviniente; d) haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso; e) notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista por esta ley.

En los supuestos previstos como a), c) y d) el cese es dispuesto por los Presidentes de ambas cámaras. En el caso del punto c), debe acreditarse de modo fehaciente y, el supuesto mencionado como e), se decide por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de ambas cámaras, previo debate y audiencia del interesado. En caso de muerte se lo reemplaza provisoriamente, promoviéndose en el más breve plazo la designación del titular en la forma prevista.

A propuesta del Defensor del Pueblo la comisión bicameral prevista en el artículo 2°, inciso a) de la Ley, designa dos adjuntos que auxiliarán a aquél en su tarea, pudiendo reemplazarlo provisoriamente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden que la comisión determine al designarlos.

El art. 16 de la Ley expresamente contempla que dentro del concepto de Administración Pública nacional quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios. A ellos deben sumarse las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos. En este último caso, y sin perjuicio de las restantes facultades otorgadas por esta ley, el Defensor del Pueblo puede instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de las facultades otorgadas por ley (art. 17).

Y, se aclara, quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad (art. 16 *in fine*).

Al Defensor del Pueblo puede dirigirse toda persona física o jurídica que se considere afectada por los actos, hechos u omisiones reseñados antes. No constituye impedimento para ello la nacionalidad, residencia, internación en centro penitenciario o de reclusión y, en general, cualquier relación de dependencia con el Estado.

Toda queja se debe presentar en forma escrita y firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellido y domicilio en el plazo máximo de un año calendario, contado a partir del momento en que ocurriere el acto, hecho u omisión que la motiva. No se requiere al interesado el cumplimiento de otra formalidad para presentar la queja.

Todas las actuaciones ante el Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado, quien no está obligado a actuar con patrocinio letrado (art. 19).

No se da curso a las quejas cuando el Defensor del Pueblo: a) advierta mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial; b) o, respecto de la cuestión planteada, se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial. Puede rechazar también aquellas quejas cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención (art. 21, inc. b).

No obstante, ninguno de esos supuestos impide la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas.

Las decisiones sobre la admisibilidad de las quejas son irrecurribles. Por otra parte, la interposición de la queja no interrumpe los plazos para plantear los recursos administrativos o acciones judiciales que puedan corresponder (art. 22).

El Defensor del Pueblo debe comunicar al interesado el resultado de sus investigaciones y gestiones así como la respuesta que hubiese dado al organismo o funcionarios implicados, salvo en el caso que ésta por su naturaleza sea considerada como de carácter reservado o declarada secreta. Asimismo, debe poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos que corresponda, los resultados de sus investigaciones en los organismos sometidos a su control.

Todos los organismos, entes y personas contemplados en el ámbito de la competencia del Defensor del Pueblo, como así también sus agentes, están obligados a prestar colaboración, con carácter preferente, a la Defensoría del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones, estando previsto que, en caso de incumplimiento de este deber, se incurrirá en el delito de desobediencia previsto en el Código Penal.

Si el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, toma conocimiento de hechos presumiblemente delictivos de acción pública, los debe comunicar de inmediato al Procurador General de la Nación.

Hay que destacar que la propia ley prevé que el Defensor del Pueblo no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas aunque, sin perjuicio de ello, puede proponer la modificación de los criterios utilizados para su producción.

Además, si como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, puede proponer al Poder Legislativo o a la administración pública su modificación.

Paralelamente, el Defensor del Pueblo puede formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, los responsables estarán obligados a responder por escrito en el término máximo de treinta (30) días.

Si formuladas las recomendaciones, dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada, o ésta no informe al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, éste puede

poner en conocimiento del ministro del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas. Si tampoco así obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.

Su relación con el Congreso se canaliza a través una comisión bicameral (la del art. 2, inciso a) y da cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presenta antes del 31 de mayo de cada año. Pero, cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen, puede presentar un informe especial.

En su informe anual da cuenta del número y tipo de quejas presentadas, de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y su resultado. No deben constar datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el procedimiento investigador.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Alfonsín, Raúl, Núcleo de Coincidencias Básicas, LL 1994-D, 824.
2. Baena de Alcázar, Mariano, Organización administrativa, Madrid, 1984.
3. Barra, Rodolfo Carlos, El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional, Buenos Aires, 1995.
4. Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, El Jefe de Gabinete de ministros y su relación con el Poder Ejecutivo Nacional, los demás ministros secretarios y el Congreso Nacional, ED 170-1027.
5. Bidart Campos, Germán, Manual de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1981.
6. Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, T. V, Buenos Aires, 1957.
7. Brewer Carías, Allan Randolph, Las empresas públicas en el derecho comparado, Caracas, 1967.
8. Canda, Fabián O., Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Políticos, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
9. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Bs. As., 1996, T. I.
10. Cassagne, Juan C., El jefe de gabinete en la Constitución reformada, en la obra conjunta Estudios sobre la reforma constitucional, Buenos Aires, 1995, p. 252.
11. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., Administración general del país y delegaciones administrativas en la Constitución Nacional, en la obra colectiva Estudios sobre la reforma constitucional, Director, Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, 1995, ps. 183 y ss.
12. Comadira, Julio R., Dictamen publicado en la RAP, nro. 234.
13. De Masi, Oscar A., El Jefe de Gabinete, "La Nueva Provincia", 8/02/1995.
14. Di Tella, Luis Blanco y González Navarro, Francisco, Organización y procedimiento administrativo, Madrid, 1975.
15. Diez, Manuel M., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
16. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1965.
17. Drago, Roland, Les crises de la notion d'établissement public, París, 1950.
18. Dromi, José Roberto, Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1978.

19. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1/2, Madrid, 1994.
20. Escola, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, 1981.
21. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976.
22. Fiorini, Bartolomé A., Procedimiento Administrativo y Recurso Jerárquico, Buenos Aires; 1970.
23. Fiorini, Bartolomé A., Recurso Jerárquico, Buenos Aires, 1963.
24. Fleitas Ortíz de Rosas, Abel, El jefe de gabinete de ministros, Perfiles e interrogantes; LL 1995-C, 1084.
25. Follari, Rodolfo S., Reseña sobre el origen y la evolución de la Procuración del Tesoro, en 120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983, Buenos Aires, 1983.
26. García Lema, Alberto, La jefatura de gabinete de ministros en el proyecto de ley de ministerios, LL 1995-E, 1247.
27. García Trevijano Fos, José A., Principios jurídicos de la organización administrativa, Madrid, 1957.
28. García Trevijano Fos, José A., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Vol I; Madrid; 1971.
29. González Arzac, Rafael, La competencia de los órganos administrativos, ED 49-885.
30. González Calderón, Juan A., Derecho constitucional argentino, Buenos Aires, III.
31. González Calderón, Juan A., Función constitucional de los ministros, en "Revista Argentina de Ciencias Políticas", 1911, nº 17.
32. González de Reca, Florencia, Las sociedades del Estado como forma jurídica de la organización de empresas estatales, "Revista Argentina de Derecho Administrativo", nº 8.
33. Gordillo, Agustín A., Empresas del Estado, Buenos Aires, 1966.
34. Gordillo, AgustínA., Tratado de Derecho Administrativo; T. I, Buenos Aires, 1997.
35. Hernández, Belisario, Las empresas públicas argentinas y el nuevo régimen de sociedades anónimas con participación estatal, LL 130-968.
36. Hutchinson, Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, 1992.
37. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1966, t. III.
38. Lozano, Luis F., El jefe de gabinete, LL 1995-D, 1465.
39. Maiorano, Jorge, El Defensor del Pueblo, en obra colectiva El Derecho Administrativo Argentino hoy, Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
40. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1965, t. I.
41. Mata, Ismael, El jefe de Gabinete, RAP, N° 194.
42. Méndez, Aparicio, La jerarquía, Montevideo, 1973.
43. Mertehikian, Eduardo, El Jefe de Gabinete, El derecho Administrativo hoy, Buenos Aires, 1996.
44. Procuración del Tesoro de la Nación, Manual de Estilo, La Ley, 1998.
45. Raspi, Arturo, La jefatura de la administración general del país en la Constitución, LL 1996-E, 794.

46. Ravignani, Asambleas constituyentes argentinas, Buenos Aires, 1939.
47. Rivero, Jean, Droit administratif, París, 1968.
48. Sagüés, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, tercera edición actualizada y ampliada, 1° reimpresión.
49. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1956.
50. Wilson, Woodrow, Estudio de la Administración, 1887, en Waldo, Dwight, Estudio de la Administración Pública, Trillas, México, 1978, primera parte, cap. 4.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

(Corresponde al Capítulo VIII, puntos 9, 10 y 11: Caracteres y extinción del acto administrativo).

9. Caracteres del acto administrativo

Son caracteres del acto administrativo el conjunto de rasgos o notas específicas que concurren para distinguirlo del acto jurídico privado.

La ley 19.549 -ha dicho la CSJN-[1] contiene normas de fondo junto a otras de estricto carácter procesal administrativo; entre las primeras se halla el art. 12, el cual después de consagrar la presunción de legitimidad del acto administrativo, determina 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 exigieren la intervención judicial[2]. Las discrepancias doctrinales en la materia, tanto terminológicas como metodológicas y conceptuales, son muy marcadas.

El examen de las normas positivas lleva, no obstante, a realizar el estudio de dichos caracteres en el marco que a continuación se encarará.

9.1. Presunción de legitimidad

9.1.1. Noción y consecuencias

Como se indicó, en la primera parte del art. 12 de la ley de procedimientos administrativos se establece que el acto administrativo goza de presunción de legitimidad.

Dicha presunción implica la suposición de que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión.

En este sentido, la CSJN ha afirmado que en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente[3].

El fundamento de este carácter deriva, como enseñó Fiorini, de la presunción general de validez que acompaña a los actos estatales: a toda ley se la presume constitucional, a toda sentencia se la considera válida, y a todo acto de la Administración se lo presume legítimo[4].

Esta simetría ha sido objetada invocando el carácter sublegal de la Administración y, además, la revisión judicial de sus actos a pedido de parte (Mairal),

[1] CSJN, 10/12/1987, "Senoc, Oikos y Fades", Fallos: 310: 2682.
[2] Ver, también CNCAF, Sala II, 15/04/1992, "Bautis de López, Adriana".
[3] CSJN, 20/08/1996, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro", Fallos: 319:1476 y LL 1997-A, 70.
[4] Ver CSJN, 30/06/1941, "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos: 190:142 y S.C.B.A., causas B-47.785 y B-48.914.

circunstancias, ambas, que gravitarían en contra de aquélla como sustento de la presunción de validez del actuar administrativo.

Sin embargo, la subordinación del actuar administrativo a la ley -por otra parte, no absoluta, si se admite la existencia de la zona de reserva administrativa- no es un argumento válido en contra de la presunción afirmada, porque cuando la actividad administrativa debe ser sublegal, la presunción incorpora como elemento constitutivo el adecuado cumplimiento de la ley.

Presumir legítimo el acto no importa, entonces, equiparar jerárquicamente la ley y el acto administrativo, sino tan sólo afirmar que éste, supuestamente, cumple con el ordenamiento, al cual integra generalmente la ley.

Tampoco la revisión judicial de los actos administrativos concurre para enervar la presunción; en todo caso, ella significa que la presunción puede ser desvirtuada ante el tribunal. Este argumento, por lo demás, también podría significar, de ser aceptado, la carencia de presunción de constitucionalidad de las leyes (conf. Mairal).

La presunción de legitimidad no es, por ende, una afirmación acerca del nivel jerárquico del acto administrativo, sino sólo un juicio de valor lógico-jurídico acerca de la validez de un acto estatal, encuadrado en el marco jerárquico normativo que le es propio.

Más allá del fundamento que se asigne a esta presunción -razones de orden estrictamente práctico derivadas de la necesidad de asegurar el accionar continuo e ininterrumpido de la Administración (Mairal), o bien manifestación de la presunción de validez propia de los actos estatales (Fiorini)[5]- se han atribuido a ella, entre otras, las siguientes consecuencias (Mairal):

a) No es necesario que la justicia declare la legitimidad de los actos administrativos[6].

b) En razón de ella, tradicionalmente se sostenía que los actos administrativos no podían ser anulados de oficio por los jueces. Por nuestra parte, siempre criticamos esta idea y, en la actualidad, puede considerarse superada, tal como recordamos *supra*, por las sentencias de la Corte recaídas en las causas "Mill de Pereyra"[7], "Banco Comercial de Finanzas"[8] y "Lapadú"[9].

c) Ante un acto que no esté afectado de un vicio grave y manifiesto, es necesario, para quien sostiene su nulidad, alegarla y probarla, dado el principio de legitimidad que fluye de todo acto administrativo[10].

---

[5] En la causa "Lipara", (CSJN, 16/06/1961, "Lipara, Napoleón c/ Nación Argentina", Fallos: 250:36), se señaló que debe reconocerse presunción de validez a los actos gubernamentales que no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad de los administrados.

[6] En este sentido, CSJN, 30/06/1941, "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos: 190:142; 16/06/1961, "Lipara, Napoleón", Fallos: 250:36; 20/12/1994, "Demartini, Oscar", Fallos: 317:1773 y LL1995-B, 100; 20/08/1996, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro", cit.

[7] CSJN, 27/09/2001, "Mill de Pereyra", Fallos: 324:3219, con comentario nuestro en coautoría con Fabián Omar Canda, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/2001.

[8] CSJN, 19/08/2004, "Banco Comercial de Finanzas S.A (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", Fallos: 327:3117, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 1/11/2004, con comentario nuestro en coautoría con Fabián Canda.

[9] CSJN, 23/12/2004, "Lapadu, Oscar Eduardo c/ Estado Nacional (Dirección Nac. De Gendarmería) s/ daños y perjuicios (acc. de trán. c/ les. o muerte)", Fallos 327, en prensa.

[10] CSJN, 10/02/1987, "Hernandez, Jorge", Fallos 310:234 (sumario) del dictamen del Procurador General, Dr. Juan Octavio Gauna, a cuyos argumentos se remite la Corte.

Por ello, los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25, devienen firmes e irrevisables**.** Esta conclusión es una consecuencia lógica de la naturaleza accesoria –en el ámbito del derecho administrativo- de la pretensión resarcitoria respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente; así, al no mediar la declaración de ilegitimidad, no puede haber resarcimiento o pago de suma de dinero alguna pues falta la causa de tales obligaciones[11].

d) El particular tiene que obedecer los actos administrativos[12].

La PTN ha dictaminado que la presunción de legitimidad es la base que sustenta el deber del administrado de cumplir el acto, quien debe cumplirlo, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyere con derecho. Al no hacerlo, su conducta es válidamente aprehendida como antecedente del justo reproche (en el caso, significado por un acto de cesantía)[13].

e) Entre dos interpretaciones posibles, se debe escoger la que favorezca la validez del acto (Pietro Virga).

Se ha señalado, no obstante, que el efecto indicado en b) no es consecuencia de la presunción de legitimidad, sino del principio de división de poderes (sometido, ciertamente, a discutible interpretación), y que la necesidad de alegar y probar -en su caso- la ilegitimidad, es, a su vez, una derivación de la imposibilidad de la declaración judicial de nulidad de oficio (Cassagne).

9.1.2. Límites

La presunción de legitimidad del acto administrativo no es absoluta, sino meramente simple, pues no puede ser predicada respecto de actos que adolezcan de vicios graves, que aparezcan de modo evidente, ostensible o notorio.

Sería, obviamente, irrazonable presumir legítimo un acto que ostensiblemente contraría el orden jurídico. Si a la categoría de las nulidades manifiestas debemos considerarla recogida y aplicable en derecho administrativo, es lógico, entonces, concluir en que no se puede sensatamente presumir legítimo un acto que evidentemente no lo es, por padecer esta clase de invalidez.

Por otra parte, la carencia de presunción de legitimidad debe ser afirmada no sólo respecto de los actos con vicios notorios –acerca de los cuales la CSJN[14] declaró que la presunción de legitimidad no puede siquiera constituirse- sino también, y en general, acerca de todo acto con vicios graves debidamente comprobados.

Y la PTN ha considerado, a su vez, que los actos que poseen un vicio manifiesto carecen de presunción de legitimidad[15].

---

[11] CNCAF, Sala III, 11/08/1999, "Politis".
[12] CSJN, 11/12/1980, "Barraco Aguirre, Rodolfo", Fallos: 302:1503, en el que la Corte entendió que, si el acto administrativo bajo examen no carecía de la correspondiente presunción de legitimidad, el actor debió acatarlo, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyera con derecho.
[13] Dictámenes: 199:138.
[14] CSJN, 7/10/1975, "Pustelnik, Carlos", Fallos: 293:133 y sus citas.
[15] Dictámenes: 233:329.

La principal consecuencia de la carencia de presunción de legitimidad es la posibilidad que se abre al particular para desobedecer válidamente el acto que denote esa ausencia[16]; inicialmente, si el vicio es manifiesto o, a partir de su comprobación, si se trata de un vicio grave sólo evidenciado con posterioridad.

Lo expuesto en el párrafo precedente no implica en modo alguno, incitar a la desobediencia a las autoridades públicas.

La desobediencia referida sólo significa que el administrado puede incumplir el acto "por su cuenta y riesgo", de modo que si en definitiva se resuelve -administrativa o judicialmente- que la decisión incumplida adolecía de un vicio grave y manifiesto, no se lo debe, además, castigar por ello; y, a la inversa, si no se acredita que el acto padecía de un vicio de esa índole, debe ser objeto de las sanciones que corresponda (Gordillo).

Santamaría Pastor afirma, con acierto, que si bien no hay jurídicamente acto nulo mientras no se lo declara judicialmente así, cabe dejar sentada, como principio general, la licitud penal -e incluso administrativa y disciplinaria- de conductas que implican desobediencia de los mandatos ilegales.

9.2. Ejecutoriedad

9.2.1. Noción y límites

Ha señalado Cassagne que la ejecutoriedad es la facultad atribuida por el ordenamiento a los órganos estatales que ejercen la función administrativa, para disponer *per se* la realización o el cumplimiento del acto administrativo, sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario, procedimientos de ejecución coactiva.

Se desprende de la noción expuesta que "ejecutoriedad" no es sinónimo de "coacción", sino una figura más amplia, que incluye a ésta como especie. Este criterio se basa en la existencia de gran variedad de actos que se cumplen plenamente, produciendo todos los efectos jurídicos que les son propios, sin necesidad alguna de utilizar la coacción[17].

En el marco de esta concepción, hay que distinguir, a su vez, entre la facultad de disponer la ejecución coactiva y el empleo de la coacción.

---

[16] El fallo de la Corte Suprema dictado en la causa "Barraco Aguirre", cit., interpretado *a contrario sensu* parece dejar abierta esta posibilidad pues en él resolvió que: "el actor no acreditó....que el nuevo cargo que se le asignaba fuera de menor jerarquía o importara disminuir sus emolumentos o su situación presupuestaría; no puede sostenerse, consecuentemente, que el traslado resultara groseramente vejatorio o mereciera el calificativo de cesantía encubierta, circunstancia que debe ser invocada y probada en cada caso.....*Si a ello se añade que la Resolución en la que se dispuso la medida en análisis no aparece ostensiblemente desprovista de fundamentos*, dadas las peculiaridades del *sub lite ....se concluye que el acto administrativo bajo examen no carecía de la correspondiente presunción de legitimidad y, por tanto, el Dr. Barraco Aguirre debió acatarlo y prestar los servicios respectivos, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyera con derecho*..." (cons. 7º). La cursiva nos pertenece.

[17] Por ejemplo, actos de inscripción, actos de negación de autorizaciones o de revocación de éstas, actos de registro y de certificación, actos cumplidos por los particulares, aun contra su voluntad, pero sin coacción, ejecución directa de actos, como la construcción de cercos o veredas cuando el administrado no lo hace (Cassagne).

La facultad de disponer el cumplimiento del acto, incluso coactivamente, por parte de los órganos que ejercen la función administrativa, se funda, respecto del Poder Ejecutivo, en el art. 99, inc. 1°, de la CN, del cual se deriva que el Presidente sigue siendo el titular de la función administrativa.

La ejecutoriedad de los actos administrativos dictados por los órganos judicial y legislativo se explica, a su vez, en el marco histórico de la transferencia o aparición de las funciones administrativas de dichos órganos, los cuales las asumieron con los instrumentos mínimos indispensables para su eficaz gestión.

El empleo de la coacción pertenece, en cambio, a la zona de reserva del Poder Ejecutivo, de modo similar a lo que sucede en buena parte del derecho comparado (Fiorini-Cassagne), por lo cual ella es ajena, en principio, al ámbito de competencia de los otros poderes del Estado.

La LNPA se refiere a la ejecutoriedad del acto disponiendo, en su art. 12, que su fuerza ejecutoria faculta a la Administración para ponerlo en práctica por sus propios medios, plasmando, así, la correcta doctrina en la materia, que no ve a la coacción como único medio de "poner en práctica" el acto.

La ejecutoriedad o fuerza ejecutoria del acto implica, pues, para la LNPA, la potestad administrativa de ejecutarlo *per se*, mediante su realización sin coacción[18], o bien por medio del uso de ésta[19].

La posibilidad de usar la coacción para ejecutar el acto administrativo constituye, en nuestro sistema institucional, una opción excepcional, porque en él la autorización para incursionar coactivamente sobre la persona o el patrimonio de los administrados es, en principio, incumbencia privativa de la justicia (Fiorini-Cassagne).

Tal, es uno de los límites específicos de la ejecutoriedad en su variante coactiva, y a él se refiere la LNPA cuando, después de habilitar a la Administración para ponerlo en práctica por sus propios medios, exceptúa el caso en que para su realización exija, por su naturaleza, la intervención judicial.

El otro límite contemplado en la ley es el resultante de una disposición legal que expresamente requiera la intervención judicial.

En principio, es obvio que una ley de esa índole limita el actuar administrativo, pero hay que tener en cuenta, en este aspecto, que la regulación legal no puede cercenar irrazonablemente una potestad administrativa de raigambre constitucional, ínsita en la función administrativa para ciertas situaciones. La ejecución coactiva es, por eso, viable, aun cuando ella implique actuar forzadamente sobre la persona o el patrimonio del administrado, en diferentes supuestos[20].

9.2.2. Ejecución del acto y recursos administrativos

[18] V.gr. excluir a una asociación de los registros de entidades de bien público.

[19] V.gr. remoción de un vehículo que obstaculiza el tránsito público.

[20] Entre ellos, la doctrina acepta los siguientes: la protección del dominio público, la demolición de edificios que amenazan ruina, el acto que dispone la ocupación temporánea anormal, ciertos actos relacionados con la policía sanitaria y moral, la clausura de establecimientos en el marco de la ley de abastecimiento (20680, art. 12, inc. e); requisiciones militares (ley 23554, art. 34).

El art. 12 de la LNPA dispone que la "fuerza ejecutoria" del acto administrativo impide que los recursos interpuestos por los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa preceptúe lo contrario.

En vista de que la citada ley se inspira en la doctrina que concibe a la ejecutoriedad como principio general caracterizante del acto administrativo (Escola-Marienhoff), consagra, como derivación lógica de él, el efecto no suspensivo de la interposición de los recursos administrativos.

Se descarta, así, la orientación doctrinal que en ausencia de un procedimiento reglado había propuesto, en su momento, un criterio inverso (Linares-Gordillo).

Esta prerrogativa administrativa -principio de derecho público indubitable, al decir de Fiorini- no es, sin embargo, absoluta, porque las propias normas que recogen el principio le introducen excepciones, como se expondrá a continuación.

9.2.2.1. La suspensión en sede administrativa

Doctrinal (Dromi) y legislativamente, se han propuesto como pautas habilitantes de la suspensión del acto tres criterios: el interés público, el daño y la ilegalidad manifiesta.

La LNPA autoriza a la Administración a suspender, de oficio o a petición de parte, la ejecución del acto por razones de interés público, para evitarle perjuicios graves al interesado o cuando se alega fundadamente una nulidad absoluta.

No parece criticable la inclusión del interés público como criterio autorizador de la suspensión, si se tiene en cuenta que él debe ser el standard de interpretación básico de toda relación jurídico-administrativa.

Aun cuando se la estime habilitante de la actividad discrecional, intervendrán, a su respecto, los límites jurídicos inherentes a esa clase de actividad.

El perjuicio grave al interesado como supuesto de suspensión es, sin duda, un criterio superior al del "perjuicio irreparable", tradicionalmente empleado por las legislaciones más antiguas.

Y respecto de la nulidad absoluta fundadamente invocada, dicho concepto debe, en rigor, referirse a la "nulidad manifiesta", dado que parece razonable pensar que cuando un vicio grave es seriamente sustentado, la invalidez que él trae aparejada se exterioriza con "evidencia", tornándose manifiesta.

En los tres casos de posible suspensión, la decisión administrativa parece ser facultativa –"podrá", dice la LNPA-, regulación criticada, pues se ha sostenido que si la ilegalidad alegada es manifiesta, la Administración no puede limitarse a la suspensión del acto, sino que debe revocarlo.

Un criterio sustentado por la doctrina -de posible aplicación en la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede administrativa o en sede judicial- es el del "daño".

La PTN ha explicado, en este sentido[21], que, como criterio general, la doctrina (Cassagne) auspicia la suspensión del acto administrativo cuando los perjuicios que se

[21] Dictámenes: 85:98, 118:238, 137:145, entre otros.

derivarían de su ejecución o cumplimiento serían mayores que los beneficios[22] y, sobre todo, cuando la suspensión del acto no cause lesión al interés público[23], y también, que la facultad de suspender la ejecutoriedad de un acto administrativo se debe ejercer con mucha cautela y sólo en casos excepcionales[24].

Sin embargo, también se ha resuelto que, aun cuando la impugnación esté dirigida contra un acto administrativo, si no se observa que resulte afectado el cumplimiento de la acción estatal, ni la prestación de un servicio público o de interés público, es aplicable la línea jurisprudencial que ha optado por un criterio amplio en el otorgamiento de la protección cautelar, resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez o parquedad en negarlas[25].

Cabe finalmente aclarar que, sin la mediación de recursos administrativos o pedidos de suspensión, igualmente resulta posible a la Administración suspender los efectos por vía oficiosa, cuando ello está requerido por el interés público comprometido en la juridicidad, con arreglo al límite impuesto en el art. 17, segunda parte, de la LNPA.

9.2.2.2. La suspensión en sede judicial. Medidas cautelares en procesos en los que es parte la Administración Pública.

Los caracteres del acto administrativo constituyen prerrogativas de la Administración Pública, integrantes del régimen exorbitante propio del derecho administrativo. El núcleo más importante de la prerrogativa administrativa está, precisamente, en la posición de la Administración frente a la Justicia, en tanto no se muestra, frente a ella, como un sujeto más.

La especial modalidad del accionar administrativo, que se tradujo históricamente, en especial por influencia del contencioso administrativo francés, en la concepción del proceso administrativo como un *proceso al acto*, ha determinado, en términos generales, la referencia de la tutela cautelar administrativa sólo a la suspensión de la ejecución del acto administrativo.

No obstante, si bien nos centraremos en tal supuesto en atención al contenido del artículo, cabe recordar que existen otros modos de obtener protección cautelar en los procesos en que es parte la Administración Pública, que no están dirigidos necesariamente a obtener la suspensión de los efectos de los actos administrativos.

9.2.2.2.1. Modos de obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede judicial.

La suspensión de los efectos del acto en sede judicial se puede obtener:

[22] Dictámenes: 234:66.
[23] Dictámenes: 218:267.
[24] Dictámenes: 88:157.
[25] CNCAF, Sala I, 28/04/1998, "Procaccini, Luis María" y sus citas, en Rap n° 243, p. 160.

a) como objeto de una medida cautelar autónoma mientras, paralelamente, tramita un recurso o reclamo administrativo;

b) como resultado de una medida cautelar autónoma, con posterioridad a la cual se iniciará el respectivo juicio de conocimiento; o como objeto de una medida cautelar en el marco del juicio de conocimiento; y

c) en el ámbito de un proceso de amparo, previsto ahora en el art. 43 de la Constitución y reglado por la ley 16986.

9.2.2.2.1.1 Medida cautelar autónoma durante el trámite de un recurso o reclamo administrativo.

La finalidad, en general, de las medidas cautelares se halla en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón (Chinchilla Marín-García de Enterría).

El fin de la providencia cautelar consiste, así, en el aseguramiento de la eficacia práctica de la sentencia definitiva, revistiendo, por ende, un marcado carácter instrumental en tanto su sentido deviene, en general, de su preordenamiento a la emisión de esta última decisión.

Por esta razón se ha puntualizado que el proceso cautelar carece, en general, de autonomía, en tanto deriva su sentido de otro proceso o eventual proceso (Carnelutti), afirmándose que hace a la sustancia misma de las medidas cautelares que ellas se dictan para preservar el cumplimiento de una sentencia favorable a quien las haya solicitado, de modo tal que no resulta posible concebir el dictado de una disposición precautoria que no se vincule con una demanda por el fondo, promovida o a promoverse en el futuro[26].

Ello, en tanto las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva[27].

Estas afirmaciones, que se justifican, en principio, en el ámbito del proceso civil y comercial, en el que estas medidas no son, en sentido propio, autónomas, se relativizan en el campo del proceso contencioso administrativo y, en particular, en el de las medidas cautelares autónomas dirigidas a obtener la suspensión judicial de los efectos de los actos administrativos, cuando éstas se solicitan y obtienen durante el trámite de un recurso o reclamo administrativo.

En efecto, en esos supuestos, las medidas precautorias no siempre se hallan vinculadas con un proceso de conocimiento posterior[28] (v.gr. podría suceder que ese

[26] CNCAF, Sala I, 27/12/1988, "Estado Nacional (M° de Educación y Justicia) c/ Senoc, Fades y otros".
[27] CNCAF, Sala I, 27/12/1988, "Estado Nacional M° de Educación y Justicia c/ Senoc, Fades y otros"; Sala IV, 21/06/1990, "Usandivaras, Eduardo"; 5/02/1998, "Impresora Internacional de Valores SAIC", LL 1998-D, 708.
[28] Aunque hay casos en los que se exige la vinculación del objeto de la medida cautelar con una demanda a iniciarse por el fondo. Así, se ha dicho que para poder disponer por vía de una medida cautelar autónoma la ampliación judicial del plazo para presentar la impugnación del informe de precalificación de un pliego de licitaciones es imprescindible, en principio, que la ilegitimidad o irrazonabilidad de éste

proceso no se inicie, si quien interpuso un recurso contra un acto administrativo y solicitó judicialmente la suspensión de los efectos de aquél, obtiene éxito en la impugnación efectuada en sede administrativa; o se podría dar el supuesto de que el recurrente, aun habiendo fracasado en su intento impugnatorio, decidiera no iniciar el proceso judicial de nulidad o lo hiciera, en su caso, después de vencido el plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la LNPA).

En definitiva, estas medidas tienen como particularidad que su objeto se agota o puede agotarse en la obtención de la suspensión cautelar de los efectos del acto administrativo, en el curso del procedimiento administrativo y sin que éste lleve, necesariamente, a un procedimiento judicial.

Corresponde destacar que esta especie de cautela "autónoma", de práctica frecuente en el fuero contenciosoadministrativo federal, está regulada en algunas legislaciones procesales administrativas provinciales y ha sido contemplada en el proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998 y que obtuviera en 1999 la media sanción del Honorable Senado de la Nación.

Debido a la naturaleza y al momento en que se interponen estas medidas (en trámite un procedimiento administrativo y hasta tanto se resuelva éste), el particular que obtiene su concesión no está obligado, en principio, a interponer la demanda de nulidad dentro del plazo de 10 días hábiles judiciales establecido en el art. 207 del CPCCN.

Para obtener una medida de esta clase, la jurisprudencia del fuero federal requiere, en general, la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 230 del CPCCN, a los que nos referiremos más abajo.

No es posible dejar de advertir, sin embargo, que, en un fallo relativamente reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que corresponde aplicar con mayor intensidad el criterio restrictivo que debe presidir, en general, el otorgamiento de las medidas cautelares que implican alterar el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado si la cautela ha sido deducida en forma autónoma en el trámite de un recurso administrativo, pues, en ese caso, aquélla no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento[29].

Para esta decisión el Alto Tribunal tuvo en cuenta que, a través de la cautela otorgada por el Tribunal de Alzada se había instrumentado una medida virtualmente operativa en el ámbito de la política de pesca, porque con ella, según la Corte, se había adoptado una acción positiva al acordarse un permiso de pesca no concedido por la autoridad administrativa, lo cual se daba, además, en el marco de una declaración de emergencia realizada por los poderes públicos con competencia en el sector con el fin de preservar los recursos naturales.

Este temperamento especialmente restrictivo del Alto Tribunal no debería extenderse, a nuestro juicio, respecto de las medidas cautelares autónomas en general, en tanto la decisión parece, en realidad, ligada estrechamente al carácter positivo de la cautela en juego en el caso y al ámbito de emergencia en el cual ella estaba destinada a incidir.

---

haya sido indicada como objeto de una futura demanda (CNCAF, Sala IV, 5/02/1998, "Impresora Internacional de Valores SAIC", cit.).

[29] CSJN, 19/10/2000, "Pesquera Leal S.A.", Fallos: 323:3075 y en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/03/2001.

9.2.2.2.1.2 Medidas cautelares solicitadas como pedido de suspensión del acto administrativo después del agotamiento de la vía administrativa y como trámite previo a la iniciación, o en el trámite del proceso judicial ya iniciado, dirigido a obtener el dictado de la sentencia declarativa de la nulidad del acto administrativo impugnado.

Del mismo modo que en el caso anterior, para acceder a una tutela cautelar de este tipo, debe estarse a los recaudos del artículo 230 del CPCCN, que se referirán *infra.*

9.2.2.2.1.3 Proceso de amparo.

En este marco, es posible obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo, como medida cautelar, requiriendo la jurisprudencia para su concesión la reunión de los requisitos del art. 230 del CPCCN (tal como en los supuestos precedentes).

En cuanto a la posibilidad de solicitar la aludida suspensión como objeto de la pretensión propia del amparo, ella está controvertida tanto en la doctrina (la acepta con amplitud Vanossi y en cambio la acota Jorge Maiorano) como en la jurisprudencia.

De un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, anterior a la reforma constitucional de 1994, era posible desprender la necesidad de plantear previamente la petición suspensiva en sede administrativa, para que el amparo pudiera tener por objeto esa pretensión cautelar[30]; así lo interpretó en su momento la CNCAF[31].

La CNCAF, por su lado, resolvió que no existe óbice legal para que el juicio de amparo tenga por finalidad la suspensión de los efectos de un acto administrativo en situaciones excepcionales en que la ejecutoriedad de éste ocasione, por sí misma, agravio irreparable al derecho constitucional cuya tutela se procura, aunque también señaló, antes de la reforma constitucional de 1994, que para que tal pretensión suspensiva resultara admisible era, en principio, necesario que ella hubiera sido reclamada e indebidamente denegada, en forma expresa o tácita, en sede administrativa o bien que el amparista demostrara la irreparabilidad del perjuicio derivado de la espera de una decisión en ese ámbito, siendo insuficiente la mera conjetura acerca de la esterilidad de ese recaudo, salvo que por las peculiarísimas circunstancias del caso una petición en aquella sede configurara un ritualismo inútil[32].

En cambio, otra Sala del mismo tribunal decidió que el amparo no puede constituirse en una medida de no innovar accesoria que le posibilite a la actora obtener, a través de esta vía excepcional, lo que está previsto en el art. 230 y ss. del CPCCN

[30] CSJN, 7/03/1985, "Hughes Tool Company, S.A.", ED 113-348. En su considerando 8° la Corte expresó: "Que por lo demás se advierte también que la demandante persigue paliar las consecuencias de su desconfianza sobre la actitud que asumiría la Administración *ante una petición deducida con apoyo en el artículo 12 de la ley 19549, mas ello no autoriza a prescindir del recaudo en examen* ni justifica la afirmación del a quo sobre el exceso ritual; conclusión que se ve robustecida si se tiene en cuenta que el recurso jerárquico planteado por la actora se basa en hechos análogos a los que sustentan su pretensión de amparo". (la cursiva nos pertenece).

[31] CNCAF, sala III, 2/04/1985 "Romero", LL 1985-C, 147.

[32] CNCAF, Sala III, 17/09/1984, "Hughes Tool Company SACIFI".

como accesorios de demandas o recursos o a deducir ante la propia Administración o ante el Poder Judicial como procesos ordinarios de conocimiento[33].

Y se señaló también, en otra causa, que si bien es cierto que no existe disposición legal alguna que prohíba utilizar esta sumarísima acción con el alcance de una medida precautoria, tal utilización importaría perseguir un fin no específico del instituto ya que la interpretación acerca de la procedencia del amparo debe ser armónica con el carácter residual que él reviste[34].

No vemos obstáculo legal para el empleo del amparo como instrumento de una pretensión cautelar suspensiva del accionar administrativo; y consideramos incluso que, a tenor de lo dispuesto por el actual artículo 43 de la Constitución, no es necesario efectuar previamente el requerimiento suspensivo en sede administrativa en tanto la citada disposición constitucional habilita el amparo respecto de los actos u omisiones que enuncia, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.* La existencia de una opción *administrativa* suspensiva, no debería, pues, obstar a la procedencia del amparo con ese objeto, cuando concurran los demás requisitos exigidos para ello[35].

9.2.2.2.1.4 Requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

Como es sabido, no existe en el orden federal un Código en lo Contencioso administrativo, aplicándose a las causas de esa índole el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en forma analógica.

No hay, por ello, en el referido cuerpo procesal, disposiciones específicamente dirigidas a regular la suspensión de los efectos del acto administrativo, como medida cautelar.

De todos modos, sí existen bases conceptuales que permiten construir esa protección cautelar.

Tenemos en cuenta, para ello, que, como agudamente se ha apuntado, el artículo 230 del Código Procesal[36] aprehende como datos configuradores del peligro habilitante

[33] CNCAF, Sala IV, 21/09/1989, "Sánchez Matorras de De la Torre, Alba", JA 1990-III-130.
[34] CNCAF, Sala IV, 16/05/1989, "Prior"; 22/03/1991, "Alcon Laboratorios Argentina SA", LL 1991-D, 374; y 31/05/1991, "Banco de la Provincia de Buenos Aires", LL 1992-A, 210; 8/06/1993, "Asociación Argentina de Pesca".
[35] En la causa "Neuquén para el Mundo", 3/11/1998, la CSJN resolvió, sin embargo, que la admisión del amparo requiere del agotamiento de la vía administrativa, sin que sea óbice a ello la demora administrativa en resolver el recurso jerárquico interpuesto, ya que tal situación puede ser subsanada por las vías judiciales pertinentes. Esta exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa es, por cierto, criticable, después de la reforma constitucional, pues vacía a ésta de fuerza normativa como indica Patricio Sammartino, quien, además, propone, para este tipo de pronunciamiento, una interpretación que compartimos: la remisión a la vía administrativa se la debe considerar referida implícitamente a la acción procesal ordinaria.
[36] Contempla esta disposición la prohibición de innovar, a tenor del siguiente texto: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que:
1) el derecho fuere verosímil.
2) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.
3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria".

de la cautela, no sólo la *alteración* de la situación existente, sino, también, su *mantenimiento* (de Lázzari).

En la medida, entonces, en que el acto emitido, en vías de ejecución o ejecutado por la Administración, configure una situación cuyo mantenimiento pudiere comprometer la eficacia de la protección jurisdiccional definitiva, es posible disponer, con sustento en la cláusula legal citada, una medida de no innovar retroactiva dirigida a suspender los efectos del acto, y, con ellos, el mantenimiento de la situación comprometedora[37].

De todos modos, cabe consignar que, habitualmente, la suspensión de efectos del acto, como derivación de una medida de no innovar dispuesta en el marco del artículo 230 del CPCCN, es concebida como medida innovativa en tanto tendría como objeto innovar en el mundo jurídico neutralizando, precisamente, el acto inicialmente innovador.

La retroactividad que propiciamos por nuestra parte para la decisión de no innovar y el carácter innovativo que normalmente se asigna a la protección discernida con arreglo al artículo 230 del CPCCN, importan, pues, en realidad, el mismo resultado: la suspensión del acto.

Ahora bien, la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo[38], y de la Corte, como se verá, tiende, en general, a encuadrar la suspensión cautelar del accionar administrativo en las previsiones del Código citado relativas a la medida de no innovar (arts. 230 y ccs.). Por tal motivo a continuación nos referiremos sumariamente a ellos[39].

9.2.2.2.1.4.1 La verosimilitud del derecho.

Es vinculada en ocasiones a la existencia de un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o de una violación legal patente[40], aunque existen

[37] Así lo autorizó la Corte Suprema, justamente en un caso relativo al funcionamiento de un servicio público interprovincial de telecomunicaciones (4/12/1961, "Nación Argentina c/ Provincia de Mendoza", Fallos: 251:336).

[38] Son condiciones de viabilidad de las medidas las previstas en el art. 230 del Código Procesal, en cuanto norma adjetiva regulatoria del instituto, a los que se debe unir el recaudo establecido en el art. 199 (CNCAF, Sala II, 20/09/1988, "Trebas S.A.", JA 1988-IV-189; 27/07/1989, "Audivic S.A", 28/05/1991, "Rebon"; 5/09/1991, "Coto").

[39] La procedencia de estas medidas se halla condicionada a que se acredite: 1°) la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita; y 2°) el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (Doct. de CNCAF, Sala IV, 1/11/1984, "Azucarera Argentina S.A. Ingenio Corona", LL 1985-A,46; 14/05/1992, "Playas Subterráneas S.A"; Sala IV, 6/12/1993, "Frigorífico Lafayette S.A."; CNCComFed., Sala I, 2/03/1984, "Remolcadores Unidos Argentinos S.A.", LL 1984-D, 313, CNCiv, Sala E, 5/12/1984, "Tervasi", LL 1985-B, 355).

[40] CSJN, 28/11/1985, "Arizu, Enrique e Hijos S.A. c/Pcia. de Mendoza", Fallos: 307:2267; íd, 5/04/1991, "Recursos de hecho FOETRA Sindicato Buenos Aires", Fallos 314:210 y JA 1991-III-360; 8/10/1991; íd, 8/10/1991, "Astilleros Alianza S.A.", Fallos: 314:1202; CNFed, Cont., sala I, 8/06/1993, "Universal Carga SA", LL 1993-E, 26; íd. 28/12/1990, "Video Cable Henderson SRL", JA1991-II-639; Sala II, 12/01/1989, "Industrias Termoplásticas Argentinas SACIC c/ A.N.A. s/nulidad"; Sala III, 19/03/1987, Incidentes en autos "Eros SA"; íd, Sala IV, 4/10/1990, "Rhodas Cargo Service S.A", en RAP 149:175.

también no pocos pronunciamientos en los que, simplemente, se alude a la impugnación sobre bases *prima facie* verosímiles[41] o a la ilegalidad o arbitrariedad[42].

En este terreno debe tenerse en cuenta el especial relieve que adquiere el requisito en estudio en atención a la presunción de legitimidad del acto administrativo (Mairal). La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido así que, como principio, las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos en atención a la presunción de validez de éstos, salvo, precisamente, cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles[43].

Ello, sin embargo, no le ha impedido afirmar al Alto Tribunal que la resolución que emana regularmente de la DGI goza de presunción de legitimidad, lo cual autoriza a afirmar que en el reducido ámbito cognoscitivo en el que deben dictarse las medidas cautelares no resulta fundado admitir siquiera *prima facie* que la decisión adoptada por la nombrada haya respondido a un obrar injustificado o abusivo[44].

9.2.2.2.1.4.2. El peligro en la demora

El peligro en la demora -segundo requisito exigido para la concesión de estas medidas- aparece mencionado en los fallos de la Corte como situaciones de perjuicio irreparable[45].

En precedentes jurisprudenciales, se advirtió este peligro en:

a) El hecho de que, de no accederse a la medida impetrada, ello trajera como consecuencia la suspensión o pérdida de la línea telefónica cuyo titular era la demandante[46];

b) El serio compromiso en el desarrollo financiero de la actora.

En el caso, se había solicitado la suspensión de la ejecución de una resolución del Administrador de la Dirección de Energía, por la que se dejaba sin efecto el régimen tarifario especial que se aplicaba para el suministro de energía eléctrica correspondiente a una planta ubicada en la localidad de San Pedro, sustituyéndola por la tarifa correspondiente a Grandes Consumidores.

---

[41] CNCAF., Sala IV, 1/11/1984 "Azucarera Argentina S.A.", LL 1985-A, 46; íd. Sala IV, 15/05/1987 "Boggiano", LL 1987-E, 324. Procede hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora cuando aparece como de dudosa legitimidad el acto administrativo por lo que, en principio, cabe considerar como suficientemente sustentada la verosimilitud en el derecho de la actora (CNCAF, Sala II, 11/02/1993, "Campos").

[42] CSJN, 25/02/1992, "Recurso de Hecho Asociación del Personal Superior de SEGBA", Fallos: 315:96.

[43] CSJN, 14/07/1961, "Cía. Argentina de Teléfonos S.A. c/ Pcia. de Santiago del Estero", Fallos: 250:154; 4/12/1961, "Nación Argentina c/ Provincia de Mendoza", Fallos: 251:336; 13/09/1985, "Nación Argentina c/ Pcia. de Santiago del Estero", Fallos: 307:1702 y en LL 1986-A, 463; CSJN, 4/09/1990, "Camal S.A", Fallos: 313:819; CSJN, 22/12/1992, "Iribarren, Casiano R", Fallos: 315:2956 y en LL 1993-B, 264; CSJN, 8/09/1992, "Seery, Daniel", Fallos: 315:2040 y en JA 1993-II-364; CSJN, 23/11/1995, "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA)" Fallos: 318:2374.

[44] CSJN, 23/11/1995, "Grinbank", Fallos: 318:2431.

[45] CSJN, 25/11/1985, "Arizu", Fallos: 307:2267, cit; aplicando el mismo criterio, CNCAF, Sala III, 8/09/1983, "Herrera de Noble, Ernestina", LL 1984-A, 265; CNCAF, Sala III, 11/10/1983 "Baiter S.A.", ED 107-419; CNCAF, Sala III, 16/08/1990, "Decege SA".

[46] CNCAF, Sala II, 20/03/1989, "Quarantino, Emma".

La CNCAF entendió que la medida resultaba viable atento a que la pretensión refería a una mera cautelar y los motivos invocados en la decisión administrativa para la modificación del régimen tarifario -poder de rescisión emergente de una cláusula contractual- autorizaban a acceder al reclamo preventivo, máxime si se reparaba en los montos derivados de la diferencia de tarifas cuestionada[47].

Sin embargo, es importante puntualizar que en muchas ocasiones se entiende no suficientemente acreditado el peligro en la demora si, alegado por el demandante un mero perjuicio económico, los daños que, eventualmente, se pudieran derivar de la imposibilidad de ejercer el derecho perseguido en la medida cautelar se pueden compensar mediante una adecuada indemnización a cargo del Estado Nacional[48].

Cabe señalar, asimismo, que, como criterio integrador de los recaudos en estudio la jurisprudencia ha decidido que a la mayor verosimilitud del derecho corresponde exigir menor peligro en la demora y, a la inversa, al mayor peligro, menor verosimilitud, aun cuando ésta nunca pueda ser excluida[49].

Desde nuestro punto de vista, el requisito sustancialmente exigible debería ser, en rigor, la verosimilitud del derecho invocado -lo cual se traduce en la neutralización de la presunción de legitimidad, a través de la nulidad "prima facie" grave y evidente-, de modo que, con independencia de la entidad del peligro, la suspensión se disponga cuando el acto carezca, a primera vista, de juridicidad. Pues, ¿cuál podría ser la causa jurídica suficiente, salvada que sea la exigencia notoria, grave e indudable del interés público, para obligar al administrado a soportar un perjuicio, aun de escasa entidad, cuando el acto no ostenta presunción de legitimidad? Y, a la inversa ¿por qué el perjuicio grave debería evitarse si el acto luce aquella presunción?

Por eso, compartimos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia eventualmente favorable a las pretensiones del recurrente[50], o el serio riesgo de un daño inevitable, invocado en la sentencia de Cámara para acordar la protección, no fueron considerados suficientes para habilitar la tutela al no concurrir la verosimilitud del derecho invocado[51].

9.2.2.2.1.4.3. Inexistencia de otra medida cautelar

[47] CNCAF, Sala I, 10/12/1985, "Incidente s/medida cautelar en autos: Papel Prensa SA".

[48] CSJN, 8/10/1991, "Astilleros Alianza S.A.", Fallos 314:1202. La CNCCF, Sala II, señaló, en este sentido, que los perjuicios invocados por el solicitante de una medida cautelar constituirían un daño de carácter patrimonial susceptible de ser enjugado por el Estado, al que se presume solvente (22/03/2000, "Curto").

[49]CNCAF, Sala I, 21/05/1991, "El expreso ciudad de Posadas", LL 1993-B, 424; 27/04/1999, "Béliz"; Id, Sala II, 9/04/1992, "Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago" y Sala IV, 16/04/1998, "Arte Radiotelevisivo Argentino SA".

[50] CSJN, 30/04/1981, "Falcón, Javier", Fallos 303:625. El antecedente es importante porque la Corte, con remisión al dictamen del Procurador General, Mario Justo López, sentó dicho criterio en una causa en la que unos ciudadanos a los que se les había denegado administrativamente la excepción al servicio militar, pretendían lograr la suspensión preventiva de su incorporación.

[51] CSJN, 6/12/1988, "Senoc, Oikos y Fades", Fallos: 311:2616. En la causa "Decege S.A.", 16/08/1990, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, resolvió, sin embargo, que en tanto no se acredite un peligro "irremediable" no corresponde dictar a título precautorio decisiones cuyo "objeto coincida total o parcialmente con el de la demanda".

En lo que respecta a la inexistencia de otra medida cautelar, algunos tribunales requieren la previa formulación de la petición suspensiva en sede administrativa[52].

No obstante, también se ha decidido sobre este punto, que la exigencia de que en toda medida cautelar se requiera, previamente, la suspensión del acto en sede administrativa constituye una cuestión a ponderar, prudentemente, en cada caso y que cuando se deduce un similar pedido en ambas sedes es, en principio, una intempestiva interferencia del Poder Judicial pronunciarse anticipadamente en un asunto sometido a su consideración, cuando no se ha acreditado que en el caso se haya producido un rechazo o la oportuna decisión administrativa[53].

9.2.2.2.1.4.4. El interés público

En el ámbito del proceso contencioso administrativo no puede dejar de ponderarse, como lo hace la jurisprudencia y pese a no resultar del texto del artículo 230 del CPCCN, la incidencia del interés público, al que se lo ha mencionado de ese modo expresamente[54] o se lo ha aludido con expresiones tales como no contradicción de la "política estatal en la materia"[55] o de la "política económica del Estado"[56].

Él puede obstar, en efecto, a la concesión de una medida cautelar contra la Administración Pública, aun cuando se hallen reunidos los requisitos descriptos precedentemente y exigidos por la norma procesal.

Es que la aplicación de estas normas procesales no podría ser argumento para excluir la necesaria e inexcusable valoración del interés público[57]. No se puede omitir el grado de compromiso que ese interés puede experimentar de accederse a la suspensión (en contra: Snopek); no se trata, ciertamente, de afirmar la prevalencia de ese interés en

[52] Es la doctrina del fallo de la Corte, aunque en amparo, en la causa "Hughes Tool Company, S.A.", (CSJN, 7/03/1985, "Hughes Tool Company, S.A.", Fallos: 307:178 y en LL 1985-C, 141); CNCAF, Sala IV, "Rama, Norberto", 20/05/1986. La suspensión de los efectos de los actos administrativos no puede disponerse en vía judicial sin, previamente, acreditar su petición y denegación en sede administrativa y que el perjuicio invocado no es susceptible de repararse por los cauces ordinarios (CNCAF, sala III, 28/04/1992, "Inc. de rec. de apelac. en efecto devolutivo en los autos: Alais, Horacio"); asimismo se ha dicho que, para pedir la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial, es necesario que además de hallarse verificados los requisitos de admisibilidad -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- de los que surja acreditado *prima facie* la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto y el resguardo del interés público comprometido, *que tal suspensión haya sido pedida a la Administración,* que ésta la haya denegado y que el beneficio invocado no sea susceptible de ser reparado por los cauces ordinarios (CNCAF, Sala III, 20/02/1995, "Edesur c/ Ente Nacional Regulador de la Electricidad", LL 1995-D, 318, la cursiva nos pertenece).

[53] CNCAF, Sala I, causa 8517/2000, 11/05/2000, "EDET SA"; íd, 16/03/1999, "Edesa S.A.", JA 2000-I-152.

[54] CSJN, 28/11/1985, "Arizu", Fallos: 307:2267, cit.; 6/10/1991, "Astilleros Alianza", Fallos: 314:1202, cit.; íd. CNCAF, Sala III, 8/09/1983, "Herrera de Noble" y 11/11/1983, "Baiter", cits.

[55] CSJN, 8/09/1992, "Seery", Fallos 315: 2040 y en JA 1993-II-364, cit.

[56] CSJN, 27/04/1993, "Video Cable Comunicación S.A.", Fallos: 316:766. También hizo referencia al interés público en la sentencia dictada con fecha 10/12/1997 en la causa "Garre, Alfredo", Fallos: 320:2697.

[57] En esta orientación, se ha afirmado que en los procesos contencioso administrativos, la procedencia de la medida de no innovar exige tener en cuenta que el interés público no resulte afectado por ella (CNCAF, Sala IV, 14/05/1985, "Coelho, Guillermo" op. cit., 31/05/1991, "Banco de la Provincia de Buenos Aires", LL 1992-A, 211; 13/06/1991, "Metalúrgica Bellucci SA", cit.).

cualquier caso, aun cuando en doctrina se ha sostenido la imposibilidad de descartar que sea así, según las circunstancias de la situación concreta y se ha admitido, incluso, que ese interés determine, precisamente, la adopción de la medida cautelar (Chinchilla Marín).

Ahora, cuando nos referimos al interés público ¿a qué concepto *interés público* aludimos?

Las nociones de *interés público* o *bien común,* (esto es, en definitiva, de bienestar general en los términos del preámbulo de la Constitución y referible como ha dicho la Corte al bien común de la filosofía clásica[58]), reconducen no ya al interés propio de la administración sino los intereses generales de la comunidad al cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquélla.

Atender a dicho interés sólo implica propiciar, pues, que, el juez, frente a la tensión dialéctica derivada de las exigencias notorias, graves e indudables de este interés, por un lado, y la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, por otro, debe dar prioridad a aquél. Frente a la certeza del compromiso comunitario cede el juicio -por definición, excluyente de su certeza- de probabilidad que da sustento a la protección cautelar (Comadira y Sammartino).

Siendo que las leyes procuran el bien común y que reposada en ellas la sociedad se ha organizado políticamente, es lógico colegir que la concreta ***finalidad*** perseguida por las leyes es un imperativo que condiciona la actuación de las autoridades públicas, cuya misión será cumplirlas y aplicarlas. De allí pues que el fin específico de la ley -en la medida que no persiga alterar la sustancia constitucional de los derechos reconocidos en la Ley Suprema-, entendido como los bienes jurídicos que ella protege con miras a la consecución del bien común -que no es sino la télesis genérica hacia la que orienta el Estado su actuación- obliga tanto al poder administrador como al poder judicial. Por cierto, la persona individual por ser miembro de la comunidad política del Estado, está subordinada en todo lo atinente a la consecución del bien común procurado por la ley.

Desde esta perspectiva se ha sostenido, acertadamente, que para hacer del concepto bien común o interés público una noción operativa, es necesario delimitarla jurídicamente. A tal efecto se afirma que en esta tarea interviene el legislador y la Administración. Al primero corresponde definir la idea de interés público que en cada momento el Estado persigue; a la segunda corresponde realizar mediante reglamentos y actos la noción de interés público dentro de los fines, alcances y requisitos señalados por la ley (Sainz Moreno).

Ciertamente el interés público, como presupuesto de legalidad de concretas actuaciones administrativas, no implica oposición ni desvinculación del interés privado. Por el contrario el interés público se sustenta en los intereses privados de cada persona, pero no en todos, sino en aquellos que ésta comparte con las demás. Es aquello que los intereses privados tienen de común. El concepto de interés público coincide con el de interés general y con el de bien común; es el interés común de todos los ciudadanos.

De allí pues que en la medida que la acción cautelar que paralice los efectos de actuaciones estatales dotadas de presunción de legitimidad (actos administrativos,

[58] CSJN, 1937, "Quinteros, Leónidas S. c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina", Fallos 179:113.

reglamentos, leyes) impidiéndole alcanzar los fines iniciales de la norma legal, ora perturbando, ora obstruyendo o bien privando de tutela un bien jurídico accesible a los miembros de la comunidad –relación de disponibilidad o utilidad común jurídicamente protegida-, deviene claro que el interés individual deberá ceder ¿siempre? frente al interés general salvo que al momento de resolver la pretensión cautelar se verifique: a) que la ley persigue fines palmariamente absurdos; b) que el medio elegido para alcanzar aquellos fines resulta irrazonable (falta de proporcionalidad técnico-social); c) que en la realización de los fines perseguidos por el legislador, la Administración se dictado actos (individuales o generales) que resultan inapropiados para alcanzar los fines queridos por el legislador.

Por ello las providencias cautelares contra autoridades públicas deben guardar congruencia con los fines que el legislador se propuso alcanzar y que la Administración pretende concretar mediante reglamentos y actos[59].

La cuestión es, entonces, determinar si la *no afectación del interés público* debe ser estimada o no como presupuesto de procedencia de las medidas cautelares contra autoridades públicas, y en caso afirmativo, con arreglo a qué parámetros. El concepto *"no afectación del interés público"*, al igual que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, no presenta un perfil nítido ya que está influido por las mismas complejidades que encierra la noción de interés público, aunque no se confunde con éste.

La idea que corresponde afirmar de interés público como concepto jurídico procesal se vincula con la noción de ***intereses comunes de los miembros de la comunidad que resultan de <u>impostergable</u> satisfacción.***

Para determinar su presencia en una situación concreta y luego de verificar que en el caso están reunidos los presupuestos de procedencia de la cautela el tribunal deberá comprobar *in concreto* que dicha medida no provocará un menoscabo indudable sobre los bienes jurídicos comunes (relaciones de disponibilidad o utilidad comunes a las personas que integran esa comunidad) ya que si ello es así, la tutela cautelar deberá ceder frente al interés público.

La llave maestra que definirá si en el marco del proceso cautelar hay o no afectación sobre el interés público es la claridad y urgencia con que éste debe ser satisfecho. Por ello, frente a la certeza indubitable del requerimiento público cede la mera probabilidad del derecho individual y el peligro de perjuicio que ella protege.

De lo expuesto, no resulta técnicamente apropiado aplicar directamente los presupuestos del CPCCN -ordenamiento ritual destinado a regir los conflictos entre intereses privados- a los juicios contra autoridades públicas, ya que sólo prescindiendo de los fines públicos que inspiran la actuación del Estado será posible postular la extensión directa a éste de las mismas e idénticas normas regulatorias del proceso cautelar establecidas en el código procesal civil, sin reparar en las debidas

[59] Habrá pues afectación del interés público cuando la medida cautelar obstaculice o impida que la norma legal en la cual se respalda el acto individual cumpla con su finalidad tuteladora de los bienes jurídicos. Así una medida cautelar positiva que autorice a construir un shopping en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sin haber dado cumplimiento a la evaluación del impacto ambiental establecido por la ley 123 resultaría desde esta atalaya inaceptable; ello así pues más allá que el actor acredite la concurrencia de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, la providencia impedirá que aquella cumpla con sus objetivos tuteladores del medio ambiente en la Ciudad. Tal fue pues el fin perseguido por el legislador, al cual el propio juez está sometido.

discriminaciones que corresponden efectuar en virtud de la naturaleza del derecho procesal administrativo.

La aplicación analógica (no directa) de las reglas procesales que rigen los litigios entre particulares en los juicios contra el Estado es, además, un imperativo impuesto por las exigencias actuales de la evolución del contencioso administrativo: la necesidad de una jurisdicción oportuna y, además, eficaz.

Desde esta atalaya es dable advertir que el proceso de conocimiento común contra autoridades públicas está siendo rápidamente desplazado y sustituido por otros conductos de acceso (inmediato) a la jurisdicción, los denominados procesos urgentes contra autoridades públicas (cautelares, amparo, autosatisfactivas).

Sin embargo, difícilmente habrá justicia administrativa eficaz si la generosa admisibilidad de los procesos urgentes contra autoridades públicas no va suficientemente acompañada por debida ponderación de todos los intereses (públicos y privados) en conflicto.

En un importante precedente, ya citado, la CSJN sostuvo que, a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de una semejante a la ordenada en la causa en cuestión (suspensión de la construcción de un puente sobre el Riachuelo), debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público. También ponderó que la ilegitimidad atribuida a la decisión del poder administrador no aparecía como un vicio notorio ni se evidenciaban fehacientemente las razones que justificarían un supuesto de excepción para decretar la prohibición de innovar[60].

Por su parte, la CNCAF ha establecido que, en procesos contenciosoadministrativos, para la procedencia de medidas de no innovar se exigen cuatro requisitos: que los derechos invocados por el peticionante en la demanda tengan *prima facie* existencia, es decir, razón jurídica, que haya peligro de lesión grave, que sea inminente, y que la medida no perjudique el interés público[61].

El mismo Tribunal, al denegar la procedencia de una medida cautelar, ponderó, para ello, la relevancia del interés público comprometido en el caso, al considerar que, al estar en juego en la situación sometida a su decisión la implementación del Programa de Propiedad Participada en el ámbito del Banco Hipotecario Nacional SA conforme a la ley 23696, el dictado de la medida solicitada importaría la obstrucción del cumplimiento de una acción estatal enderezada a satisfacer una política administrativa del Estado Nacional[62].

Con la valoración del interés público se vinculan, asimismo, los casos en que se ha evaluado el riesgo que para bienes como la seguridad, moralidad o salubridad públicas conlleva la concesión de las medidas cautelares requeridas.

En este sentido, se ha sostenido que, en principio, no es admisible la adopción de medidas cautelares contra actos administrativos emitidos en ejercicio del poder de policía[63] y que, cuando lo que se encuentra en juego es la seguridad pública, el requisito de acreditación de la verosimilitud del derecho debe apreciarse con suma estrictez y, en el caso de no llegarse a una convicción sobre tal verosimilitud, en la forma indicada, el

[60] CSJN, 8/10/1991, "Astilleros Alianza S.A", cit.
[61] CNCAF, Sala IV, 14/05/1985, "Coelho, Guillermo".
[62] CNCCF, Sala II, 22/03/2000, "Curto".
[63] CNC, Sala M, 19/09/1994, "Turismo San Isidro SRL", LL 1994-E, 340.

derecho que el peticionario desea cautelar debe ceder ante la necesaria protección de la comunidad. Ello teniendo en cuenta, especialmente, que la suspensión del acto cuestionado puede generar mayores daños que los derivados de su ejecución.

De allí también que no pueda sostenerse que el peligro en la demora que el particular aduce en apoyo de su postura sea superior a la mencionada seguridad pública[64].

Por su parte, la Cámara Nacional Civil ha dicho que si la medida precautoria afecta decisiones de la Administración Pública debe apreciarse con carácter restrictivo, mas esta postura no impide la procedencia de la medida si su admisión no perjudica el interés público[65].

La apreciación de la incidencia del interés público comprometido tiene especial importancia en el ámbito de las medidas cautelares en materia tributaria. El principio es que el régimen de medidas cautelares en materia de reclamos y cobros fiscales debe ser examinado con particular estrictez[66], con fundamento en que su admisión o denegatoria excede el interés individual de las partes y atañe también a la comunidad en razón de su aptitud para perturbar la oportuna percepción de la renta pública[67] o, en algunos casos, para postergarla considerablemente[68].

En este entendimiento, se ha decidido que si la suspensión de la ejecutoriedad de un acto administrativo, mediante una medida cautelar, pone en juego la recaudación de la renta pública, corresponde extremar el rigor exigido para permitir tal suspensión, en función de la presunción de legitimidad que corresponde asignar a tales actos. Ello así, pues no puede soslayarse el peligro real que representa para el Fisco el impedirle disponer de esa renta en tiempo oportuno, con perturbación de la política de Estado y menoscabo de los intereses de la comunidad[69].

Procede señalar, empero, que, en reciente pronunciamiento, la CSJN ha introducido una mayor laxitud en los referidos principios, al conceder una medida cautelar con el fin de que la Provincia de Tierra del Fuego se abstuviera, hasta tanto se dictara sentencia, de continuar las reclamaciones fiscales originadas en varias resoluciones de determinación de oficio del impuesto sobre los ingresos brutos por determinados períodos fiscales.

Puntualizó, en efecto, que el caso presentaba marcadas diferencias con otros reclamos en los que, en mérito del principio de particular estrictez antes indicado, se había denegado el dictado de medidas precautorias frente a pretensiones fiscales de los estados provinciales, pues en el supuesto en examen, se cuestionaba la constitucionalidad de resoluciones de la Dirección General de Rentas provincial sobre la base de las cuales se pretendía ejercer la jurisdicción en materia fiscal más allá de la cantidad de millas marinas que cabría reconocer como límite territorial de los estados ribereños.

---

[64] CNCAF, Sala IV, 14/05/1992, "Playas Subterráneas S.A.".
[65] CNCiv, Sala B, 17/07/1998, "Optimar SA", JA 1998-III-412.
[66] Confr. CSJN, 11/12/1990, "Firestone de la Argentina S.A.I.C.", Fallos: 313:1420; 27/04/1993, "Video Cable Comunicación S.A.", Fallos: 316:766, cit.; 9/12/1993, "Massalin Particulares", Fallos: 316:2922, 23/11/1995, "Grinbank", cit., y 25/06/1996, "Pérez Cuesta", Fallos: 319:1069.
[67] Ver, en este sentido, CSJN, 22/06/1989, "Trebas S.A.", Fallos: 312:1010 y "Grinbank" y "Pérez Cuesta", cits.
[68] Confr. CSJN, "Video Cable Comunicación S.A.", cit.
[69] CNCAF, Sala I, 13/05/1999, "Sanitas Nubial SA".

De tal manera –afirmó el Alto Tribunal- adquiría preeminencia la necesidad de precisar cuáles eran los alcances de la jurisdicción y competencia territorial que tenía Tierra del Fuego para ejercer el derecho de percibir de la actora el impuesto a los ingresos brutos. Esta situación –concluyó- permitía concluir en que, en el caso, resultaba aconsejable impedir el cobro compulsivo que la demandada estaría habilitada a ejercer en supuestos que cabía calificar de ordinarios[70].

9.2.2.2.1.5. La doctrina que considera aplicable el artículo 12 de la LNPA

Cabe señalar que, no obstante la reseñada postura jurisprudencial, un importante sector de la doctrina ha hallado, en el artículo 12 de la LNPA, la norma específicamente aplicable a la suspensión del acto administrativo (Harperín-Barra-Hutchinson-Cassagne-Gambier y Zubiaur). La aplicación de una u otra de las disposiciones no está desprovista de consecuencias prácticas.

Por lo pronto, de acudirse al artículo 12, citado, la suspensión podría resultar, indistintamente, de los perjuicios graves al administrado o del alegato fundado de la nulidad absoluta (Halperín), mientras que, en cambio, el sistema del artículo 230 exigiría la concurrencia simultánea de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora[71].

9.2.2.2.1.6 Nuestra postura

El art. 12 de la LNPA aplicable a la suspensión, solicitada como medida cautelar autónoma, durante el trámite de un recurso o reclamo administrativo; y el art. 230 del CPCCN para el supuesto de suspensión previa o contemporánea al inicio del juicio de conocimiento.

Por nuestra parte, entendemos que la aplicación del art. 12 en el examen de la concesión de una medida de este tipo, impone distinguir la situación en la cual el pedido es formulado al órgano jurisdiccional, ante la denegatoria expresa o bien el silencio administrativo operados en el trámite de un recurso o reclamo entablados en el marco del agotamiento de la vía, del caso en el que la suspensión es peticionada cuando la Administración ha adquirido la calidad, podríamos decir, de "sujeto enjuiciable".

En el primer supuesto, estimamos aplicables las previsiones del art. 12 de la LNPA, pues en él se trata, precisamente, de actuar jurisdiccionalmente una cláusula prevista, específicamente, para la Administración. Es ésta su destinataria y, en relación con ella, la Justicia no debe sino controlar su aplicación cuando la petición ha sido denegada expresamente o respondida, simplemente, con el silencio.

En el segundo, por el contrario, el pedido pone al juez frente a un accionar o a una inactividad resultante de una vía administrativa agotada. Está, pues, o ante la

[70] CSJN, 21/12/2000, "Wintershall Energía, S.A.", publicado ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/05/2001.

[71] La concurrencia de ambos requisitos fue apreciada en CSJN, 23/11/1995, "Líneas de Transmisión del Litoral (LITSA)", Fallos: 318:2374 y de la misma fecha "Grinbank", Fallos: 318:2431.

inminencia del conflicto o directamente ante él. No parece irrazonable, en este caso, encaminar el accionar procesal en los términos del Código Procesal.

Este sistema fue propiciado en el proyecto de Código Contencioso Administrativo remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1999 (artículo 38) y es, asimismo, el que resulta del Código respectivo de la Provincia de Tucumán (artículo 22).

La suspensión requerida en el trámite de un procedimiento o recurso administrativo, debería llevar a una valoración judicial amplia y favorable al acogimiento, especialmente cuando ella no ha sido atendida en sede administrativa mediante una decisión expresa, pues el silencio viene a operar, en estas situaciones, como una suerte de presunción de ilegitimidad en contra de la Administración.

En estos casos el administrado evidencia ante el juez la existencia de un procedimiento administrativo previo obligatorio, en el que aún no ha recaído una decisión definitiva y en el que, en consecuencia, no media tampoco una valoración administrativa definitiva del interés público.

Y pone de relieve, asimismo, la posibilidad de un perjuicio grave o el alegato fundado de una nulidad absoluta que no han sido considerados, o si lo fueron sólo aparecen valorados por una autoridad sin competencia para agotar la instancia administrativa.

Es comprensible, por eso, que en estas situaciones sólo se exija un perjuicio grave, cualquier perjuicio grave, el que, por estar referido a la instancia administrativa, no necesariamente debe coincidir con el peligro frustratorio de la sentencia que aprehende el art. 230 del CPCCN.

La valoración debida por la Administración en este caso se refiere al peligro derivado de la tramitación del procedimiento administrativo y el juez debe tomar en cuenta, por tal razón, al revisar la actuación administrativa, ese peligro y no otro, pues al estar pendiente el agotamiento de la vía no tendría sentido exigir de aquél la valoración del peligro en la demora propio de la medida cautelar jurisdiccional específicamente prevista.

Por tratarse, asimismo, de una regulación contemplada para su aplicación originaria por la Administración, es coherente que se aluda sólo al alegato de la nulidad absoluta, pues él bastará, normalmente, para que la autoridad administrativa, de cara a las actuaciones pertinentes, esté en condiciones de apreciar el grado de correlación argumental esgrimido por el recurrente. Desde luego, será también de consideración insoslayable la valoración del interés público, y la contracautela en tanto medio idóneo para postergar la bilateralidad.

En definitiva, es fundamental no perder de vista que cuando la suspensión del acto es acordada pendiente la resolución administrativa sobre el fondo, se otorga hasta que ésta se dicte, de modo que, siendo así, es la propia Administración la que con su diligencia procesal determinará la duración de la cautela judicial acordada.

No compartimos, entonces, la postura doctrinal que postula la aplicación del art. 12 en todos los supuestos en que se solicite la protección cautelar. Consideramos que la situación en que el pedido de suspensión se efectúa cuando el administrado ha recorrido ya el previo procedimiento administrativo -recursivo o de reclamo- agotador de la instancia, merecería, en cambio, su encuadre en el marco procesal del CPCCN.

No se nos escapa que dicho cuerpo adjetivo no tiene como objetivo propio regular la materia contencioso-administrativa. Sin embargo, no hay en él obstáculos, en esta cuestión, para que pueda aplicarse sin lesionar las singularidades del proceso administrativo.

A nuestro modo de ver, es coherente que ante una etapa de posible enjuiciamiento o directamente de conflicto planteado, sean exigibles como recaudos específicos la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, tal como ellos son regulados en el CPCCN e interpretados por la jurisprudencia.

Es razonable que mediando una decisión definitiva y final, respecto de la cual la autoridad administrativa ha agotado sus posibilidades de autocontrol desestimando la pretensión del administrado, o inatendiéndola tácitamente, el juez deba exigir una verosimilitud que se asiente en algo más que en el alegato fundado de una nulidad absoluta.

Es posible que ese alegato contribuya a evidenciar la nulidad manifiesta, pero, de no ser así, compartimos el criterio que discierne la tutela sólo cuando la nulidad es *prima facie* manifiesta o evidente, pues el solo cuestionamiento del acto no alcanza para derivar de él, tácitamente, su arbitrariedad o ilegalidad[72].

Es cierto que la Corte Suprema ha establecido que la naturaleza de las medidas cautelares no exige de los magistrados un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud y que, más aún, el juicio de verdad en esta materia está en oposición con la finalidad del instituto cautelar[73].

Pese a ello, no advertimos otro modo, en esta situación, de enervar la presunción de legitimidad del acto administrativo, la cual sólo cede, según la jurisprudencia de la Corte, frente a la nulidad absoluta y manifiesta[74], siendo ésta la única que podría justificar la desobediencia de aquél[75].

Claro es que, en nuestro concepto, la nulidad será *a priori* manifiesta cuando el acto no evidencie una adecuada estructuración de los elementos esenciales que le son exigibles, con arreglo a los arts. 7° y 8° de la LNPA.

Es también aceptable que para otorgar la cautela cuando el juicio contencioso se entabló o es entablable, se exija el peligro específico consistente en que el tiempo del proceso genere, en atención a las circunstancias del caso, la posibilidad de que, de mantenerse o en su caso alterarse la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

Esta ineficacia o la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia no debería medirse exclusivamente en términos de reparación económica, porque si así se lo hiciera la cautela o no procedería casi nunca, de atenderse al clásico pero discutible dogma de la solvencia estatal, o desde cierto punto de vista, procedería casi siempre,

---

[72] CSJN, 25/02/1992, "Asociación del Personal Superior de Segba", considerando 4º. Ya en la causa "Lipara" (Fallos: 250:36, cit.), el Alto Tribunal había sentado que la presunción de validez de los "actos gubernamentales" impide su descalificación por la sola manifestación de los administrados.

[73] CSJN, 22/12/1992, "Iribarren, Casiano Rafael c/Santa Fé, Provincia de", Fallos: 315:2956; CSJN, 1984, "Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Nación Argentina", Fallos: 306:2060 .

[74] CSJN, 7/10/1975, "Pustelnik, Carlos", Fallos: 293:133, cit., esp. considerando 2º. La trascendencia de la presunción de legitimidad del acto administrativo en materia cautelar ha sido destacada por la CNCAF, Sala IV, 14/05/1985 "Coelho, Guillermo"; íd, 6/08/1985 "Rodríguez, Roberto".

[75] Véase CSJN, "Barraco Aguirre", cit.

habida cuenta las experiencias en materia de consolidación de deudas y otras situaciones que evidencian la falta de correspondencia de aquella presunción con la realidad. Consideramos, en este sentido, adecuado el criterio propuesto por Gambier-Zubiaur quienes a la pauta indicada por García de Enterría -imposibilidad o difícil reparación *in natura*- suman la situación que se generaría de exigirse a un particular un sacrificio especial violatorio de la armonía que debe informar el sistema de prerrogativas y garantías.

Finalmente, es asimismo admisible la exigencia, en principio, del pedido previo de suspensión en sede administrativa, en tanto el procedimiento administrativo, como modo de autocontrol administrativo y, a la vez, de protección de los derechos individuales, no es, necesariamente, frustratorio del acceso a la jurisdicción, caso éste en el que no sería exigible aquel pedido.

9.2.2.1.1.7 Las medidas cautelares positivas

El campo más fértil de aplicación de estas "medidas cautelares positivas" podría hallarse respecto de los actos de contenido negativo.

Esas medidas importarían la emisión de un mandato judicial a la Administración para que ésta observe una conducta activa, es decir no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos sino, directamente, una obligación de hacer[76].

Tal clase de medidas debe afianzarse en el proceso administrativo, cuando la suspensión de los efectos del acto no sea una respuesta cautelar efectiva para la protección peticionada[77].

En ese sentido, ellas deben disponerse cuando el acto debido por la Administración corresponde al ejercicio de facultades regladas. Tratándose, sin embargo, de atribuciones discrecionales tales medidas deberían limitarse a los casos en los que la no emisión del acto debido importe, en relación con las circunstancias del caso, una violación manifiesta de los límites jurídicos de la discrecionalidad.

Sobre esta clase de medidas, se ha afirmado que "no caben dudas de que en ciertas circunstancias, ante un hecho negativo de la Administración, la tutela efectiva del derecho del particular no puede obtenerse por medio de la suspensión de los efectos del acto administrativo lesivo ni por el restablecimiento de la situación fáctica o jurídica vigente antes de su dictado. Por ello, las medidas cautelares positivas, en tanto único instrumento útil para tal fin, revisten una importancia trascendental para el derecho administrativo actual, que no centra su mirada exclusivamente en las prerrogativas de la Administración, sino que procura la adecuada protección de las garantías de que gozan los administrados" (Villarruel).

En el proyecto de Código Contencioso Administrativo del año 1999 se incorpora la figura de las medidas cautelares positivas, las que posibilitarán al juez o tribunal

[76] Ejemplos podrían ser el caso de una inscripción o autorización denegada. O el de un procedimiento de selección, sustanciado bajo la modalidad del *doble sobre*, en el que se dispone, a petición del oferente excluido de la precalificación correspondiente al sobre número uno, la suspensión de los efectos del acto que la contiene, y se ordena, simultáneamente, a la Administración la evaluación de la oferta del recurrente contenida en el sobre nº 2.

[77] Así lo resolvió el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, a propuesta del autor (LL Actualidad, diario del 17/08/1993, *"Conclusiones de la Comisión de Derecho Procesal Administrativo"*).

ordenar la realización de una determinada conducta a la demandada, que podrá consistir incluso, en una provisión justa y razonable al solicitante, cuando exista el peligro de que la demora pueda ocasionar un daño imposible de remediar con la sentencia estimatoria.

10. Caracteres eventuales

10.1. Ejecutividad

No aparece en la LNPA nota alguna del acto administrativo nominada como "ejecutividad".

Doctrinariamente (Escola), se ha dicho que la ejecutividad del acto administrativo consiste en que una vez perfeccionado produce ya, de por sí, todos los efectos propios y ha de cumplirse necesariamente, sin que se pueda diferir su cumplimiento.

La ejecutividad entendida como exigibilidad u obligatoriedad propia del acto administrativo, no señala, en rigor, nota específica del acto.

La exigibilidad del acto es, por tanto, una consecuencia inescindible de su presunción de legitimidad, la cual es así atributo propio del carácter estatal de la decisión.

Parece, por tal motivo, acertado referir el concepto a la aptitud procesal que las leyes de forma les reconocen, en ocasiones, a ciertos actos administrativos para habilitar el proceso de ejecución (Cassagne).

10.2 La retroactividad como concepto jurídico

Jurídicamente, un acto administrativo es retroactivo cuando al reglar hechos, conductas o situaciones anteriores a su vigencia, su aplicación afecta la órbita jurídica de los administrados, alterando sus derechos adquiridos o privándolos de ellos (Marienhoff). La retroactividad del acto se opera cuando aquél se aplica a relaciones o situaciones jurídicas realizadas con anterioridad ya consumadas antes de su eficacia.

¿Cuándo se considera que existe un "derecho adquirido", no vulnerable por la retroactividad de una norma o de un acto de alcance individual? Un derecho se adquiere "cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada" (Llambías).

La CSJN ha dicho, en este sentido, que para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido bajo la vigencia de la ley derogada o modificada, todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo[78].

[78] CSJN, 17/03/1998, "Banco Florencia SA", Fallos: 321:330.

Marienhoff ha manifestado que el concepto de "derecho adquirido" debe ser interpretado con amplitud, comprendiendo la idea de "'derecho a una situación', de 'derecho a ser juzgado de acuerdo a determinada norma' o de 'ser sometido a determinada norma', siempre y cuando el desconocimiento de estos criterios pudiere determinar o determinase un agravio efectivo y cierto a la garantía de inviolabilidad de la propiedad".

Ahora bien, la LNPA establece que el acto administrativo podrá ser retroactivo -siempre que no sean lesionados derechos adquiridos- cuando se lo dicte en sustitución de otro revocado o cuando favorezca al administrado[79].

Se advierte, entonces, que la pretendida retroactividad -bien que excepcional- habilitada por la norma, no es tal desde el punto de vista estrictamente jurídico, porque la nota común a ambas es su admisibilidad en la medida en que no resulten afectados derechos adquiridos (el acto que favorece al interesado, obviamente, no reviste carácter afectante de sus derechos).

Desde esta perspectiva no habrá retroactividad si la regulación de situaciones previas al dictado del acto no se traduce en una alteración de derechos consolidados con anterioridad (Escola).

Por otra parte, la retroactividad no se halla vedada cuando lo que se destruye o modifica es un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente[80].

La "mera facultad" es el antecedente necesario del derecho adquirido, y se entiende como "una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa potencia no es sino una eventualidad que no obsta al cumplimiento de la ley que modifique o aniquile esa perspectiva" (Llambías).

El derecho en expectativa, por su parte, es una noción contrapuesta a la de derecho adquirido y no es, en verdad, un derecho, sino "una esperanza o posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, los que por ahora no son sino una mera eventualidad" (Llambías).

10.2.1. Fundamento

El fundamento principal de la prohibición de la aplicación retroactiva de los actos administrativos se halla en la protección de la garantía constitucional de la propiedad, interesada en la no afectación de los derechos incorporados al patrimonio del administrado (Cassagne). Asimismo, se deriva de la aplicación analógica del principio establecido en el art. 3° del Código Civil (Hutchinson), cuyo segundo párrafo dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario.

En este sentido, se ha afirmado, en el campo del derecho administrativo, que la veda de la aplicación retroactiva de los actos administrativos se halla en el art. 13 de la LNPA, entendido como reglamentación de las garantías constitucionales para los actos

[79] Dictámenes: 140:379.

[80] Ver CNCAF, Sala IV, 13/03/1997, "Dirección Nac. de Fabricaciones Militares c/ Trecenave S.A.", fallo que se refiere a la validez intertemporal de las leyes pero cuyos principios son aplicables a la posibilidad de la aplicación retroactiva de los actos administrativos.

de alcance individual, norma coincidente -al igual que el art. 83 de la reglamentación de la LNPA- con el principio general del art. 3° del Código Civil[81].

10.2.2 Supuestos de procedencia de la aplicación retroactiva de los actos administrativos

En ciertos supuestos, admitidos por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina (Cassagne), se admite la aplicación *retroactiva* de los actos administrativos.

El principio general para admitirla es, como hemos dicho, que con ella no se lesionen derechos adquiridos. Se trata de una prevención innecesaria ya que si, como se ha afirmado, el legislador carece de atribuciones constitucionales para desconocer los derechos garantizados por la Constitución Nacional (Llambías), tampoco las tiene el administrador para hacerlo.

Los dos primeros supuestos de aplicación retroactiva de los actos administrativos están determinados en la propia LNPA.

La pretendida retroactividad habilitada por esta norma no tiene, como se vio, ese carácter desde el punto de vista estrictamente jurídico, porque la nota común a las dos "excepciones" admitidas por la ley es que no resulten afectados derechos adquiridos, es decir, que se trata de supuestos de retroactividad meramente *cronológica* constitucionalmente admisibles.

Con esa aclaración cabe, entonces, enunciar algunos de los supuestos admitidos de retroactividad.

1) En forma genérica, la retroactividad procede cuando favorece al administrado (Marienhoff). Sin embargo, está condicionada a que los supuestos de hecho necesarios existan ya en la fecha en que se retrotrae la eficacia del acto y a que la retroacción no lesione derechos o intereses legítimos de terceros (Parejo Alfonso), ni el interés público.

También -es obvio- pueden acordarse efectos retroactivos a un acto administrativo, aun cuando no se beneficie a un particular, siempre que no se perjudique a un tercero ni se produzca daño alguno (Hutchinson). La actuación de la Administración, en estos casos, puede responder a razones de oportunidad, que aquélla puede evaluar a los fines de mejor tutelar o gestionar el interés público.

2) El otro supuesto contemplado en la ley es el del acto dictado en sustitución de uno anterior extinguido por revocación. Esta previsión es, en principio, lógica, en especial si se trata de la revocación por ilegitimidad, ya que si ésta se produjo de acuerdo al ordenamiento jurídico, lo natural es que al acto que lo sustituya se le atribuyan esos efectos retroactivos.

En el caso del acto que dispone la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, en cambio, sus efectos sólo podrían ser retroactivos si la revocación se fundara en el cambio del derecho objetivo, y esto siempre que se entienda que ese efecto se produce si el aludido cambio genera la nulidad absoluta del acto revocado (Gordillo).

3) Un supuesto de aplicación retroactiva vinculado con el sistema de invalidez de los actos administrativos, es el del acto de revocación en sede administrativa del acto irregular, es decir, afectado de nulidad absoluta.

[81] CNCF, Sala IV, 14/09/1995, "Nidera Argentina SA".

Ello responde al efecto propio de la revocación operada y es coherente, además, con uno de los objetivos que persigue la Administración al ejercer la potestad revocatoria: el de restaurar el imperio de la legalidad, que se ha visto vulnerada desde el mismo momento de la génesis del acto, aun cuando éste ya haya producido efectos.

Se inscribe en este marco la extinción del acto administrativo que dispuso la revocación de un acto que gozaba de estabilidad; en ese caso, deben acordarse efectos desde su inicio al acto ilegítimamente revocado (Cassagne).

Respecto de la revocación del acto anulable, de nulidad relativa, la conclusión es, en principio, la misma, porque también en este caso la causa del vicio determinante de la invalidez es originaria. Y, como bien se ha señalado, a una causa originaria debe corresponder un efecto también inicial.

De todos modos, habida cuenta que, en estas situaciones, por definición, la gravedad afectante del elemento esencial del acto no excluye la existencia de aquél y que, por ende, no cabe, en principio, considerar configurada una trasgresión del ordenamiento comprometedora del interés público, es posible aceptar que se asigne a la revocación efectos sólo *ex nunc*.

4) Otro supuesto de retroactividad es el del saneamiento del acto administrativo cuando éste es posible, por hallarse el acto saneado sólo afectado de nulidad relativa. Las formas de saneamiento están recogidas en el art. 19 de la LNPA (ratificación y confirmación), y la misma norma establece la retroactividad de los efectos del acto de saneamiento al momento del dictado del acto ratificado o confirmado.

5) El acto administrativo de aprobación de uno anterior, respecto de este último. La aprobación otorga ejecutoriedad a un acto que es válido desde su origen[82].

6) Los casos en que la retroactividad es pactada contractualmente (Cassagne), siempre -obviamente- que ello no responda a un proceder ilegítimo.

7) Cuando se tratare de actos declarativos, interpretativos o meramente aclaratorios.

Los actos declarativos son los que se limitan a acreditar relaciones o situaciones jurídicas, sin alterarlas (por ejemplo una certificación o una inscripción registral) (Parejo Alfonso). Así, v.gr., el acto administrativo de la autoridad de aplicación que comprueba las circunstancias o recaudos legales para obtener la condición de jubilado, sólo tiene efecto declarativo de un derecho consolidado con anterioridad y por ello efectos retroactivos[83].

Se ha sostenido que, en rigor, en los supuestos de actos interpretativos o meramente aclaratorios no existe retroactividad, ya que las relaciones jurídicas anteriores al dictado del acto interpretativo o aclaratorio se rigen por el primer acto, con el sentido, determinación o interpretación otorgados por el acto nuevo (Hutchinson). En cualquier caso es requisito para su validez que ellos no alteren la esencia del acto primigenio, pues se aplica el mismo principio relativo a las leyes interpretativas. Y, por supuesto que, para que sea válidamente retroactivo el acto aclaratorio debe ser realmente tal por su propio contenido, no siendo suficiente, para admitir su validez, que se autocalifique como tal.

---

[82] Dictámenes: 234:265.

[83] CSJN, 28/09/1993, "Marozzi, Eldo", Fallos: 316:2090; CSJN, 7/03/1995, "Ríos, Eugenio", Fallos: 318:273.

11. Extinción

11.1. Esclarecimientos conceptuales y terminológicos

La Administración Pública, en el ejercicio de funciones que le son propias, puede efectuar de oficio la extinción de sus actos, ya sea en virtud de la ilegitimidad de éstos, es decir, a causa de su relación de contradicción con el orden jurídico, o bien por existir razones de mérito, conveniencia u oportunidad que así lo hagan aconsejable.

En ambos casos la autoridad administrativa provee a la satisfacción directa e inmediata del interés público. En el primero, restableciendo *per se* la juridicidad vulnerada con el acto extinguido; en el segundo, acomodando su accionar a las nuevas circunstancias de hecho existentes, distintas de las apreciadas originariamente; a la nueva valoración de estas últimas o, en fin, a las actuales exigencias del mutable interés público.

En un caso, la discordancia del acto emitido con el marco jurídico condicionante al tiempo de su emisión impone una nueva expresión de voluntad administrativa acorde con aquella normatividad.

La ilegitimidad del acto sólo debe reputarse configurada, en nuestra opinión, cuando él no responde a las exigencias normativas del ordenamiento vigente al tiempo de su emisión. Los cambios posteriores del orden jurídico, por lo tanto, no determinan la transformación de un acto inicialmente válido en "ilegítimo". Seguimos, en esto, a Marienhoff y Cassagne (en contra: Diez y Gordillo).

En el otro supuesto (razones de mérito, conveniencia u oportunidad), la falta de adecuación actual del criterio de gestión escogido a la necesidad de eficacia del accionar administrativo, ocasiona también la extinción del acto anterior. La inoportunidad del acto puede ser inicial o sobreviniente.

Entendemos que la falta de mérito originaria determina la ilegitimidad del acto administrativo, toda vez que la efectiva concordancia del acto emitido con el interés público que justifica su emisión, constituye un recaudo condicionante de la legitimidad del accionar administrativo. En nuestra opinión, y sobre la base de adherirnos a la definición de la causa expuesta por Marienhoff, y compartiendo, además, lo expresado por Garrido Falla, para quien el interés público actúa como condicionamiento de toda la actividad administrativa, los elementos afectados del acto administrativo inconveniente o inoportuno en su inicio son la "causa" y la "finalidad", pudiendo considerarse involucrado, también el "objeto" o "contenido" del acto.

Ambos modos de actividad administrativa extintiva constituyen el despliegue de facultades que competen a la Administración Pública para el cumplimiento de su objetivo esencial, esto es, la gestión directa e inmediata del interés público. Empero, mientras una de ellas es susceptible de ser ejercida tanto por la Justicia como por la Administración, la otra, al menos en nuestro ordenamiento institucional, por principio sólo puede ser cumplida por ésta. Nos referimos, obviamente, a la extinción por ilegitimidad y por oportunidad, respectivamente.

En el supuesto de extinción por ilegitimidad no se advierten motivos que obsten al desenvolvimiento compartido de esa potestad por parte de la Administración Pública y la Justicia.

Esta última podrá hacerlo, en primer lugar, porque en ella reside el control de legitimidad y razonabilidad, en última instancia, del accionar de todos los poderes del Estado; en segundo, porque la indudable significación de garantía en favor del individuo que ostenta la intervención judicial exigirá que, en ciertos supuestos, la anulación haya de encauzarse, inevitablemente, a través de dicha intervención; y en tercer término, porque una extinción de esa índole se basará, necesariamente, en una objetiva confrontación del acto en cuestión con el orden jurídico que debió condicionar su emisión, lo cual permite encuadrar la actividad anulatoria dentro del marco lógico-jurídico propio de la función judicial.

La Administración, por su parte, podrá actuar *per se* y en nuestra opinión, como veremos más adelante, "deberá" hacerlo cuando sea procedente, por cuanto de ese modo provee a la gestión directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, haciéndolo también mediante la emisión de un juicio lógico-jurídico que, en lo sustancial, es similar al que realizan los jueces cuando dictan sus sentencias, circunstancia esta última que evidencia que la actividad anulatoria no posee, en sí misma, caracteres que la tornen patrimonio exclusivo de la Justicia o la Administración, al menos en lo que a su naturaleza se refiere y salvo, claro está, los casos ya mencionados que requieren la intervención exclusiva de la justicia a raíz de la garantía político-jurídica constituida por las características que tipifican a dicho poder.

En lo que se refiere a la extinción por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, a diferencia de lo que acaece con la extinción por motivos de ilegitimidad, su desenvolvimiento compete, por principio, sólo a la Administración Pública, toda vez que lo contrario importaría una violación del principio de separación de los poderes, dado que el órgano jurisdiccional no puede, sin quebrantar dicho principio, sustituir a la autoridad administrativa en la fijación de las políticas o en la valoración de los criterios de oportunidad otorgados al poder discrecional de ésta (De la Rúa).

Ahora bien, pese a la coincidencia general existente acerca del deslinde orgánico funcional efectuado precedentemente, se presentan sin embargo, tanto en el ámbito doctrinario como en el de la legislación positiva, profundas discrepancias en torno al modo de nominación que corresponde asignar a cada una de las dos formas de actividad extintiva que estudiamos.

Así, pues, para el que puede denominarse criterio subjetivo u orgánico, procede denominar revocación a la extinción dispuesta por la propia Administración Pública con fundamentos en razones de oportunidad o de legalidad, y anulación a la actividad extintiva basada en motivos de "ilegitimidad", obviamente desplegada por los Tribunales Contenciosos Administrativos (Bielsa-Cassagne-Diez-Escola-de Estrada-Gordillo-Linares-Marienhoff).

En esta concepción se prescinde, para la designación terminológica, del acto que plasma la extinción del fundamento tomado en cuenta para su emisión, y se atiende, substancialmente, al órgano que lo emite. De acuerdo con esta apreciación será necesario, pues, adjetivar a la revocación -como específica actividad administrativa- en función de la causa valorada para la extinción, debiéndose instrumentar, en consecuencia, las expresiones "revocación por ilegitimidad" o "revocación por oportunidad, mérito o conveniencia", según los casos.

Una variante de esta posición está constituida por la opinión de aquellos autores que asignan la anulación a la eliminación del acto llevada a cabo por un órgano distinto del emisor (administrativo o judicial), y la revocación, a la extinción operada, por contrario imperio, por el propio órgano que emitió el acto (D´Alessio-Ranelletti).

Para el criterio de base objetiva, hay que descartar, en la nominación de la actividad extintiva, la pauta derivada del sujeto u órgano actuante y atender, por el contrario, al fundamento o motivo de la extinción, de modo tal que, según esta opinión, corresponde referir la revocación a la extinción del acto dispuesta por razones de oportunidad, mérito o conveniencia -aplicable por ende, sólo por la Administración- y la anulación, a la extinción realizada con fundamento en la ilegitimidad del acto -ejercitable por tanto, ya por la propia autoridad administrativa o por la justicia-. Según este criterio, en consecuencia, prevalece en la adopción del término identificador, el aspecto sustancial u objetivo del fenómeno que estudiamos, sobre el subjetivo u orgánico (Fiorini).

Se ha expuesto también un criterio mixto de conformidad con el cual hay revocación cuando la extinción la dispone el propio órgano emisor, cualquiera sea la causal, o un órgano superior, pero por razones exclusivamente de oportunidad, y anulación cuando la eliminación la resuelve el órgano superior por razones de ilegalidad (Sayagués Laso).

Una terminología particular propone, por su parte, Olguín Juárez, quien denomina revocación a la extinción del acto en sede administrativa, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia; invalidación a la extinción, también en sede administrativa, pero por razones de ilegitimidad; y finalmente, anulación a la extinción dispuesta por los órganos jurisdiccionales.

En el ámbito de la legislación positiva, la ley nacional 19549 -modificada por la Ley 21686-, utiliza el término revocación para designar ambas especies de actividad administrativa, adscribiéndose, de ese modo, al criterio de distinción subjetivo u orgánico[84].

En lo que a la jurisprudencia concierne, hay que puntualizar que a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como en su momento lo señaló Bosch, no se la puede situar rígidamente en ninguna posición terminológica, existiendo fallos en los que se recoge, indistintamente, el criterio objetivo o el subjetivo[85]. Por su parte, según la PTN, los términos "revocación" y "anulación" han tenido distintos significados en la legislación nacional y comparada y en la doctrina de los autores[86].

En nuestra opinión, corresponde designar como "anulación" a toda extinción de un acto administrativo dispuesta por la Administración o la Justicia, con fundamento en razones de ilegitimidad derivadas de vicios o defectos inherentes a la estructura misma del acto, y, como "revocación", a toda extinción de un acto administrativo, dispuesta por la Administración, con fundamento en razones de oportunidad, mérito o

[84] Siguiendo, en ese aspecto, como lo indican los autores de la ley en la Exposición de Motivos -punto II, párr. 2º-, la opinión de Marienhoff.

[85] Como ejemplo de la utilización de los términos "revocación" y "anulación" para referirse a la extinción por ilegitimidad, pueden verse las sentencias del 21/04/1941, "Pedro Mortola", Fallos 189:209, cons. 3° y 7°; 23/08/1961, "Cáceres Cowan, Blas", Fallos 250:491 cons. 6°; 1/04/1970, "Nación Argentina c/ Red de Emisoras Splendid", Fallos 276:147, cons.13; 18/12/1970, "Avellaneda, Jorge", Fallos 278:273 cons. 6° respectivamente.

[86] Dictámenes: 162:326 (pto. II.5).

conveniencia, derivadas de la inadecuación de la relación por él generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la extinción.

11.2. Régimen de la anulación de oficio en la LNPA

11.2.1. La anulación de oficio del acto irregular

11.2.1.1. La anulación de oficio y la anulación "no ejecutoria" (presupuesto lógico de la demanda judicial de nulidad, de promoción también imperativa) como deberes imputados a la Administración. El interés público y el régimen jurídico de las nulidades absolutas.

La sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19549, pese a que su denominación parecería indicar un contenido normativo aparentemente referido sólo a materias de orden procesal, introdujo, en el Derecho Administrativo federal, fundamentales regulaciones vinculadas a cuestiones de naturaleza sustancial en dicha disciplina, entre las cuales cabe mencionar, precisamente, la anulación del acto administrativo.

En tal sentido, después de considerar *irregular* al acto administrativo afectado de "nulidad absoluta", y coincidiendo, en ese aspecto, con la correlación que ya resultaba de la jurisprudencia de la Corte, dicha ley, en la primera parte del art. 17 consagró expresamente el deber de "revocar" (para nosotros "anular") o sustituir, por razones de ilegitimidad, aun en sede administrativa, esa clase de actos.

Cabe destacar que, como lo ha puntualizado Dromi, si bien la ley no contempla expresamente la posibilidad de "modificar" el acto -se entiende, por motivos de "ilegitimidad"-, tal posibilidad debe considerarse incluida no sólo por aplicación del principio según el cual quien puede lo más (en el caso, "revocar" o "sustituir"), puede lo menos ("modificar"), sino, además, porque la modificación es una modalidad de sustitución parcial.

Por ello, pues, debe entenderse que cuando hablamos de la anulación de oficio con referencia al texto legal, lo hacemos comprendiendo en su ámbito conceptual tanto la extinción propiamente dicha como la "sustitución" y "modificación" dispuesta por motivos de ilegitimidad.

En la segunda parte del artículo, según el texto originario, se estableció, por el contrario, que, si el acto hubiera generado prestaciones que estuvieran en vías de cumplimiento, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad.

La obligatoriedad prescripta en la primera parte del citado artículo, a pesar de que su colocación en el contexto de la disposición podría al parecer vincularla exclusivamente con la anulación de oficio, constituye, a nuestro modo de ver, la expresión de un principio general en virtud del cual la Administración está obligada, en todos los casos de actos irregulares, a disponer y ejecutoriar *per se* la anulación de ellos, o bien, a ejecutar judicialmente la pretensión anulatoria, según resulte pertinente[87].

[87] Confr., en análogo sentido PTN, Dictámenes: 183:275; 215:189; 220:44; 221:124. Por su parte, la CNCAF ha dicho que lo dispuesto en el art. 17 de la LNPA es una excepción al principio de la revocabilidad del acto administrativo irregular, que obliga al Estado a pedir la nulidad de su propia

En otros términos: sostenemos que tanto la anulación de oficio, cuando ella resulte procedente, como la deducción de la demanda judicial correspondiente, cuando aquel modo de anulación no sea viable, constituyen un deber de cumplimiento inexcusable que incumbe a la autoridad administrativa.

Esta conclusión es consecuencia directa del valor fundamental que inspira el régimen jurídico de las nulidades absolutas, las cuales, como enseñara Vélez Sársfield, en enseñanza válida para todo el derecho, "tienen por causa el interés público".

Dicho interés se traduce, dentro del ámbito de las nulidades administrativas absolutas, en la determinación de un régimen jurídico entre cuyas notas fundamentales cabe destacar la insaneabilidad del vicio, ya sea por ratificación o confirmación, la inexistencia de lapso alguno durante el cual su declaración debe perseguirse o disponerse cuando quien la pretende es el Estado y, finalmente, el efecto necesariamente retroactivo que hay que atribuir a los actos que los extinguen.

Pues bien, todas estas pautas categorizantes del régimen jurídico de las nulidades absolutas vienen a demostrar, en nuestra opinión, que frente a actos afectados de esta clase de invalidez no es lógico ni axiológicamente concebible que la Administración pueda válidamente decidir, expresa o tácitamente (en este caso por simple inercia), la no impugnación judicial de un acto "irregular", dejando subsistente, de ese modo, los ilícitos efectos producidos por dicho acto y sin reparar las eventualmente dañosas consecuencias ocasionadas. Como afirma Marienhoff: "cuando un acto administrativo adolece de un vicio, pero cuya naturaleza excluye la posibilidad de que la extinción de tal acto sea efectuada directamente por la Administración Pública, ésta debe requerir *judicialmente* la respectiva declaración de nulidad; si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus deberes...Así lo exige la adecuada defensa o protección del *interés público* cuya gestión está a cargo de ella".

El empleo de la locución "aun" en el párrafo primero del art. 17 de la ley, interpretado a la luz de la distinción que oportunamente esbozamos entre actos anulatorios dotados de ejecutoriedad "propia" (correspondientes a la "anulación de oficio") y actos anulatorios carentes de dicha ejecutoriedad, o, lo que es lo mismo, dotados de ejecutoriedad "impropia" (correspondientes al "proceso de lesividad"), contribuye decisivamente también a corroborar las conclusiones expuestas.

En efecto, al decirse, en la primera parte del ya citado art. 17, que cuando el acto es *irregular* la Administración tiene que revocarlo o sustituirlo *aun* en sede administrativa, y consignarse en la segunda que en las hipótesis allí previstas *sólo* se pueden impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante la declaración judicial de nulidad, no es irrazonable sostener que el sentido de la norma radica, en el primer supuesto, en que la nulidad debe, allí, no sólo declararse, sino "aun", esto es, "incluso", "también", ejecutarse en sede administrativa (estando aquí la explicación del "plus" significado por el "aun"), y, en el segundo, que siendo también obligatoria en tales hipótesis la "valoración" o "declaración" administrativa de la nulidad, esto es, la anulación "no ejecutoria" como presupuesto lógico de la demanda (y aquí estará la otra faz de la explicación del "aun"), la ejecución de la pretensión

---

actuación en sede judicial mediante un juicio de lesividad, en el que va a ser parte obligada como demandado el beneficiario del acto (CNCAF, Sala IV, 7/04/1989, "Bidart", cons. IV). Asimismo, que ante la presencia de un acto irregular, el agente está obligado a revocarlo en sede administrativa, principio que cede si el acto está produciendo efectos en el área de los derechos subjetivos del administrado, en cuyo caso la Administración está obligada a pedir judicialmente su nulidad, mediante la acción de lesividad (CNCAF, Sala IV, 15/08/1989, "Estado Nacional c/ Novello", cons. III).

anulatoria *sólo* puede obtenerse mediante la sustanciación del pertinente proceso judicial.

De acuerdo con esta interpretación, la obligatoriedad de la interposición de la demanda se correlaciona, pues, con el deber de emitir el acto anulatorio "no ejecutorio" o "declarativo de la lesividad", pues éste viene a constituir el presupuesto lógico de dicha demanda.

La gravitación que, de este modo, otorgamos a la expresión "aun" utilizada por el legislador parece ser, por otra parte, la única forma de darle a ella un sentido lógico e, incluso, axiológico, toda vez que, vincularlo a un supuesto carácter facultativo de la anulación de oficio que constituiría a ésta y a la demanda judicial en opciones posibles en la situación contemplada en el párrafo primero del art. 17, importaría dejar sin explicación el claro deber que incumbe a la Administración en esos casos, mientras que invocarlo para contraponer la obligatoriedad de la anulación de oficio establecida en el citado párrafo primero frente a la calidad facultativa de la demanda judicial en los supuestos encuadrables en el párrafo segundo del mencionado artículo, equivaldría a vulnerar, en estos últimos casos, la axiología inspiradora del régimen jurídico de las nulidades absolutas.

En resumen: entendemos que tanto por gravitación de los valores fundamentales del régimen de las nulidades absolutas, como por el sentido mismo que cabe atribuir a la redacción otorgada al texto legal, se impone establecer como conclusión que no sólo constituye un deber de la Administración la anulación de oficio, cuando ella es procedente, sino incluso, la promoción de la demanda judicial pertinente cuando aquel modo de anulación no resulte viable[88]; aunque, claro está que, en este último caso, por gravitación de principios inherentes a la separación de poderes, la ejecutoriedad de la pretensión anulatoria sólo podrá referirse a la "extinción" del acto y no a la "sustitución" o "modificación" de él, sin perjuicio de que, posteriormente, se las disponga en sede administrativa.

Ahora bien, una apreciación comparativa superficial del régimen introducido por la versión original de la ley 19.549, en relación con el sistema hasta entonces vigente, podría inducir a pensar quizás que dicha norma constituyó un importante progreso en estos aspectos, dado que, mientras ahora la anulación de oficio es un indubitable deber administrativo, de la construcción jurisprudencial, al menos según nuestra interpretación acerca de ella, se infería que la anulación de oficio no pasaba de ser, en su esquema, una simple facultad discrecionalmente utilizable por la Administración.

Esa obligatoriedad, sin embargo, que estaba llamada a tener fructíferos alcances en otros aspectos, por imperio de la limitación consignada en el párrafo segundo del art. 17, no sólo no significó, en lo concerniente a las específicas posibilidades oficiosas de la Administración progreso alguno, sino que importó, en verdad, un indudable retroceso.

En efecto, si bien la "facultad" anulatoria reconocida por la jurisprudencia a la Administración no fue sino eso, una mera "facultad", y no un deber, la realidad es que, teniendo en cuenta los amplios alcances que podía ella adquirir cuando era ejercitada, en

[88] Sobre el punto, la Procuración tiene establecido que "...esta potestad que posee la Administración no es una prerrogativa excepcional, sino la expresión de un principio en virtud del cual aquella está constreñida, ante la existencia de actos irregulares, a disponer o ejecutoriar la revocación, o bien -admitida la existencia de la ilegitimidad- deducir judicialmente la pretensión anulatoria de su propio acto...", Dictámenes 200:133, (pto. V.5), siendo aplicable este mismo principio a los actos bilaterales, Dictámenes 214: 68 (pto. VI).

tanto no se le oponían limitaciones de la índole de la contemplada en el párrafo segundo del mencionado art. 17, y presumiendo, además, una actuación administrativa acorde con las exigencias derivadas del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, es fácil advertir que, al menos en teoría, las expectativas planteadas por la existencia de un acto *irregular* resultaban más adecuadamente susceptibles de ser satisfechas antes de la ley, que con posterioridad a ella.

11.2.1.2. La obligatoriedad de la anulación ("oficiosa" y "no ejecutoria") y la presunción de legitimidad de los actos "irregulares". La imperativa suspensión oficiosa de los efectos del acto cuando éste no puede anularse de oficio. Distintas consecuencias de los vicios "manifiestos" y "no manifiestos".

Las precedentemente señaladas proyecciones fructíferas de la obligatoriedad anulatoria imputada a la Administración, tanto en el caso de la "anulación de oficio" como en aquél en que por no ser ella viable resulta necesario promover la correspondiente demanda judicial, aparecen significativamente evidenciadas cuando se advierte que, precisamente en su virtud, cabe reputar incorporada al esquema de la ley la privación de la presunción de legitimidad a los actos *irregulares*, es decir, a los actos afectados de nulidad absoluta, toda vez que no es razonable suponer que la Administración pueda estar obligada a anular (ya *per se*, o demandando la ejecución de la "nulidad" declarada administrativamente) actos que se presumen legítimos.

Como se ve, esta ausencia de la presunción de legitimidad acompaña, incluso, a los actos que no son anulables oficiosamente, motivo por el cual, y sin perjuicio de que la eliminación definitiva de los efectos del acto sólo pueda lograrse ejecutoriando judicialmente la pretensión anulatoria, se impone en estos casos el deber de suspender provisionalmente los efectos del acto, precisamente porque no sería coherente que siguiera produciéndolos un acto que no se presume legítimo. En esta hipótesis, la Administración debe ejercer la posibilidad suspensiva oficiosa que, por razones de interés público, le autoriza a emplear la segunda parte del art. 12 de la ley.

En síntesis, podemos decir, pues, que cuando la Administración carece de la posibilidad de anular oficiosamente un acto, tiene que emitir otro en el cual "declare" administrativamente la nulidad, disponga la suspensión provisional de sus efectos y ordene la inmediata interposición de la demanda judicial correspondiente, con sujeción, obviamente, al trámite previo constitutivo del "debido proceso adjetivo" en favor de los lesionados por tales decisiones.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el vicio que ocasiona la *irregularidad* puede ser tanto "manifiesto" como "no manifiesto" (Cassagne-de Estrada), y que, a raíz de dicha circunstancia, habrán de ser diversas, en cada caso, no sólo las características del trámite previo a la emisión del acto anulatorio oficioso o "no ejecutorio" (considerando incluida dentro de este último la "suspensión oficiosa" de sus efectos), sino también las modalidades operativas de la ausencia de dicha presunción, creemos conveniente hacer algunas breves consideraciones acerca de la gravitación de la anulación de "oficio" y "no ejecutoria" como especies de la genérica "potestad anulatoria" de la Administración de disponer y ejecutar *per se* la nulidad y requerir judicialmente la ejecutoriedad de ella, respectivamente, y de la presunción de legitimidad del acto como fundamento del deber del administrado de obedecerlo y de la facultad administrativa de hacerlo cumplir, en función del carácter "patente" u "oculto" del vicio.

En tal sentido, consideramos que la interpretación sistemática de la obligatoriedad anulatoria aludida, con la posibilidad de que el vicio que ocasiona la *irregularidad* aparezca "manifiesto" o "no manifiesto" en el acto y el consiguiente efecto derivado de una u otra alternativa en cuanto al comienzo de operatividad de la ausencia de la mencionada presunción, con la calidad de fundamento que tal presunción asume respecto del deber del administrado de obedecer el acto y la facultad administrativa de hacerlo cumplir, y, finalmente, con las exigencias del debido proceso adjetivo, ahora explicitadas legalmente, permite sentar, en relación con el juego de dicha obligatoriedad y la presunción de legitimidad, las siguientes conclusiones:

11.2.1.2.1 Acto *irregular* con vicio "manifiesto"

1) El acto debe ser anulado "oficiosamente", o bien, "declarado nulo", suspendidos sus efectos y ordenada la iniciación de las acciones judiciales tendientes a la "ejecución" judicial de la nulidad, no obstante la "evidencia" del vicio, previa sustanciación del debido proceso adjetivo a favor de quienes resulten afectados por la extinción del acto.

Dicho "proceso", prescindible obviamente cuando la anulación no importe perjuicio alguno a particulares, dadas las características del vicio tendrá las notas categorizadoras de los trámites que procesalmente se denominan de "puro derecho".

2) Este acto carece *ab initio* de presunción de legitimidad y, consiguientemente, de obligatoriedad y ejecutoriedad (en contra: Diez), motivo por el cual, puede ser, también desde el comienzo, esto es, desde el instante mismo de su "notificación", y sin perjuicio de las medidas precautorias que sean procedentes, válidamente desobedecido por el particular, en el sentido de que por "su riesgo y cuenta" puede incumplirlo sin hacerse acreedor posteriormente, y cuando en definitiva quede acreditado el vicio, a consecuencia punitiva alguna a raíz de tal conducta (Gordillo).

11.2.1.2.2 Acto *irregular* con vicio "no manifiesto" o, lo que es lo mismo, acto "aparentemente *regular*".

1) El acto debe ser anulado oficiosamente[89], o bien "declarado" nulo, suspendidos sus efectos y ordenada la "ejecución" judicial de la pretensión anulatoria, cuando el vicio se compruebe fehacientemente, lo cual importa la tramitación de una "investigación de hecho" conducente a dicha comprobación, en cuyo desenvolvimiento debe darse adecuada satisfacción a las exigencias del "debido proceso" con relación a aquellos particulares que resulten afectados por la extinción del acto.

2) Dado el carácter "no manifiesto" del vicio, el acto debe presumirse legítimo, obligatorio y ejecutorio mientras no sea "fundadamente impugnado" por el particular.

[89] Ha expresado la Corte que un acto administrativo, para ser inmutable, debe ser "regular"; y no lo es cuando carece de uno de los requisitos fijados por la ley, lo que determina su nulidad absoluta y, por lo tanto, la posibilidad de dictar la revocación por razones de ilegitimidad en sede administrativa" (CSJN, 23/02/1988, "Cabanas, Ramón"; Fallos, 311:160, cit., cons. I, párr. 2do). En otras palabras, más allá de que el vicio resulte manifiesto, el acto administrativo que carece de un elemento esencial no es inmutable, pues dicha carencia acarrea su "nulidad absoluta".

Deducida la impugnación por el administrado, la presunción cae y la Administración debe, o anular el acto, o "declararlo" nulo, suspender sus efectos y ordenar la ejecución judicial de la nulidad, previa sustanciación del debido proceso con relación a quienes resulten afectados por la extinción del acto.

Con lo expuesto queremos significar que, si bien la mera impugnación no genera la inmediata extinción del acto, por cuanto la Administración tiene que comprobar, por su parte, fehacientemente el vicio y tiene que hacerlo sin violar el "debido proceso", el administrado se halla legitimado, a nuestro modo de ver, y sin perjuicio de las medidas precautorias que sean pertinentes, a desobedecer el acto desde el momento de su "fundada impugnación", toda vez que no pueden imputársele consecuencias derivadas de ilegitimidades que no ha contribuido a ocasionar.

En resumen, puede decirse que las analogías y diferencias existentes entre las dos situaciones son, pues, las siguientes:

a) En ambos casos, la extinción "ejecutoria" o "no ejecutoria" del acto (y en el caso "no ejecutorio" incluyendo junto a la "declaración" de nulidad la "suspensión oficiosa" de sus efectos), constituye un deber inexcusable de la autoridad administrativa, ejercitable con sujeción a las normas del "debido proceso adjetivo" y con arreglo a las características propias de los procedimientos "de puro derecho" o "investigado de hecho" según resulte pertinente de acuerdo con la índole del vicio ("manifiesto" o "no manifiesto").

b) En las dos situaciones el acto carece de presunción de legitimidad, aunque a partir de momentos diversos, lo cual se traduce en consecuencias distintas para los administrados. En la primera, *ab initio*, lo cual posibilita que el particular desobedezca válidamente el acto sin necesidad de deducir impugnación alguna; en la segunda, sólo a partir de una impugnación de esa índole, motivo por el cual, mientras no se la interponga, el acto continúa presumiéndose legítimo.

11.2.1.3. Los límites a la anulación oficiosa del acto "irregular" después de las reformas introducidas por la ley 21.686

En un intento por precisar los alcances del límite a la potestad anulatoria de los actos *irregulares*, se sancionó en el año 1977 la ley 21686, modificatoria de la ley 19549, la cual dejó redactada la segunda parte del art. 17 del siguiente modo: "no obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiera 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".

De acuerdo pues, con el sistema introducido por la citada ley, y que conforma el régimen vigente, la anulación de oficio del acto *irregular* no es procedente cuando dicho acto reúna las siguientes características:

1) firme; 2) consentido (?); 3) que haya generado derechos subjetivos; 4) que esos derechos se estén cumpliendo.

Puede apreciarse, en comparación con el texto anterior, que se reemplazó la frase "prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento" por "derechos subjetivos que se estén cumpliendo", con lo cual sólo se protegen ahora los "derechos subjetivos" y que, además, se agregaron dos nuevas pautas exigibles para la improcedencia de la

anulación de oficio o, lo que es lo mismo, para la necesidad de acudir a la Justicia, a saber, la "firmeza" y el "consentimiento" del acto. A estas modificaciones nos referiremos a continuación:

11.2.1.3.1 Acto "firme" y "consentido"

La introducción de estos recaudos, antes no consagrados como elementos condicionantes de la necesidad de requerir judicialmente la ejecutoriedad de la pretensión anulatoria, hace necesario, a nuestro modo de ver, realizar algunas aclaraciones previas acerca del contenido conceptual que cabe atribuir a las expresiones "acto firme y consentido".

En tal orden de ideas, debe diferenciarse claramente entre el acto definitivo, el acto que causa estado y el acto firme, con el fin de no otorgar al texto legal alcances que no tiene.

Así, pues, el acto definitivo, también denominado acto principal, originario, conclusivo y final, es aquel que resuelve, directa o indirectamente, la cuestión de fondo planteada en un procedimiento, reflejando la voluntad concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos deseados por ella acerca de dicha cuestión, y se opone, conceptualmente, al acto preparatorio, que ni contiene ni expresa la voluntad de la Administración respecto de aquella cuestión, ya que concurre meramente a formularla.

Acto que "causa estado" es el acto definitivo en relación con el cual se han agotado las instancias de recurso en sede administrativa, o bien, aquel acto definitivo que no es susceptible de recurso alguno en dicha sede. Es, pues, el acto que se halla en "estado" de ser impugnado ante la Justicia (Fiorini-Dromi) y se opone, conceptualmente, a aquel que es susceptible de recursos obligatorios en vía administrativa (Linares) y al que es firme por algunas de las causales determinantes de dicho efecto (Fiorini).

El concepto de acto firme incluye, por último, distintos supuestos.

En primer lugar, el acto consentido por el sujeto afectado, expresa o tácitamente, sea que este último modo resulte del vencimiento de los plazos legales o reglamentarios establecidos para su impugnación administrativa o judicial o de cualquier otra forma de voluntad aquiescente con el acto.

Cabe aclarar, respecto de los actos cuyo plazo de impugnación administrativa hubiere vencido, que la firmeza de ellos, a los efectos de su posible revocación en sede administrativa en el trámite de una denuncia de ilegitimidad, en perjuicio de terceros contrainteresados, sólo puede considerarse configurada cuando hubieren transcurrido razonables pautas temporales determinantes de la desestimación formal de la denuncia.

En segundo término, deben incluirse como actos firmes los que, impugnados en sede administrativa y judicial, han sido objeto, en esta última sede, de una valoración judicial pasada en autoridad de cosa juzgada[90].

[90] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de resolver, en este orden de ideas, que a la revisión judicial están sujetos, como regla, "...todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos" (15/11/1983, "Cabrera, Carlos", Fallos: 305:1937, especialmente considerando 4º *in fine*).

De la precedente definición de acto "firme" se infiere que los actos que revisten esa condición, la pueden derivar del consentimiento o bien del agotamiento de las posibilidades impugnativas a su respecto.

Ahora bien, ¿significa lo dicho que el acto firme que es tal no por su consentimiento -expreso o tácito- sino por el agotamiento de sus posibilidades de impugnación judicial, es decir, por haber sido considerado válido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada puede ser anulado por la Administración? En otros términos: ¿El acto que no es, como dice la LNPA, *firme y consentido,* sino sólo firme por su valoración judicial definitiva, podría ser anulado? Creemos que no, porque cuando existe una decisión judicial firme la autoridad administrativa no puede volver sobre ella.

Así, pues, sobre la base de las precedentes aclaraciones conceptuales y terminológicas procede estudiar cómo funciona la potestad anulatoria de la Administración respecto de un recaudo que, como se ha visto, se vincula, no con una actitud posible de la Administración, sino con la conducta del particular.

En tal sentido, debe señalarse, respecto del acto firme, que la interposición en término de un recurso administrativo o acción judicial viene a ser el hito determinante de la ampliación temporal del lapso en que viene a ser viable la anulación oficiosa, y que, a la inversa, el vencimiento de los plazos legales o reglamentarios establecidos para su impugnación administrativa o judicial o cualquier otra actitud del administrado que pueda interpretarse como aquiescencia suya con el acto en cuestión, el consentimiento prestado expresamente por aquel o bien el agotamiento de las posibilidades judiciales de impugnación, constituyen el sello que acredita su no extinguibilidad en sede administrativa.

Como puede vislumbrarse, la anulación de oficio del acto *irregular* queda supeditada, en gran medida, al menos en lo referente al lapso durante el cual es ejercitable, a la estrategia recursiva de los particulares, con los graves riesgos que ello implica para el interés público y el propio interés privado[91].

Las circunstancias señaladas evidencian que si bien es cierto que, como apuntó Dromi, las reformas introducidas por la ley 21686 ampliaron, con relación al sistema instaurado por la ley 19.549, el poder revocatorio de la Administración al aumentar el grado de exigencias para que sea viable la excepción (esto es, la demanda judicial), no lo es menos que esa mayor amplitud no sobrevino como consecuencia del reconocimiento de las potestades que hubieran debido reconocerse a la Administración,

[91] Piénsese, por ejemplo, en una licitación pública en la que un oferente no adjudicatario impugna el acto de adjudicación y amplía, con esa impugnación, el lapso durante el cual sea viable el ejercicio de la potestad anulatoria. Frente a una hipótesis así, no es descartable que el adjudicatario, a fin de asegurarse la estabilidad administrativa que le asigna tal calidad, y el posible recurrente, con el objeto de neutralizar los riesgos de una desestimación que torne infructuoso su cuestionamiento, concilien sus mutuas expectativas e intereses mediante una transacción pergeñada al margen del interés público. También puede darse el caso de un particular que desista de su intención de recurrir un acto a fin de no ampliar a la Administración el tiempo durante el cual pueda anular oficiosamente el acto respectivo. Creemos de todos modos que, pese a estas posibles consecuencias disvaliosas para el interés público, no puede aceptarse el criterio propuesto por Gordillo acerca de la aplicabilidad de la improcedencia de la *reformatio in pejus* con respecto a la parte no recurrida de los actos, no sólo porque la ley no autoriza esa discriminación, sino porque, además, dicho principio es una consecuencia derivada del interés público que en principio domina el procedimiento administrativo en general y recursivo en particular, de modo que, en nuestra opinión, impugnado un acto, se abre a la Administración, la posibilidad de la anulación oficiosa, en perjuicio del recurrente y del "contrainteresado", aunque con los alcances que expusimos en otra obra (La anulación de oficio del acto administrativo).

sino a raíz de la inadecuada gravitación otorgada a la estrategia recursiva de los administrados, lo cual importó, por otra parte, la introducción de una limitación temporal -además de la implicada en los "derechos subjetivos", a la que más adelante nos referiremos- que en la jurisprudencia previa a la ley, a nuestro modo de ver, no existía.

En resumen: la potestad anulatoria de la Administración, en los casos de actos *irregulares*, y siempre que concurra la pauta que después veremos, sólo puede ser ejercida mientras el acto no haya adquirido calidad de "firme", y ya sea que ese carácter lo asuma a causa del consentimiento expreso o tácito del administrado. Producida la "firmeza" del acto, y cuando concurran además las restantes circunstancias legalmente requeridas para ello, el acto no podrá ser anulado con ejecutoriedad "propia" en sede administrativa, debiéndose demandar la ejecutoriedad de la pretensión anulatoria ante la Justicia, demanda para la cual, por tratarse de una nulidad absoluta y ser demandante el Estado, no existe plazo de prescripción o caducidad alguno.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el fundamento y la finalidad a que responde y se dirige, respectivamente, la potestad anulatoria de la Administración, hondamente vinculada al interés público comprometido en la vigencia plena del orden jurídico, dicha prerrogativa tiene que operar con independencia del carácter "firme" o no que posea el acto, debiendo por tanto ser susceptible de ejercitarse sobre éste en cualquier momento.

En este orden de ideas son válidas para el caso las reflexiones que hiciera Marienhoff a propósito de la situación que se planteaba, antes de la ley 19549, con el recaudo de la "causación de estado", cuando proponía, con el fin de evitar confusiones conceptuales, atenerse, únicamente, a la circunstancia realmente significativa en la cuestión: la perfección del acto; siendo aplicables también las consideraciones de Cassagne, quien propone que se distinga el supuesto de extinción del acto vinculado con su impugnación del relacionado con la "revocación" de oficio, señalando, como pauta esencial, en el primer caso, el lapso necesario para la adquisición de la "firmeza" y, en el segundo, la notificación al particular, pero admitiendo, aun en el primer supuesto, la revocación oficiosa después de la "firmeza" cuando el acto estuviera afectado por una nulidad absoluta.

Finalmente, cabe destacar que, dentro de la "firmeza", y aunque la ley no lo contemple expresamente, debe considerarse incluida tácitamente como requisito obvio la "notificación", pues aquélla no es concebible sin ésta, lo cual no ocurre a la inversa, y en consecuencia, que al normarse las condiciones de estabilidad del acto *regular*, la "notificación" sí se enuncie especialmente, toda vez que, al no preverse, en relación con dicho acto, el "plus" temporal significado por la "firmeza", aquélla adquiere sustantividad propia.

11.2.1.3.2 Que el acto hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo

Conocido es el carácter controvertido de la noción de derecho subjetivo en general y de derecho subjetivo público en particular.

Por nuestra parte, entendemos que, siendo el derecho subjetivo un "poder jurídico" reconocido o tutelado por el ordenamiento, genera -como contrapartida- el

deber de una especial conducta en otra u otras personas, es decir, se traduce en la posibilidad concebida a un sujeto de exigir de otro u otros cierto comportamiento positivo o negativo (Recaséns Siches).

El derecho subjetivo, que tiene a la vez una dimensión personal y social, no radica en la voluntad del sujeto ni surge sólo de las normas positivas (v.gr., derechos esenciales de la persona). Es una institución que, aun poseyendo una naturaleza real -en cuanto tutela a la persona-, pertenece al ámbito de las categorías jurídicas, no siendo, por ende, un mero hecho.

Su vinculación con el ejercicio concreto y efectivo de la capacidad normativa que supone, no es necesaria, sino, simplemente, contingente, de modo que, como dice García Maynez, si una norma otorga la facultad de proceder de tal o cual manera, no es necesario que el comportamiento del titular coincida efectivamente con ella, pues aun cuando no se haga uso de las prerrogativas que la ley reconoce u otorga, éstas existen y subsisten, ya que su existencia no depende del ejercicio.

A la luz de las consideraciones precedentes y por gravitación, asimismo, de las ideas que expusimos al comentar el texto originario de la ley 19549 en otra obra, entendemos que la expresión "derechos subjetivos que se estén cumpliendo" permite, por tanto, sentar las siguientes conclusiones:

1) La anulación de oficio no es procedente en el sentido de que carecen de ejecutoriedad "propia" las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria, en relación con aquellos efectos producidos o por producir a raíz del comienzo concreto y efectivo del ejercicio de los derechos subjetivos por parte de los titulares de tales prerrogativas jurídicas; en el caso, los administrados respecto de la Administración.

2) La anulación no es viable, en el mismo sentido indicado en el acápite precedente, cuando el derecho subjetivo se ejerció o cumplió en forma inmediata y con agotamiento instantáneo; ello así a consecuencia de la imposibilidad de tal clase de actos de ser objeto de anulación[92]; empero, por las mismas razones que determinaron la conclusión anterior, la Administración no podría, en estos casos, obtener *per se* la reparación de las consecuencias derivadas de los vicios que afectaran el acto emitido.

3) La anulación oficiosa debe disponerse, en el sentido de que deben ejecutarse con ejecutoriedad "propia" las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria, con relación a los actos que no hayan generado derechos subjetivos o hayan generado sólo intereses o deberes, o habiéndolos generado, no hubieran comenzado a cumplirse, sea el acto "instantáneo" o de "tracto sucesivo".

Con referencia a este último aspecto Dromi, después de preguntarse si es posible que existan derechos subjetivos que no se "estén cumpliendo", censura el texto legal, ya que en su opinión el derecho subjetivo que no se esté cumpliendo debe ser tan respetable para el derecho como lo es el derecho subjetivo que se cumple con efectos inmediatos.

Por nuestra parte, ya hemos expuesto el criterio según el cual el derecho subjetivo, en sí mismo, no debe ser óbice para que un acto administrativo sea oficiosamente anulado en sede administrativa, pues, a nuestro modo de ver, el verdadero límite en la materia debería estar constituido por los límites inherentes a la

[92] Podría hacer excepción el caso en el que pudiera proceder el débito de prestaciones entre las partes con sustento en una causa jurídica distinta del acto o contrato revocado, pues en este caso la revocación podría derivar su sentido de ese cambio causal.

"ejecutoriedad propia" del acto anulatorio, esto es, por la incursión forzada o coactiva de la Administración sobre la persona o los bienes del administrado.

Desde este punto de vista se comprende, por tanto, que no podamos menos de valorar como positiva la posibilidad anulatoria oficiosa que es dable hallar en la ley con relación a los actos *irregulares* en los que los titulares de los derechos subjetivos aparentemente de ellos derivados no hubieran comenzado a ejercitarlos o cumplirlos, toda vez que, en hipótesis de esa índole, no hay razón alguna, a la luz de aquella pauta, que pueda oponerse a la viabilidad de dicha anulación[93].

Creemos incluso que, pese a la censurabilidad del texto legal -por cuanto, además de oponer a la extinción de la nulidad absoluta derechos meramente "aparentes"[94], lo hace en virtud de situaciones que no necesariamente generan vulneraciones a los límites a la ejecutoriedad "propia"-, la posibilidad de anular los actos no "cumplidos" antes que la consolidación de situaciones patrimoniales particulares pueda eventualmente transformarse en obstáculo al ejercicio anulatorio por gravitación de los límites específicos inherentes a la mencionada ejecutoriedad, viene a constituir una interesante atenuación de la posición excesivamente individualista que trasunta la ley en esta ocasión.

En este orden de ideas cabe señalar que, si bien la necesaria demandabilidad judicial impuesta por la ley en todos los casos de actos cuyos derivados y "aparentes" derechos subjetivos hayan comenzado a cumplirse, puede justificarse cuando la ejecutoriedad de la anulación tiene que traducirse en incursiones coactivas o forzadas sobre la persona o los bienes del particular, carece de fundamento adecuado, sin embargo, cuando dicha ejecutoriedad puede efectivizarse sin necesidad de acudir a dicha coerción.

En fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la anulación (revocación) dispuesta de oficio por la Administración se había ajustado a lo dispuesto en el artículo 17 de la LNPA, toda vez que, aun cuando se juzgare que el acto revocado se encontraba firme, él no había generado, al momento de la revocación, derechos subjetivos que se estuvieren cumpliendo ("Miragaya"[95]).

La Corte tomó en cuenta, a ese efecto, que la licencia para la instalación y explotación de un servicio de radiodifusión, había sido adjudicada por un plazo de 8 años, contados, en el caso, a partir del comienzo de las transmisiones, y que esta última circunstancia, cuya determinación correspondía a la autoridad que había anulado el acto, no había sido indicada por el actor como producida; antes bien, señaló el tribunal, aquél había expresado en su recurso extraordinario que al momento de dictarse el acto impugnado aún se encontraba esperando que la autoridad competente fijara la fecha del comienzo de las transmisiones.

---

[93] Dictámenes 218:338, (pto. III); idem, Dictámenes 220:44 (pto. III).

[94] La PTN ha sostenido, en este sentido, que no puede hablarse estrictamente de la existencia de un derecho adquirido definitivamente incorporado al patrimonio del interesado si el acto por el cual se reconoció tal derecho adolece de un vicio de ilegitimidad y existe la posibilidad, ya sea en sede administrativa o judicial, de su revocación o anulación (Dictámenes: 146:364 -pto. II.1-).

[95] CSJN, 08/09/2003, "Miragaya, Marcelo Horacio c/ Comité Federal de Radiodifusión s/amparo ley 16.986", Fallos: 326:3316, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2003 y analizado por nosotros en "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo" en Comadira, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo,* Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 665 y sigts. En el mismo sentido, CSJN, 22/09/1987, "Olivera", Fallos: 310:1870.

Idéntica doctrina reiteró en "Rincón de los Artistas"[96].

4) Es siempre procedente la ejecutoriedad propia de las consecuencias de la pretensión anulatoria en relación con lo debido por la Administración al particular a raíz de la anulación, excepto los daños y perjuicios derivados del acto anulado, cuando ello resultara pertinente. Esta procedencia, obviamente, no es imperativa y puede sujetarse a la estrategia anulatoria de la Administración.

5) Tanto en la situación contemplada en el punto 1 como en la prevista en el punto 3, debe tenerse en cuenta la necesaria gravitación de las pautas específicamente inherentes al régimen jurídico de la ejecutoriedad "propia" del acto administrativo. En la primera, para hacer viable la ejecutoriedad administrativa, incluso coactiva, en los casos extremos en que ella se admite sin acudir a la justicia; en la segunda, para no transgredir en esa libre procedencia, precisamente, los límites específicos de dicha ejecutoriedad, sin perjuicio, obviamente, de los casos extremos en los que esos límites no operan.

Si bien la regulación de la anulación oficiosa ha sido hecha en la ley al margen de las pautas que es dable inferir del régimen específico inherente a la ejecutoriedad propia del acto administrativo, entendemos que, de todos modos, las razones supremas de interés público que justifican las excepciones a los límites que corresponde oponer a la variante coactiva de dicha ejecutoriedad, tienen que gravitar para hacer viable tal anulación, en esas situaciones, aun cuando ésta no sea procedente a la luz del régimen normal consagrado para ella.

Asimismo, en lo concerniente a los casos en que la anulación oficiosa es viable, no se la puede entender habilitada más allá de los límites a la ejecutoriedad propia del acto, dado que, incluso en tales casos, se impone el respeto a la garantía político-jurídica constituida por la necesaria intervención judicial que corresponde requerir para las incursiones coactivas sobre la persona o los bienes del administrado; sin perjuicio, claro está, de las excepciones ya señaladas.

6) Igual que antes de las modificaciones introducidas por la ley 21686, el juego armónico de los artículos 12 y 17 de la ley 19549, interpretado en función de las consecuencias derivadas del interés público implicado en el régimen jurídico de las nulidades absolutas, permite concluir que la Administración, en los casos en que la anulación de oficio no es viable, tiene que suspender de oficio la ejecución de los efectos pendientes del acto, y ordenar, simultáneamente, la iniciación inmediata de las acciones conducentes a la ejecutoriedad judicial de la pretensión anulatoria (es decir, la eliminación de las consecuencias producidas y los efectos pendientes) aunque respetando, también, los límites a la "ejecutoriedad propia"[97].

Para finalizar el comentario de esta parte del texto legal, estimamos necesario hacer tres últimas aclaraciones.

---

[96] CSJN, 30/09/2003, "El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario", Fallos: 326:3700, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2003, en LL del 29/04/2004, pág. 3 con comentario de E. Mertehikian y analizado por nosotros en "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo" en Comadira, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo,* Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 665 y sigts.

[97] Sobre el punto la PTN, en Dictámenes, 156:273, expresó que "en los casos en que aparezca configurada una nulidad se podrán suspender los efectos del acto irregular aún cuando éste hubiese otorgado un derecho subjetivo que esté en vías de cumplimiento" (Inciso III, apartado 5); igual criterio puede verse, recientemente, en Dictámenes: 218:267 (pto. II, ap. 2).

En primer lugar, e independientemente de nuestro marcado desacuerdo con el sistema legal, entendemos que al sustituirse la locución "prestaciones" por "derechos subjetivos" que se estén cumpliendo, se esclarece aún más el exclusivo sentido protector al particular que ostenta la ley en esta cuestión, dado que la indudable carga axiológica individualista que dicha noción tiene, operará, creemos, como un obstáculo para referir el espíritu de la norma a las prestaciones debidas por la Administración a los particulares como consecuencia de la extinción del acto nulo.

En segundo lugar, y si bien ya vimos que el significado jurídico objetivo que, en la actualidad, asume el término "prestaciones", impedía, a nuestro modo de ver, referir el alcance de la prohibición legal sólo a los contratos -con prescindencia de la intencionalidad que haya podido guiar al legislador-, entendemos que, ahora, con la terminología utilizada, no pueden caber dudas acerca del alcance amplio de la ley en este aspecto, dado que los derechos subjetivos pueden emerger tanto de actos unilaterales como bilaterales.

En tercer término, y coincidiendo con Dromi, apreciamos que el cambio legislativo introducido importa una ampliación de las facultades anulatorias de la Administración en el sentido de que, en adelante, no quedarán protegidas cualquier clase de prestaciones, sino sólo las garantizadas mediante el otorgamiento de derechos subjetivos.

Finalmente, queremos destacar la valiosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaborada sobre el tema, en tanto, al resaltar el carácter de principio que debe atribuirse a la potestad anulatoria de la Administración consagrada por la primera parte del artículo 17 de la LNPA y puntualizar, por ende, la interpretación restrictiva que procede asignar a las excepciones a dicha potestad, ha contribuido a atemperar el desequilibrio garantista que evidencia la ley[98].

---

[98] Anticipamos en nuestra obra *La anulación de oficio* que el dictado de la ley 19549 y, posteriormente, su modificación por Ley 21686 significó, por un lado, un aparente progreso respecto a la jurisprudencia de la Corte, en cuanto vendría a constituir la consagración expresa de la anulación de oficio como un deber de la Administración. Sin embargo, remarcábamos, dicho progreso se vio enervado en razón de la limitación introducida en el segundo párrafo del art. 17 de la ley, a la procedencia de esa clase de anulación. Esta limitación fue puesta de manifiesto en toda su dimensión, con la sanción de la ley 21686 que, como vimos, estableció, como requisitos para la anulación, que el acto no se encontrare firme y consentido y que no hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Con ellos, el acto irregular adquiere una estabilidad de la cual no gozaba a la luz de la señalada jurisprudencia, pues en su marco, el acto irregular podía ser extinguido por la administración actuando por sí y ante sí, aun en perjuicio de aparentes derechos por él generados, estuviera o no firme, y, se hubieran comenzado a cumplir, o no. Por tal razón, resulta particularmente importante la doctrina fijada por la Corte en varios pronunciamientos emitidos con posterioridad a la sanción de la LNPA. Entre ellos, el del 17/06/1980, "Movimiento Scout Argentino", Fallos: 302:545; 22/06/1982, "I. C. Rodríguez Blanco de Serrao.", Fallos: 304:898; 26/02/1987, "Bodegas y Viñedos Giol E.E.I. y C", Fallos: 310:380 (del dictamen del Procurador Dr. José Osvaldo Casas, pto. V, a cuyos fundamentos se remitió la Corte); 5/12/1983, "María Elvira Julia Hernández", Fallos: 305:2170, cons. 4º, y 23/04/1991, "Furlotti Setien Hnos." Fallos: 314:322. En el mismo sentido que el Alto Tribunal puede verse CNCAF, Sala IV, 5/09/1997, "Swiecicki"; Sala V, 18/11/1996, "Rioboo", 16/03/1998, "Hanke de Fernández". Dentro de esta posición la Cámara del fuero contencioso administrativo tuvo oportunidad de sostener que el art. 17 de la LNPA, debe interpretarse a favor de la potestad revocatoria de la Administración (CNCAF, S. III, 25/08/1987, "Biondi", cit.), y que el impedimento del 2do. párrafo de dicho art. es de interpretación restrictiva, (S. III, 26/07/1988, "Alice", cit.; S. V., 18/11/1996, "Rioboo"), por su parte, la PTN, en Dictámenes: 156:273, (pto. III, ap. 5) expresaba que "*el principio de legalidad del obrar administrativo lleva, como consecuencia, la necesidad de interpretar en forma restringida la limitación contenida en la segunda parte del art. 17 a la facultad de revocar el acto irregular*" (la cursiva nos pertenece) y, tanto en Dictámenes 200:133, (pto. V, ap. 8, últ. párr.) como en Dictámenes 211:334, (pto. V ap. 2), 220:44 y

Recientemente, la Corte admitió la revocación en sede administrativa de un acto firme y consentido que había generado derechos subjetivos. En el caso[99], la empresa actora -vinculada al Estado por un contrato de transporte de valijas postales con documentación confidencial-, después de solicitar la recomposición del precio del contrato originario, en atención a la presunta insuficiencia de la cláusula de reajuste de éste, desistió de su pedido y propuso, en cambio, una prórroga de aquel contrato con otro precio básico, lo cual, en definitiva, fue aceptado por el organismo al otorgar la prórroga requerida en los términos peticionados, es decir, con un precio máximo que significó un aumento del 858%. Ese acto fue posteriormente revocado en sede administrativa.

No escapó a la Corte que el contrato se estaba cumpliendo, y que, por ende, esa circunstancia hubiera debido obstar, en principio, al ejercicio de la potestad revocatoria por la Administración, según determina el art. 17, párrafo 2 de la LNPA.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, la alternativa escogida por la Administración resultó válida en atención a la declaración de lesividad realizada en sede administrativa y a la solicitud de declaración judicial de nulidad efectuada por vía de reconvención.

La cuestión es ciertamente discutible. Independientemente de nuestra opinión sobre el sistema legal, en el sentido de que él no responde a las exigencias del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, estimamos que, en situaciones como la comentada, el acto revocatorio resulta ilegítimo -salvo que se considerara configurado el conocimiento del vicio por el particular- y así debe ser declarado por el juez, pues el texto de la norma es claro al prohibir la revocación del acto cuando éste ha generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

Sin embargo, ello no puede obstar a que la pretensión administrativa de nulidad referida al acto revocado sea, a su vez, igualmente tratada y, en su caso, declarada por la Justicia. Pues, ¿cómo podría el juez omitir el tratamiento de aquella pretensión, o bien desestimarla cuando la nulidad ha quedado debidamente acreditada?

La situación que se genera revela, como en su momento advirtió lúcidamente de Estrada, la inconveniencia de acordar estabilidad al acto irregular, habida cuenta de su carencia, en la práctica, de sentido jurídico.

Ello, sin perjuicio, desde luego, de las responsabilidades patrimoniales y disciplinarias que el acto revocatorio ilegítimo pueda generar para el agente emisor (de Estrada).

233:329, la Procuración se hizo eco, expresamente, del criterio sostenido por la Corte en "Furlotti" (previamente cit.). En consecuencia, y a riesgo de ser reiterativos, tanto la máxima instancia judicial como el supremo organismo en materia de asesoramiento jurídico que posee la Administración, son contestes en afirmar que la excepción a la potestad revocatoria de aquélla "debe ser interpretada con carácter estricto". Debe destacarse que fue, asimismo, computable positivamente que la Corte Suprema haya reconocido expresamente, despejando toda duda en torno a ello, tanto durante la vigencia del texto originario del artículo 17, como después de las modificaciones introducidas por la ley 21686, la posibilidad administrativa de anular oficiosamente los actos gravemente ilegítimos cuando de éstos no se generaran "prestaciones en vías de cumplimiento" ("Movimiento Scout Argentino" y "Rodríguez Blanco de Serrao", fallos citados) o "derechos subjetivos que se estén cumpliendo" ("Bodegas y Viñedos Giol", y "Olivera").

[99] CSJN, 17/02/1998, "S.A. Organización Coordinadora Argentina", Fallos: 321:174, publicado en ED 177-749 con nuestro comentario.

11.2.1.3.3 La traslación al ámbito del acto "irregular" de las excepciones a la estabilidad del acto "regular"

Al normar la anulación del acto "regular", la ley consagra como excepciones al principio general de su estabilidad diversos supuestos.

Coincidimos con el temperamento oportunamente expuesto por García, de Estrada, Gordillo y Marcer, en el sentido de que las causales autorizadoras de la anulación oficiosa del acto *regular* son igualmente aplicables a la anulación oficiosa del acto *irregular*, y con mayor razón aún, porque, de no ser así, como acertadamente apuntó García, "absurdamente habría mayor rigor para revocar un acto nulo que uno regular".

De acuerdo con esta idea, aun cuando el acto *irregular* haya quedado firme y generado derechos subjetivos que se comenzaron a cumplir, la Administración debe igualmente anularlo oficiosamente cuando se configure alguno de los supuestos idóneos para disponer tal extinción con relación al acto *regular*. Así lo ha reconocido recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular, previstas en el art. 18 de la LNPA -entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17 primera parte de la ley[100].

En igual sentido se ha pronunciado la PTN, al destacar que cuando la omisión de la licitación pública en la celebración de un contrato administrativo adquiere la condición de evidente y, por tanto, de insoslayable conocimiento por el contratista en atención a la actuación de este en el procedimiento, el acuerdo resulta nulo de nulidad absoluta y manifiesta, siendo el vicio determinante encuadrable en el artículo 18 de la ley, aplicable, por extensión, a los supuestos de revocación del acto irregular, toda vez que, en tales situaciones, no resulta admisible la invocación por parte del particular del desconocimiento de los vicios que afectan al acto, dada la improcedencia de alegar la propia torpeza y la propia falta de diligencia[101].

11.2.1.3.4 La configuración del conocimiento del vicio

Una cuestión ciertamente controvertida es la relativa a la determinación de la conducta del administrado idónea para configurar el conocimiento del vicio, como causal habilitadora de la anulación de oficio del acto, sea éste regular o irregular.

---

[100] CSJN, 17/02/1998, "Almagro, Gabriela y otra", Fallos: 321:169. Este criterio había sido sentado ya por la jurisprudencia civil (CNCivil, Sala "A", 30/03/1978, "Chutchurru de Marella", ED 79-367). Y, en fecha más reciente, CSJN, 30/09/2003, "El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario", Fallos: 326:3700, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2003, en LL del 29/04/2004, pág. 3 con comentario de E. Mertehikian y analizado por nosotros en "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo" en Comadira, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo,* Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 665 y sigts.

[101] PTN, 15/11/2000, "Consejo del Menor y la Familia", ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 29/12/2000; Dictámenes: 233:329. Otros dictámenes que aplican las excepciones del art. 18 para aceptar la revocación del acto irregular son, por ejemplo, los registrados en Dictámenes: 151:219, pto. II.4; 153:213, pto. III, ap. 4; 207:517, pto. III.2; 216: 34, pto. III y 233:340.

¿Basta que el particular haya conocido la circunstancia invalidante o debido conocerla? ¿O es necesario, para que la causal opere, que, *además*, el administrado haya contribuido activamente a la producción del vicio?

Por nuestra parte, creemos que es suficiente para habilitar el accionar anulatorio oficioso el mero y simple conocimiento del vicio por el administrado -o la exigencia razonable de ese conocimiento- sin que sea menester, por tanto, que aquél haya sido causado por el administrado. Si el particular debe ser valorado como un colaborador de la Administración Pública, y de esa valoración se desprenden consecuencias que lo favorecen, es coherente que, cuando esa colaboración no se presenta, él deba asumir las consecuencias de tal conducta disvaliosa.

La buena fe está en juego tanto con la omisión maliciosa o improcedente, como con la acción dolosa efectiva que agrega un *plus* de inmoralidad a la omisión[102].

11.2.1.4. Las garantías contra la anulación arbitraria

No existe, al menos en el orden nacional, un procedimiento especialmente previsto para anular, en sede administrativa, un acto administrativo "irregular".

Pese a ello, la garantía contra una anulación arbitraria se halla, precisamente, en los requisitos que la propia ley nacional de procedimientos administrativos exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo, los cuales, por ende, tienen que concurrir, necesariamente, para que el acto que plasma el ejercicio de la potestad anulatoria pueda reputarse válido.

11.2.1.4.1 El dictamen jurídico

En tal orden de ideas, entendemos que adquiere especial relevancia el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, exigible, de acuerdo con lo establecido en el art. 7, inc. d, párrafo segundo, de la citada ley, cuando el acto afectara derechos subjetivos o intereses legítimos, en el que debe valorarse,

[102] En una causa relativamente reciente (16/05/2000, "Cadipsa S.A.", Fallos: 323:1146, también publicada en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/07/2000), la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró válida la circular revocatoria de otra anterior aclaratoria de un Pliego de Bases y Condiciones Generales correspondiente a un Concurso convocado para adjudicar la explotación de hidrocarburos, con fundamento en los vicios relativos a la competencia, el procedimiento, la motivación y el objeto de la circular revocada, que, a juicio del tribunal, afectaban al acto revocado. Este pronunciamiento es trascendente no sólo por la afirmación del principio de legalidad que él supone, sino, además, porque a partir de la ilegalidad de la circular revocada justifica, correctamente a nuestro juicio, su revocación en la propia sede administrativa. La circular aclaratoria de un pliego no puede, pues, contradecir un decreto reglamentario y la propia ley que configuraba el marco del llamado a concurso. Es más: en la misma línea argumental que ya había planteado en la causa "Stamei S.R.L. c. Universidad de Buenos Aires" del 17/11/1987 (Fallos: 310:2278) *el Alto Tribunal insiste en la importancia que cabe atribuir a la especial versación técnica y jurídica de la empresa respecto del conocimiento del marco jurídico atinente a la materia considerada*. El voto de la disidencia, reitera, en cambio, la confusión conceptual en que la Corte incurriera en el caso "Pustelnik" (7/10/1975, "Pustelnik, Carlos", Fallos: 293:133) al identificar acto *irregula*r con acto de vicio manifiesto.

fundadamente, la debida concurrencia de los requisitos esenciales de validez previstos en el ordenamiento[103].

Creemos, asimismo, que por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 92 de la reglamentación aprobada por el decr. 1759/72 (texto conforme al Decreto 1883/91), debería requerirse obligatoriamente también el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación en los supuestos a ese efecto contemplados en dicho artículo.

Esta valoración jurídica previa del accionar administrativo anulatorio cuando el acto pertinente lesione derechos subjetivos o intereses legítimos, es coherente con el esquema de la ley que admite la posible generación de esa clase de prerrogativas (al menos de las primeras) por parte de actos afectados por nulidades absolutas; aunque bueno es destacar que, en nuestra opinión, dicha valoración sería de todos modos exigible aun cuando se aceptara la interpretación propuesta, en el sentido de que de actos de esa índole no pueden emerger más que meras "apariencias" de derechos o intereses.

En este último sentido, en efecto, si bien es cierto que, de un acto afectado por una nulidad absoluta no pueden emerger válidamente derechos subjetivos, no lo es menos que la nulidad invocada para la emisión de un acto anulatorio no deja de ser una pretensión unilateral de la Administración, y como tal, no importa en modo alguno el descarte de la posibilidad de que realmente se hayan generado tales derechos y resulten en definitiva afectados si el acto de anulación es descalificado judicialmente. Esto no significa una concesión a la "apariencia" del derecho, sino una consecuencia de la relatividad -en el sentido de su posible revisión judicial- propia de la decisión administrativa, que prescindiría de dicha apariencia.

Por otro lado, que el dictamen jurídico sea exigible, incluso, cuando el acto puede lesionar "intereses legítimos", como se indicó, no significa que el sistema de estabilidad consagrado en la ley opere en favor de esta clase de prerrogativas, sólo se protegen los "derechos subjetivos que se estén cumpliendo". Sin embargo, y pese a la procedencia de la anulación oficiosa frente a tal clase de prerrogativas, el dictamen jurídico podrá objetar, por ejemplo, la competencia del órgano que proyecta disponerla o la falta de audiencia previa del eventualmente afectado.

En el dictamen jurídico previo debe asumir particular significación -sin perjuicio, obviamente, de la valoración de todos los recaudos considerados esenciales por la ley para la plena validez del acto-, el análisis de los siguientes aspectos:

---

[103] El sentido de garantía que el dictamen jurídico previo tiene respecto del particular, ha sido puntualizado por la Corte Suprema en la causa "Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.", (30/09/1976, "Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.", Fallos 295:1017), en la que se consideró irrelevante la ausencia de dicho dictamen en orden a la legitimidad del acto cuando no se da la posibilidad de que éste lesione derechos subjetivos o intereses legítimos. Si bien la ley supedita al criterio de la autoridad administrativa la valoración de la existencia del supuesto legal que torna exigible el dictamen, (considerando 4º) -esto es, la posibilidad de que el acto afecte derechos subjetivos o intereses legítimos-, entendemos que una práctica administrativa adecuadamente conciliadora de las prerrogativas estatales y los derechos particulares, debería imponer el requerimiento del dictamen jurídico, incluso para la determinación de la concurrencia o ausencia del supuesto legal que lo hace exigible o prescindible, respectivamente, debiéndose integrar en el primer supuesto, y en el mismo asesoramiento, la valoración referida a los demás aspectos inherentes a la legitimidad del acto. Con este procedimiento no se resentirían las atribuciones propias de la autoridad administrativa "activa" en la medida en que el dictamen seguiría siendo, obviamente, no vinculante, y por otro lado, se aseguraría un importante contralor de legitimidad a la decisión anulatoria.

11.2.1.4.2 Competencia. La aptitud legal para disponer la anulación oficiosa de un acto *irregular* corresponde:

1) Al órgano emisor del acto, por aplicación del principio de "paralelismo en las competencias" (Marienhoff), salvo que hubiera actuado por delegación y que, al tiempo de la anulación, aquélla hubiera cesado, supuesto en el cual la anulación sólo podrá disponerla el órgano delegante (argumento del art. 85 del reglamento aprobado por el decr. 1759/72).

Entendemos, asimismo, que en atención a que el fundamento en virtud del cual el ordenamiento reconoce a la Administración la posibilidad de anular oficiosamente sus actos radica en la necesidad de proveer a la satisfacción directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, el órgano emisor del acto puede disponer dicha anulación, incluso en perjuicio del administrado (aunque, obviamente, dentro de los límites de los perjuicios "tolerados" por la ley), aunque haya mediado la interposición de un recurso jerárquico por el interesado o un "contrainteresado".

2) Al órgano delegante, con relación a los actos del delegado (Gordillo).

3) A los superiores jerárquicos del órgano emisor por ser ésta una atribución inherente a la relación jerárquica. Incluimos al Jefe de Gabinete como superior jerárquico de los Ministros.

4) En atención al fundamento que legitima la anulación de oficio y la finalidad que inspira la concesión de los poderes jurídicos de actuación inherente a la relación de tutela administrativa, entendemos que los órganos titulares de dicha relación pueden disponer la anulación oficiosa de los actos ilegítimos emanados de los órganos superiores de los entes tutelados. Aunque en este caso, y según fuera pertinente, con los alcances que surgen del art. 97, último párrafo del reglamento.

Antes de la reforma constitucional de 1994, pensamos, teniendo en cuenta lo señalado por González Arzac, en el sentido de que el espíritu de las reformas introducidas por el decr. 1744/73 radicó en someter a escala ministerial todo lo concerniente al control de la actividad de los inferiores jerárquicos de los ministros y de los órganos superiores de los entes autárquicos que se desenvuelvan en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, que la anulación oficiosa de los actos emanados de los organismos superiores de los entes descentralizados podía disponerla, no sólo el Poder Ejecutivo como "administrador general del país" (ex artículo 86, inc. 1, de la Constitución Nacional), sino también, a la luz del citado decreto, los ministros respectivos. Ello, sin perjuicio de las fundadas objeciones de constitucionalidad que al sistema instaurado por el mencionado decreto se le podían hacer (Escola).

Actualmente, consideramos que esa potestad anulatoria le sigue correspondiendo al Presidente de la Nación, como *titular* de la función administrativa (artículo 99, inciso 1, de la CN), a los Ministros -en tanto éstos mantienen su competencia para resolver, como regla, los recursos de alzada- y, eventualmente, al Jefe de Gabinete, si éste decidiera dejar sin efecto la delegación efectuada, en su momento, por el Presidente a favor de aquéllos[104].

[104] Téngase en cuenta que, según establece el artículo 7° del Decreto 909/1995, las delegaciones de facultades vigentes, referidas a atribuciones que en función de lo establecido por la Constitución Nacional corresponden al Jefe de Gabinete de Ministros, subsisten en tanto éste no las modifique. La competencia

11.2.1.4.3 Audiencia previa

La emisión del acto anulatorio debe ir acompañada del integral cumplimiento de las pautas constitutivas del debido proceso adjetivo, de conformidad con lo establecido en los arts. 1°, inc. f y 7°, inc. d de la LNPA.

En este sentido, cabe recordar que , según la CSJN el organismo previsional cuenta con atribuciones para suspender, revocar o modificar las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios (arts. 48 de la ley 18037 y 15 de la ley 24241) cuando la nulidad absoluta resulte de hechos o actos "fehacientemente probados" y ello presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoseles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados en resguardo de la garantía de defensa en juicio: art. 18 de la CN y art. 1°, inc. f) de la ley 19549[105].

11.2.1.4.4 Acto extinguible

El acto a extinguir debe ser un acto afectado por una nulidad absoluta (arts. 7°, 8°, 14 y 17 de la ley) y carecer la situación por él constituida de algunas de las cinco circunstancias siguientes, las cuales, en caso de concurrir simultáneamente, determinan, por el contrario, su inextinguibilidad:

1) Firmeza del acto; 2) generación de derechos subjetivos; 3) que dichos derechos hayan comenzado a cumplirse; 4) que el vicio no fuere conocido por el particular; y 5) que la anulación proyectada signifique un perjuicio para tales prerrogativas.

Si el acto, pues, no adquirió firmeza (aunque hubiere generado derechos subjetivos en cumplimiento, el interesado no conociera el vicio y la anulación haya de traducirse en perjuicios para derechos subjetivos), o la obtuvo, pero no generó derechos o generó sólo intereses o deberes (aunque el interesado no conozca el vicio y la anulación lo perjudique), o está firme, generó derechos que comenzaron a cumplirse, pero el administrado conoce el vicio (aunque la anulación cause perjuicios), o, en fin, si el acto está firme, generó derechos, éstos comenzaron a cumplirse, el interesado no conoció el vicio, pero la anulación se dispone sin perjuicios para derechos subjetivos, la potestad anulatoria tiene que ejercerse inexcusablemente.

Como se ve, la anulación es un deber, incluso cuando sólo procede en beneficio del particular; ello así, debido a que la vigencia plena del orden jurídico a la que responde el ejercicio de la potestad anulatoria, se impone con prescindencia de los beneficios o perjuicios que para cualquiera de las partes de la relación administrativa (Administración o particular) se sigan a raíz de dicha vigencia.

11.2.1.4.5 Plazo

---

para resolver recursos de alzada es, a nuestro juicio, una delegación presidencial de facultades relativas al ejercicio de la función administrativa y, por tanto, propias de la competencia del Jefe de Gabinete. Hasta el momento éste no ha modificado esa delegación.

[105] CSJN, 12/11/1996, "Trama, María A.", Fallos: 319: 2783.

Si bien la extinción de esta clase de acto administrativo por razones de ilegitimidad no está, en lo que a la Administración concierne, sujeta a plazo de caducidad o prescripción alguno, por imperio del requisito de la firmeza, la ejecutoriedad de la pretensión anulatoria en sede administrativa, sólo puede ser perseguida durante el lapso necesario para que ella se produzca.

Finalmente, debemos puntualizar que las pautas constitutivas de la garantía contra la anulación arbitraria que precedentemente hemos estudiado, son igualmente aplicables, en cuanto fueran pertinentes, a los actos que intentan plasmar el ejercicio de la potestad suspensiva oficiosa contemplada en el art. 12 de la ley.

11.2.1.6. La anulación de oficio del acto "irregular". Síntesis. Crítica.

1) La anulación de oficio es categorizada como un deber de la Administración, es decir, como una potestad administrativa de uso obligatorio, de modo que cuando ella es procedente, su ejercicio constituye una obligación de ejercicio inexcusable.

2) El ejercicio de dicha potestad será procedente cuando el acto no estuviere *firme* (calidad que, como vimos, puede derivar, no sólo del *consentimiento* expreso del administrado, sino, también, tácito), aunque haya generado derechos subjetivos en cumplimiento, el interesado conociera el vicio y la anulación haya de traducirse en perjuicio para derechos subjetivos; lo estuviere, pero no hubiere generado derechos o hubiese generado sólo intereses o deberes, aunque el interesado no conociera el vicio y la anulación ocasione perjuicios; o estuviere firme, hubiere generado derechos subjetivos en cumplimiento, y el interesado conociera el vicio, aunque la anulación ocasione perjuicios; o en fin, cuando estando firme, habiendo generado derechos subjetivos en cumplimiento y no habiendo conocido el particular el vicio, la anulación se dispone sin perjuicio de derechos subjetivos.

3) La anulación no es procedente, por el contrario, cuando, simultáneamente, el acto está firme, generó derechos subjetivos, éstos comenzaron a cumplirse, el interesado no conoció el vicio y se la dispone con perjuicio de derechos subjetivos.

4) Las mismas razones que inspiran la conclusión anterior, impiden que la Administración obtenga *per se* la reparación de las consecuencias derivadas de los vicios que afectan un acto ilegítimo de consumación "instantánea" inmediata.

5) Que la anulación de oficio sea procedente significa que las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria tienen ejecutoriedad "propia", ya con relación a los efectos producidos o por producir a raíz del ejercicio concreto de los derechos subjetivos por parte de sus titulares, ya respecto de los actos que no generan tales prerrogativas o generan sólo intereses o deberes, o bien, habiéndolos generado, no hubieran comenzado a cumplirse.

6) Que la anulación de oficio sea improcedente importa, por el contrario, que las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria no tengan ejecutoriedad "propia" en relación con los efectos producidos o por producir a raíz del ejercicio de los derechos subjetivos por los administrados.

7) Es siempre admisible, aun cuando la anulación resulte improcedente, que tengan ejecutoriedad "propia" las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria

respecto de lo que la Administración deba a los administrados, excepto los daños y perjuicios.

8) Si bien la ley no ha acogido, para regular la procedencia o improcedencia de la anulación de oficio, las pautas inherentes al régimen jurídico de la ejecutoriedad "propia" del acto, ellas deben gravitar en el primer caso, como límite máximo a su viabilidad y, en el segundo, para habilitarla, en los casos extremos en que la ejecutoriedad se admite, incluso coactivamente, como excepción a su inviabilidad.

9) En los casos en que la anulación de oficio no es procedente, la Administración tiene que suspender la continuidad de la ejecución de los efectos del acto, esto es, paralizar o suspender los efectos "pendientes" o "futuros", por aplicación de la potestad suspensiva otorgada por el art. 12 de la ley. Esta suspensión, para que sea legítima, debe ir acompañada por la orden simultánea de iniciar inmediatamente las acciones judiciales tendientes a la ejecutoriedad de la pretensión anulatoria.

10) La garantía contra una anulación o suspensión oficiosa arbitrarias está en la debida concurrencia, en ambos casos, de los requisitos esenciales de validez previstos para los actos administrativos en general en el ordenamiento jurídico, adquiriendo en tal sentido la calidad de instrumento de contralor adecuado, cuando el acto pudiera lesionar derechos subjetivos o intereses legítimos, el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico y, eventualmente, de la Procuración del Tesoro de la Nación.

11) La regulación introducida por la Ley de Procedimientos trasunta un cercenamiento de las posibilidades anulatorias que asistían a la Administración bajo el régimen derivado de la jurisprudencia de la Corte Suprema, exteriorizando una apreciación injustificadamente individualista en torno de la cuestión.

12) Las críticas que nos merece el sistema legal pueden resumirse del siguiente modo:

a) Si bien la anulación oficiosa del acto irregular se considera como un deber de la autoridad administrativa, las limitaciones introducidas a su procedencia cercenan considerablemente sus alcances a la luz de una concepción del bien común que aquilate como dato necesariamente ínsito en él la vigencia plena del orden jurídico.

En tal sentido, estimamos, por tanto, que la regulación de la anulación de oficio en la LNPA no responde, íntegramente, a las exigencias que, en nuestra opinión, plantea la gestión directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad.

b) La adecuada visualización, por un lado, de las exigencias provenientes del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, y la determinación correcta de los límites a la actuación ejecutoria de la Administración, por el otro, hubieran conducido, a nuestro modo de ver, a situar los límites a la procedencia de la anulación de oficio, en lo que consideramos que constituye la única pauta coherente en la materia: la incursión coactiva o forzosa de la Administración sobre la persona o los bienes del administrado.

11.2.2. La anulación de oficio del acto "regular"

11.2.2.1. Concepto de acto regular

Las expresiones acto *regular*, y su reverso, acto *irregular*, tuvieron en su momento una clara significación conceptual.

En aquella significación el acto *regular* comprendía en su ámbito, no sólo los actos plenamente válidos, sino también los que adolecían de vicios no determinantes de nulidades absolutas, o lo que es lo mismo, los afectados por "nulidades relativas" e irregularidades "intrascendentes".

Ahora bien, ni la ley 19549, ni en las reformas introducidas por la ley 21686, y contrariamente a lo que ocurre con el acto *irregular*, se define, al menos expresamente, qué debe entenderse por acto *regular*. Este concepto sólo aparece mencionado en el art. 18 de la ley, sin precisarse, en modo alguno, su contenido y alcances y únicamente al efecto de normar las condiciones de su "revocabilidad" en sede administrativa.

Ello no obstante, entendemos que no hay obstáculos para construir el concepto legislativo correspondiente a dicha clase de actos, el que, en lo sustancial, como veremos, viene a coincidir con el acuñado por la jurisprudencia y la doctrina antes de la vigencia de la ley.

En efecto, si acto *irregular* es aquel que está afectado de nulidad absoluta (art. 17), es lógico inferir, *a contrario sensu*, que todo acto que no adolezca de vicios determinantes de esa categoría de nulidades habrá de ser, consecuentemente, *regular*.

A partir de esta premisa, no parece dudoso, por consiguiente, que, dentro del ámbito conceptual de los actos *regulares* deban incluirse, en primer término, los que no adolecen de vicio o deficiencia alguna, es decir, los actos que son plenamente válidos por haber sido emitidos íntegramente y sin fisuras con sujeción a la debida concurrencia de los requisitos esenciales previstos en los arts. 7º y 8º de la ley.

En segundo lugar, y como supuestos de actos no afectados de nulidades absolutas, pero sin duda, no plenamente válidos, deben incluirse los actos afectados por nulidades relativas, los cuales, dentro del esquema de la ley, no pueden ser otros que los mencionados en el art. 15, toda vez que los vicios y deficiencias allí contemplados son los idóneos para generar tal categoría de invalidez, al menos de acuerdo con la categorización doctrinaria realizada, entre otros, por Marienhoff -fuente declarada de la ley en la materia- y Escola, uno de los coautores de ella.

Adviértase, sin embargo, que en este artículo, en realidad, no debió haberse regulado otra cosa que el régimen jurídico sustancial correspondiente al vicio considerado, sin agregar referencia alguna a la autoridad competente para su extinción, como se hizo, por ejemplo, en el art. 14, en relación con el acto nulo de nulidad absoluta.

La razón es que, al decir que el acto es "anulable en sede judicial", se confunden, en nuestra opinión, dos cuestiones distintas: por un lado, la naturaleza del acto, señalada al indicar su carácter de "anulable", la cual, como ya dijimos, corresponde a la "nulidad relativa", y, por el otro, la vinculada con la autoridad competente para disponer la extinción del acto al señalar, como competente a tal efecto, la "sede judicial".

Por eso, a nuestro entender, en el art. 15 sólo debió decirse que los vicios allí enunciados determinaban la existencia de un acto "anulable", esto es, de "nulidad relativa" y, posteriormente, en el art. 18, después de definirse el concepto de acto *regular* por su referencia a dicha clase de nulidades, entonces sí, consignar que esa

especie de actos debía ser objeto de la pertinente demanda judicial para lograr su extinción por ilegitimidad.

En otros términos: debió seguirse para la regulación de la extinción por ilegitimidad del acto "regular" la misma técnica utilizada para normar dicha situación a propósito del acto *irregular* en los arts. 14 y 17, respectivamente. La técnica legislativa hubiera evidenciado, así, un criterio sistemático: por un lado, en los arts. 14 y 17, la regulación del régimen sustancial de las nulidades absolutas y de la autoridad competente para la extinción de los actos pertinentes respectivamente, y en los arts. 15 y 18, por el otro, la normación de idénticas cuestiones, pero con respecto al acto anulable de nulidad relativa.

De todos modos está claro, en conclusión, que los actos *regulares* mencionados en el art. 18 de la ley incluyen a los anulables o de "nulidad relativa" contemplados en el art. 15, y asimismo que, mientras en esta última norma se sienta como principio general el de su extinguibilidad, por razones de ilegitimidad, sólo en sede judicial, en la segunda parte del art. 18 se contemplan los casos en que dicha extinción es viable, oficiosamente, en sede administrativa, situación ésta a la que nos referiremos en el parágrafo siguiente.

Antes de finalizar, es importante destacar que, después de las reformas introducidas por la ley 21686 se han eliminado como causales de anulabilidad del acto las irregularidades u omisiones intrascendentes que, propugnadas por Escola, habían sido, sin embargo, descartadas por Marienhoff como factores idóneos a ese fin.

11.2.2.2. La anulación de oficio del acto "regular". Su régimen en la ley.

El acto *regular*, en la variante que aquí nos interesa, es decir, el afectado de nulidad relativa, es, según se desprende de lo establecido en el art. 18 de la ley, inextinguible en sede administrativa por razones de ilegitimidad, cuando hubiera sido notificado, generado derechos subjetivos, el interesado no conociera el vicio y la anulación causare perjuicios a aquellos derechos.

Ningún acto administrativo *regular*, por ende, que reúna los requisitos mencionados, es susceptible de ser anulado *per se* por la autoridad administrativa, y viceversa, todo acto *regular* respecto del cual no concurran alguna de las citadas condiciones, es extinguible, oficiosamente, por la Administración.

Ha dicho la CSJN que:

a) El acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad, ostenta empero cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce la presunción de su legitimidad. En consecuencia, no le es dable a la Administración Pública revocarlo por sí y ante sí en razón de su ilegitimidad, sino que debe demandar la declaración judicial de nulidad o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia[106].

b) Si el acto revocado en sede administrativa tiene el carácter de regular, es decir que cumple con los requisitos externos de validez, forma y competencia y no incurre en error grave de derecho, que linde con la incompetencia, no conteniendo vicios que hagan a su nulidad absoluta en los términos de los arts. 14 y 17 de la ley 19549, el caso

[106] CSJN, 7/10/1975, "Pustelnik, Carlos", Fallos: 293:133, cons. 6°.

encuadra en lo dispuesto en la primera parte del art. 18 de la ley citada, por lo que, una vez notificado, no pudo ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa[107].

Adviértase que en la enunciación de los recaudos fundantes de la estabilidad del acto *regular*, la ley ha sido mucho más rigurosa para la habilitación del accionar administrativo que para la regulación de los requisitos constitutivos del límite a la anulación oficiosa del acto "irregular" -aunque, en cierto modo, como se verá, más amplio que la jurisprudencia-, evidenciándose esa rigurosidad en la forma de gravitación específica de tales requisitos.

En efecto, en primer lugar, no exige la ley la firmeza del acto, sino, simplemente, su "notificación", lo cual importa que el ejercicio del accionar anulatorio carece del "plus" temporal que se establece con relación al acto "irregular"

En segundo término, la generación de derechos subjetivos -operada a través de la notificación[108]- significa, también por sí sola, la marginación de toda pretensión anulatoria oficiosa de la Administración, con independencia de que tales derechos subjetivos hayan comenzado, o no, a ejercerse, esto es, hubieran comenzado, o no, a "cumplirse".

Ahora bien, después de establecer las pautas constitutivas de la inextinguibilidad del acto *regular*, el propio art. 18 consagra las siguientes excepciones a dicho principio:

1) Cuando el interesado hubiere conocido el vicio.

2) Cuando la "revocación" lo favoreciere sin causar perjuicios a terceros.

3) Cuando el derecho hubiera sido otorgado expresa y válidamente a título precario.

El supuesto indicado en 1 debe interpretarse como un castigo específico del legislador a la mala fe del particular, pues, según se infiere del propio régimen legal, el vicio, en sí, no autoriza a la Administración a disponer la anulación oficiosa si ese "conocimiento" no se da.

Reiteramos, por otra parte, que para la apertura de la anulación oficiosa basta con que el administrado haya advertido, o debido razonablemente advertir, la existencia del vicio y no lo haya puesto fehacientemente en conocimiento de la autoridad administrativa, antes de la emisión del acto, siendo irrelevante, por ende, que el particular contribuya o no a su producción.

La excepción contemplada en 2) constituye la aplicación del tradicional sentido político-jurídico inspirador de la denominada "cosa juzgada administrativa" elaborada para proteger los derechos de los administrados en relación con las pretensiones anulatorias de la Administración. De acuerdo con esta télesis, una "revocación" con proyección favorable al interesado carece de obstáculos válidos que puedan concurrir a su enervamiento, agregándose ahora expresamente, como condición de viabilidad, la no causación de perjuicios a "terceros".

Esta salvedad de los perjuicios a "terceros", que no aparecía expresamente en la jurisprudencia de la Corte, aunque podía considerársela tácitamente contemplada en la

[107] CSJN, 30/09/1976, "Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.", Fallos 295:1017.

[108] Decimos "a través" de la "notificación" porque bien puede acaecer que un acto generador de derechos subjetivos a favor de un particular, pueda ser conocido por éste antes de su notificación formal e invocado, consecuentemente, para pretender su "inextinguibilidad" (art. 11, 2do. párr.). Entendemos que sólo la notificación fehaciente del acto, realizado por los medios normales, ocasiona su inextinguibilidad.

genérica frase utilizada en los fallos del tribunal sobre el tema, a saber, "sin perjuicio de los derechos de los particulares", debe ser convenientemente aclarada con el fin de evitar interpretaciones erróneas.

Conviene dejar sentado, que no cualquier "perjuicio" está vedado por la ley, sino sólo aquel que exceda el margen tolerado para las derivaciones propias de la anulación oficiosa respecto del "interesado" directo.

Desde este punto de vista, pues, en la anulación oficiosa de un acto *irregular* practicada en "favor" del particular -supuesto que se aplica a esa clase de actos, como vimos-, el perjuicio prohibido a los "terceros" no podrá ser sino el que se siga de la ejecutoriedad de la pretensión anulatoria frente a actos firmes que hubieran generado derechos subjetivos que se hallen en cumplimiento, pero sí podrá traducirse en una afectación de tales prerrogativas cuando no hubieran comenzado a cumplirse, o bien, cuando habiendo comenzado el acto no estuviere firme o el tercero conociere el vicio.

Otro tanto ocurrirá con relación a la anulación de un acto *regular*, supuesto en el cual los "terceros" no "favorecidos" no podrán verse afectados por el solo hecho de haberse generado en su favor derechos subjetivos, aunque no los hubieran comenzado a "cumplir", cuando el "vicio" que motiva la anulación hubiera sido conocido por ellos.

En lo que al supuesto contemplado en 3 se refiere, no creemos que en verdad pueda considerárselo como una causal de excepción a la inextinguibilidad del acto por razones de ilegitimidad, toda vez que la consistencia jurídica de la prerrogativa surgida de un acto, en nada se vincula con la naturaleza de las causales que tornan viable la anulación de dicho acto.

En efecto, mientras en el caso de la extinción de un acto que otorgue un derecho a título precario, cuando la extinción se dispone por causa de esa precariedad, la validez de él no queda cuestionada en el supuesto de la anulación, por el contrario, cualquiera que sea la consistencia del derecho otorgado, lo que realmente se halla en juego es la estructura viciada del acto de que se trata.

En otros términos: el carácter precario con que haya sido otorgado un derecho no autoriza la anulación del acto respectivo sino cuando con prescindencia de dicha precariedad, concurran, objetivamente, causales idóneas para viciar el acto de su legitimidad originaria.

Y la diferencia no es meramente académica, por cuanto mientras la anulación tendrá efectos retroactivos, por principio, y generará la restitución recíproca de las prestaciones percibidas a raíz del acto y la indemnización de los daños derivados de la ejecución del acto ilegítimo, la extinción fundada en la precariedad operará para el futuro y carecerá de todo efecto vinculado con una legitimidad que no ha sido cuestionada.

Por las razones expuestas, entendemos que la inclusión de la causal que estudiamos, en nada vinculada con la revocación del acto *regular* por motivos de ilegitimidad, entre supuestos obviamente referidos a tal modo de extinción, constituye, en realidad, un error de técnica legislativa, y que, por tanto, no puede ser valorado como una situación de excepción a la inextinguibilidad del acto *regular* por razones de legalidad.

En lo que se refiere al carácter facultativo u obligatorio que cabe atribuir al ejercicio de la anulación, en estos casos, entendemos que la locución "podrá", empleada por la ley, no permite considerarlo sino como meramente "facultativo" (Dromi), siendo

del caso destacar, sin embargo, que la discrecionalidad implicada en tal decisión desaparece cuando la no anulación del acto se transforma en una trasgresión a los límites jurídicos de la discrecionalidad.

Finalmente, cabe agregar que pese a concurrir los requisitos que fundan la inextinguibilidad del acto "regular", esto es su notificación y generación de "derechos subjetivos", cuando la Administración valore la gravitación de un interés público suficiente para demandar la nulidad judicial del acto a pesar de su carácter saneable, debe, en el mismo acto anulatorio no "ejecutorio" que al efecto emita, disponer, por aplicación de la potestad "suspensiva" otorgada en el art. 12 de la ley, la suspensión de la ejecución del acto en cuestión y ordenar, simultáneamente, la iniciación inmediata de las acciones judiciales tendientes a la ejecución de la pretensión anulatoria.

Entendemos al respecto que cuando la Administración decide requerir judicialmente la nulidad de un acto *regular* (esto es, de nulidad simplemente "relativa"), es dable presumir que dicha decisión es producto de la valoración de un interés público similar al que determine la inexcusabilidad de la anulación en los actos *irregulares* (es decir, afectados por nulidades "absolutas"), motivo por el cual también en estos casos carece de sentido, a nuestro modo de ver, que plasmado el interés público en la decisión de requerir la ejecutoriedad judicial de la nulidad del acto, se continúe presumiendo éste legítimo y consecuentemente idóneo para la producción de efectos jurídicos.

11.2.2.3. La garantía contra la anulación arbitraria

Son aplicables, al respecto, las consideraciones que antes hicimos acerca del acto *irregular*, excepto en lo que concierne a los requisitos del acto extinguible y plazo dentro del cual puede ejercerse la potestad anulatoria.

Así, pues, en lo que se vincula con el acto extinguible, debe tratarse de un acto afectado por una nulidad relativa y carecer la situación por él configurada de algunas de las cuatro siguientes circunstancias, las cuales, si concurren simultáneamente, determinan, por el contrario, su inextinguibilidad:

1) Notificado; 2) que haya generado derechos subjetivos; 3) que el interesado no haya conocido el vicio y, 4) que cause perjuicio a derechos subjetivos.

Si el acto, pues, no está notificado (a pesar de que el interesado lo conozca), aunque haya generado derechos subjetivos, el particular no conociera el vicio y la anulación causara perjuicios a tales prerrogativas; o está efectivamente notificado, pero no generó derechos subjetivos o sólo generó intereses o deberes (aunque el interesado no conozca el vicio y la anulación ocasionara perjuicios); o está notificado y generó derechos, pero el interesado conoció el vicio (aunque la anulación causara perjuicios a derechos subjetivos); o, en fin, está notificado, generó derechos, el interesado no conoció el vicio, pero la anulación no causa perjuicios a derechos subjetivos, puede disponerse la anulación en sede administrativa.

En lo que se refiere al plazo dentro del cual la Administración puede ejercer la posibilidad que la ley le otorga, teniendo en cuenta la naturaleza prescriptible de la acción conducente a la extinción de esta clase de actos (Cassagne), y al no existir disposición alguna en la ley, deben aplicarse, por analogía, las normas del Código Civil concernientes a la prescripción de los actos relativamente nulos (Dromi).

11.2.2.4. La anulación de oficio del acto "regular". Síntesis. Crítica.

1) La anulación oficiosa del acto "regular", cuando es procedente, sólo constituye una posibilidad de ejercicio meramente facultativo para la Administración, con el límite jurídico oponible a la discrecionalidad.

2) El ejercicio de dicha potestad es procedente cuando el acto no está notificado (aunque de él puedan emerger potencialmente derechos subjetivos, el interesado no conociera el vicio y la anulación perjudicara tales prerrogativas); cuando está notificado, pero no generó derechos, o generó sólo intereses o deberes (aunque el interesado no conociera el vicio y la anulación causara perjuicios); si está notificado y generó derechos, pero el interesado conoció el vicio (aunque causara perjuicios); y en fin, cuando, estando notificado, habiendo generado derechos y no siendo el vicio conocido por el administrado, la anulación se dispone sin perjuicio para derechos subjetivos.

3) Que la anulación de oficio sea procedente, significa, en el caso del acto *regular*, que las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria tengan ejecutoriedad "propia" sobre los derechos subjetivos generados por el acto (independientemente de que se los haya comenzado a ejecutar, o no) y, obviamente, respecto de los intereses o deberes cuando no hubiesen generado aquellas prerrogativas.

4) A la inversa, que la anulación de oficio sea improcedente importa que las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria carecen de ejecutoriedad "propia" con relación a los derechos subjetivos generados por el acto (independientemente, también, de que se los haya comenzado a cumplir o no).

5) Es siempre admisible, aun cuando la anulación no sea procedente, que tengan ejecutoriedad "propia" las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria con relación a lo que la Administración deba al particular a raíz de la anulación (excepto daños y perjuicios).

6) Si bien la ley no ha acogido para regular la procedencia o improcedencia de la anulación de oficio las pautas inherentes al régimen jurídico de la ejecutoriedad "propia" del acto, imponiendo consecuencias diversas a las que se seguirán de la aplicación de ese régimen, ellas deben gravitar, en el primer caso, como límite máximo a su viabilidad, y, en el segundo, para habilitarla en los supuestos extremos en que dicha ejecutoriedad se admite, incluso coactivamente, como excepción a su no viabilidad.

7) En los casos en que la anulación de oficio del acto *regular* es improcedente y la Administración valore la concurrencia de un interés público suficiente para demandar la nulidad judicial del acto, debe, simultáneamente con la orden que emita para iniciar las acciones judiciales pertinentes, disponer la suspensión de sus efectos, por aplicación de la potestad suspensiva otorgada en el art. 12 de la ley. Esta suspensión sólo será legítima cuando se la disponga conjuntamente con la orden del accionamiento judicial mencionado.

8) La garantía contra la anulación y suspensión oficiosa arbitrarias está en la concurrencia de los requisitos esenciales de validez que el ordenamiento prevé para los actos administrativos, en particular, en el dictamen jurídico previo del servicio de asesoramiento permanente, y eventualmente de la Procuración del Tesoro de la Nación, cuando la anulación pueda lesionar derechos subjetivos e intereses legítimos.

9) En cuanto a la crítica que nos merece el sistema legal, no cabe sino reiterar que la deficiencia sustancial deriva, a nuestro modo de ver, de no haber consagrado como valla a la procedencia de la anulación los límites inherentes a la ejecutoriedad "propia" del acto administrativo, lo cual hubiera permitido estructurar la regulación legal con prescindencia del grado de invalidez de los actos y situar, además, el derecho subjetivo en su verdadero rol en la cuestión, esto es, en impedir el ejercicio de la potestad anulatoria cuando ella deba traducirse en una incursión forzada o coactiva sobre la persona o los bienes del administrado.

11.2.2.5 Los límites a la anulación de oficio como máxima posibilidad de perjuicio irrogable a los particulares, tanto en los procedimientos oficiosos como recursivos.

Según expusimos en otro momento, el fundamento que gravita para las anulaciones dispuestas por la Administración, tanto pronunciadas de oficio, como acaecidas a raíz de un recurso interpuesto por un administrado, es el mismo y, según vimos, consiste en la necesidad de proveer a la satisfacción directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad.

Siendo ello así, es lógico admitir que, como a nuestro modo de ver acaece en el ordenamiento positivo nacional por imperio de lo dispuesto en los arts. 7º, inc. c, de la Ley de Procedimientos y 82 del Reglamento aprobado por el decr. 1759/72, el ejercicio del accionar anulatorio de la Administración puede llegar a tener, incluso en el procedimiento recursivo, los alcances propios de la *reformatio in pejus*.

Ahora bien, esta misma identidad de fundamentos y de posibilidades consiguientemente derivadas, significa además que el límite máximo del accionar administrativo anulatorio ejercible en perjuicio de los administrados y ante recursos por éstos interpuestos, debe estar constituido, a nuestro modo de ver, por lo que la autoridad administrativa realice *per se*.

Así, pues, si bien es posible aceptar que la Administración, por las razones expuestas, resuelva un recurso con perjuicio del recurrente, lo cual importa que, en tal aspecto, el poder jurídico de actuación no emana ya del impulso particular, sino de la gravitación de principios inherentes al ejercicio oficioso del accionar administrativo, del mismo modo es razonable concluir en que, en ese ejercicio, sus posibilidades queden limitadas a lo que la Administración hubiera realizado actuando oficiosamente.

Esos límites, por otra parte, serán los que deben gravitar, tanto respecto del interesado directo, como de los "terceros" "contrainteresados", de modo que, cuando, por ejemplo, en un procedimiento recursivo o de oficio se anule un acto a favor del recurrente o interesado, los derechos de "terceros" aludidos en los artículos respectivos (82, *in fine*, del ya citado reglamento y 18 de la ley), no podrán considerarse afectados sino en la medida en que se exceda el límite propio del accionar oficioso.

11.2.2.6. Consideración final. El aporte de la jurisprudencia de la Corte.

El sistema de revocación y estabilidad regulado en los arts. 17 y 18 de la LNPA es aplicable a los actos unilaterales particulares, a los contractuales y a los que implican el ejercicio de facultades tanto regladas como discrecionales.

Quedan, así, al margen, los actos de alcance general[109], y se puede tener en cuenta, respecto de los que impliquen el ejercicio de actividad jurisdiccional, las prescripciones del art. 99 del reglamento de la ley.

Consideramos singularmente valiosa la jurisprudencia de la Corte elaborada después de la sanción de la ley nacional de procedimientos administrativos, porque con ella el Alto Tribunal morigeró significativamente los alcances excesivamente individualistas contenidos en esa ley en la materia.

El principio de interpretación restrictiva de las excepciones a la potestad revocatoria de la Administración; la posibilidad de revocar cuando los derechos no se comenzaron a cumplir; el traslado de los supuestos de revocación del acto regular al ámbito de la revocación del acto irregular y la configuración del conocimiento del vicio por el administrado como hecho habilitante de la revocación aun cuando no haya habido, por parte de éste, contribución a la génesis de aquél, son, pues, hitos hermenéuticos que contribuyen a elevar el contenido ético de las relaciones jurídico administrativas.

11.3. La revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Se trata de la extinción del acto administrativo dispuesta por la propia Administración Pública con el fin de adaptar su accionar a las nuevas circunstancias de hecho -diferentes de las apreciadas originariamente-, a la nueva valoración de estas últimas, o a las actuales exigencias del interés público.

La posibilidad de que la extinción por razones de oportunidad se base no sólo en el cambio de las circunstancias de hecho tomadas en cuenta originariamente al momento de la emisión del acto, sino también en su nueva valoración como consecuencia de la variación del criterio de las autoridades administrativas o de la mutación del interés público que determinó la emisión del acto, es aceptada por parte de la doctrina y negada por otra.

Cabe puntualizar, de todos modos, que cuando se admite la posibilidad de la revocación por el cambio de apreciación de las autoridades administrativas -sin mediar mutación de las circunstancias de hecho iniciales-, se lo hace en la inteligencia de que "es necesario, sin embargo, que no se trate de un mero capricho o arbitrio para favorecer fines particulares" (Olguín Juárez). Es que "cambio de criterio" no importa, necesariamente, "arbitrariedad", y es admisible una mutación valorativa de la Administración ejercida con razonable discrecionalidad.

A diferencia de la revocación por razones de ilegitimidad (anulación), que implica un cuestionamiento de la legitimidad inicial del acto, en razón de un vicio o defecto que lo descalifica como causa jurídica válida, y, por ende, ocasiona la necesidad de extinguirlo como objeto jurídico desde el momento mismo de su emisión originaria, en la revocación en examen el motivo determinante de la extinción del acto se asienta

[109] Sin perjuicio de la opinión contraria que hemos vertido antes respecto del tema *de lege ferenda.*

no en él mismo, sino en la relación jurídica por él generada, consistente en la falta de adecuación de ésta a las exigencias del interés público en el momento de la extinción.

Por tal circunstancia, los efectos de la revocación por oportunidad no pueden operar sino hacia el futuro, es decir, *ex nunc*.

En tanto la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia se funda en la necesidad de extinguir una relación jurídica que resulta inadecuada a las exigencias actuales del interés público, pero no implica juicio de valor sobre la legitimidad del acto que la sustentó, no es posible emplearla para extinguir, a su amparo, actos ilegítimos. La ilegitimidad no se puede, pues, encubrir con una revocación por oportunidad, mérito o conveniencia. Así lo ha decidido la PTN al considerar que el proyecto por el que se proponía la derogación de una resolución por motivos de oportunidad debía, en cambio, basarse en su irregularidad, puesto que la Administración Pública, de acuerdo con expresas disposiciones legales, está obligada a disponer la revocación de los actos administrativos nulos, aun en sede administrativa, por razones de ilegitimidad[110]. Por ello, es criticable, a nuestro juicio, la afirmación contenida en la sentencia de la Corte en la causa "El Jacarandá", al sostener que si bien es cierto que la Administración no profundizó el examen de las supuestas irregularidades, esa circunstancia no la priva del ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 18 de la LNPA[111].

Una cuestión singularmente controvertida en la doctrina es la relativa a si para la procedencia de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia hace falta una ley que expresamente autorice a la Administración a disponerla, o si, en cambio, la potestad revocatoria es un atributo ínsito en la función de administrar.

La opinión tradicional (Bielsa-Marienhoff-Cassagne), que es la consagrada por la jurisprudencia de la CSJN[112], no requiere la existencia de norma legal expresamente autorizadora.

Por nuestra parte, adherimos a esta concepción pues si la función administrativa supone la gestión directa e inmediata del bien común, se debe considerar una potestad inherente o razonablemente implícita en ella, la extinción de actos o contratos que no respondan a las exigencias actuales de ese bien. En el derecho positivo nacional esa potestad le corresponde, en principio, al Presidente de la Nación o al Jefe de Gabinete -o a las autoridades legítimamente delegadas por éstos- como jefe de la Administración y titular de su ejercicio, respectivamente (arts. 99, inc. 1 y 100, inc. 1 de la Constitución Nacional).

Otra corriente doctrinal entiende (Gordillo), al contrario, que en vista de que la revocación en estudio importa un sacrificio de la propiedad por razones de interés público, ella no puede ser dispuesta sino con base en una ley especial que califique de utilidad pública el derecho derivado del acto a extinguir.

Cassagne ha entendido que el requisito legal está actualmente cumplido con el art. 18 de la LNPA.

Desde otra perspectiva, cabe destacar que no resulta aceptable la instauración de una acción de lesividad que contemple como posible objeto de su contenido, además de

---

[110] Dictámenes: 231:342.
[111] CSJN, 28/07/2005, "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional s/ juicios de conocimiento", Fallos 328, en prensa, publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/09/2005.
[112] CSJN, 7/10/1975, "Pustelnik, Carlos", Fallos: 293:133, cit.

la extinción por ilegitimidad, la demanda de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (como lo propone Botassi respecto de la Provincia de Buenos Aires), pues ello significaría transferirle al Poder Judicial un ámbito de competencia propio de la Administración. La revocación por oportunidad es patrimonio de la Administración Pública, y la competencia jurisdiccional a su respecto no puede exceder del marco del control de razonabilidad, a instancia del administrado eventualmente afectado.

Una condición insoslayable de la validez de la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, sustentada en la protección otorgada a la propiedad por el artículo 17 de la Constitución, es la indemnización al particular cuando ella le ocasiona un perjuicio, de lo cual naturalmente se deriva que si la revocación no afecta derechos y, por tanto, no causa perjuicios, la indemnización es improcedente[113].

Ahora bien, si lo expuesto no es motivo de discusión alguna, sí lo es, en cambio, la cuestión del *quantum* de dicha indemnización.

11.3.1. La cuestión del quantum de la indemnización

Este tema es abordado *infra* al tratar el alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita, cuyas conclusiones deben considerarse reproducidas aquí. Adelantamos, igualmente, que, a nuestro juicio, aquélla no debería exceder del daño emergente, con exclusión del lucro cesante.

11.3.2. Revocación por cambio del derecho objetivo.

Si las normas que condicionaron el otorgamiento del acto varían, la nueva situación debe ser equiparada, en su tratamiento jurídico, a la que corresponde en materia de revocación por oportunidad, mérito o conveniencia.

El acto inicialmente legítimo, confrontado con el nuevo ordenamiento normativo, puede resultar gravemente afectado -generando así una nulidad absoluta-, o bien sólo en forma leve -originando, en este supuesto, una nulidad relativa-.

En cualquier caso, la situación debe ser valorada a la luz de los principios que disciplinan la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, motivo por el cual la extinción produce sus efectos sólo para el futuro, y genera para el particular el pertinente derecho indemnizatorio.

11.4. Caducidad

[113] La PTN ha señalado que una Resolución de un organismo administrativo (la SIDE), que dispuso diversos ascensos para el personal de esa Secretaría, es revocable en sede administrativa por la misma autoridad que la dictó, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, pues tratándose de un acto administrativo de alcance particular y no habiéndose efectuado la notificación por ninguno de los medios previstos en el art. 41 de la RLNPA, no se han generado derechos subjetivos y por lo tanto puede ser revocada sin derecho a indemnización por parte de los particulares afectados (Dictámenes:232:122).

Es la extinción unilateralmente dispuesta por la Administración, con fundamento en el incumplimiento, por el particular, de condiciones fijadas en el acto.

La LNPA prevé esta modalidad exigiendo, como procedimiento a cumplir antes del dictado del acto, la constitución en mora del interesado y la concesión a éste de un plazo suplementario para que cumpla.

El incumplimiento del procedimiento indicado, según lo ha declarado la CSJN, ocasiona la nulidad absoluta del acto.

Así, el Alto Tribunal ha entendido que la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto en un caso por la administración haya sido dictado con violación de la ley, ya que la omisión del recaudo sustancial previsto en ésta como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede dar lugar a la nulidad absoluta del acto. La caducidad requería, así, de una interpelación para que el empleado incurriera en mora[114].

En un fallo relativamente reciente, el Alto Tribunal entendió que era suficiente, para constituir en mora a un contratista por incumplimiento de sus obligaciones, y disponer la consecuente caducidad del acuerdo, un reclamo de obra faltante que constaba en las actuaciones administrativas, del que tomó conocimiento aquél, y que hacía referencia en forma explícita a las obras no ejecutadas[115].

En el mismo sentido, ha resuelto la CNCAF que correspondía hacer lugar a un amparo interpuesto contra la resolución de Lotería Nacional Sociedad del Estado por la que se dispuso la revocación de un contrato de agencia oficial, ya que el comentado art. 21 establece que la Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones en aquél fijadas, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto[116].

Es también ésta la doctrina de la PTN, que ha sostenido que se impone al órgano competente la notificación al interesado en forma previa a la declaración de caducidad de un acto administrativo, ante el incumplimiento por aquél de las condiciones en éste fijadas, a fin de que medie previa constitución en mora, con concesión de un plazo suplementario razonable al efecto[117].

Ello es así, pues se ha considerado tradicionalmente que la caducidad constituye una sanción máxima, una pena administrativa, por lo que su procedencia es limitada y antes de aplicarla, debe garantizarse una última oportunidad al administrado.

Esta circunstancia torna exigible que el acto mediante el cual se notifica el estado moroso en el accionar del administrado y la concesión legal del nuevo plazo, exigidos por el art. 21 de la ley 19549, no puedan ser obviados ni tampoco dispuestos con anterioridad al vencimiento del plazo de caducidad originariamente acordado al administrado.

El "derecho a una decisión fundada", amparado en el apartado 3 del art. 1° de la ley 19549, encuentra, entre otras formas de exteriorizarse, la prevista en el art. 21 de

[114] CSJN, 13/02/1986, "Borgo, Hermes Francisco", Fallos: 308:108. Si bien la Corte se refiere a la violación de la ley, el defecto realmente configurado en el marco de la ley de procedimientos era el relativo a los procedimientos (artículo 7°, inciso d).
[115] CSJN, 01/06/2000, "Paz, Valentín", Fallos: 323:1332.
[116] CNCAF, Sala I, 22/02/2000, "Lapeña".
[117] Dictámenes: 134:261 (pto., II); 200:14.

ésta, en cuanto dicho precepto exige, para decretar la caducidad del acto administrativo, que la misma *se funde* en un emplazamiento previo del interesado y en el incumplimiento de éste[118].

Finalmente, corresponde consignar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incurriendo, a nuestro juicio, en un lamentable error conceptual, ha extendido la protección de la "cosa juzgada administrativa" y, consecuentemente, la inextinguibilidad del acto administrativo en sede administrativa del acto pertinente, en materia previsional militar a casos no constitutivos, en rigor, de "revocación por ilegitimidad", sino de situaciones equiparables a la "caducidad" del acto, en tanto exigió la intervención judicial para la extinción de un beneficio previsional fundada en hechos sobrevinientes a su otorgamiento[119].

Este error, que viene a ignorar la jurisprudencia del tribunal que resultaba de fallos emitidos con anterioridad[120] se ha traducido también en dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación emitidos en seguimiento de ese criterio jurisprudencial[121]. El temperamento comentado importa, asimismo, prescindir del principio aplicable en la materia previsional en general por imperio de lo establecido en su momento por el artículo 48 de la ley 21451 (incorporado por la ley 21451) - actualmente artículo 15, segundo párrafo, de la ley 24241- que significa una clara excepción a lo preceptuado por el artículo 17 de la ley de procedimientos administrativos. La doctrina correcta en la cuestión ha sido sentada, sin embargo, por la Auditoría General de las Fuerzas Armadas[122].

Bibliografía de este capítulo:

1. Aberastury, Pedro y Cilurzo, María Rosa, Curso de procedimiento administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
2. Aja Espil, Jorge, Constitución y Poder, Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes, Buenos Aires, TEA, 1987.
3. Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Bosch, 1970, Tº I, Traducción de la 3ra. edición italiana.
4. Alfonsín, Raúl, Núcleo de coincidencias básicas, LL 1994 - D, 835.
5. Alsina Atienza, Dalmiro, Retroactividad de los actos jurídicos, JA, 1950-II-20.
6. Altamira Gigena, Julio I, El control de los actos administrativos por el Poder Judicial, LL 143-847.
7. Altamira, Pedro, Curso de derecho administrativo, con la colaboración de Julio Isidro Altamira Gigena, Buenos Aires, Depalma, 1971, edición póstuma.
8. Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar - López Cabana, Roberto, Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
9. Alterini, Atilio A. Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1987.
10. Barra, Rodolfo C., Actos reglados y discrecionales. Su problemática y control, en Procedimiento administrativo, Ponencias del IV Encuentro Hispano Argentino sobre Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 1994.

[118] Dictámenes: 200:14.
[119] CSJN, 21/04/1987, "Salvatierra, Argentina A.", Fallos: 310:798 (sumario).
[120] CSJN, 1937, "A., J. E. de v. Nación".Fallos: 177:131.
[121] Dictámenes: 199:61, pto. III (Expediente 1651/91, Ministerio de Defensa, 23/10/1991).
[122] Dictámenes: 238:231, del 28/12/1988.

11. Barra, Rodolfo Carlos, Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración, ED 107-419.
12. Barra, Rodolfo C., El amparo por mora de la Administración, en Estudios de derecho administrativo, Buenos Aires, editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, Tº. I.
13. Barra, Rodolfo C., El derecho Administrativo como régimen jurídico exorbitante, en RADA, nº 19, Buenos Aires, Plus Ultra.
14. Barra, Rodolfo C., Los actos administrativos contractuales, teoría de los actos coligados, Buenos Aires, Abaco, 1989.
15. Barra, Rodolfo C., Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abaco, 1980.
16. Barra, Rodolfo C., Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos, ED 122-589.
17. Barra, Rodolfo C., Ejecutoriedad del acto administrativo, REDA, N° 1, Buenos Aires, Depalma.
18. Beladiez Rojo, Margarita, Validez y eficacia de los actos administrativos, Madrid, Marcial Pons, 1994.
19. Bertolino, Pedro J., La verdad jurídica objetiva, Buenos Aires, Depalma, 1990.
20. Bezzi, Osvaldo M., La competencia del órgano administrativo, en obra conjunta Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
21. Bezzi, Osvaldo M., La Ley de Procedimiento Administrativo. Anotada y Comentada, La Plata, Ed. Platense, 1971.
22. Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, el proceso y la jurisdicción constitucionales, Buenos Aires, Astrea, 1992.
23. Bianchi, Alberto B., Proceso Administrativo y Constitucional, en coaturía con Guido S. Tawil, Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración, 1992.
24. Bianchi, Alberto B., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos jurídicopatrimoniales de los actos normativos lícitos, Buenos Aires, Abaco, 1999.
25. Bidart Campos, Germán, El derecho constitucional del poder, Buenos Aires, T° II, Ediar, 1967.
26. Bidart Campos, Germán, Manual de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 1972.
27. Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, El derecho constitucional del poder, Buenos Aires, Ediar, 1986, T. II.
28. Bidart Campos, Germán, La reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1997, Tomo VI.
29. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1955, 5ta. Edición, Tº I, II, V.
30. Bielsa, Rafael, Sobre lo contencioso administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1954.
31. Blanco de Tella, Luis y González Navarro, Francisco, Organización y Procedimientos Administrativos. Estudios, Madrid, Montecorvo, 1975.
32. Boquera Oliver, José M., Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 1996, TºI.
33. Borda, Guillermo, Tratado de Derecho civil, Parte General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, 11ma. edic., Tº II.
34. Borio, Fernando, El principio general de ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos, ED 88-749.

35. Bosch, Jorge T., La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia, en Revista Argentina de Estudios Políticos, Buenos Aires, marzo 1946.
36. Botassi, Carlos A., Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Ley 7647 y Ordenanza 267, comentadas, anotadas y concordadas, La Plata, Editora Platense, 1988.
37. Cajarville Peluffo, Juan P., Recursos Administrativos, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000. tercera edición.
38. Canda, Fabián O. y Perrino, Pablo E., El proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal. Un examen de sus principales institutos, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/6/1999.
39. Canda, Fabián O., Aeropuertos: un fallo con turbulencias (intervención de superintendencia, legitimación procesal y urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 13/4/1998.
40. Canda, Fabián O., El control de los reglamentos de necesidad y urgencia por la Corte Suprema, a través de ciertos precedentes paradigmáticos, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 29/03/2000.
41. Canda, Fabián O., La cesantía del empleado público y el debido procedimiento previo (la "teoría de la subsanación" en sendos fallos de la SCBA y de la Cámara Federal en lo Contenciosoadministrativo), ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/10/2000.
42. Canda, Fabián O., La suspensión de oficio del acto administrativo, RDA, nros. 21/22/23, Buenos Aires, Depalma.
43. Canda, Fabián O., Responsabilidad administrativo disciplinaria de los ministros del Poder Ejecutivo Nacional, en Anuario de Derecho de la Universidad Austral, Nro. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
44. Carnelutti, Francesco, Instituciones del proceso civil, Buenos Aires, Ejea, Traducción de la 5ta. Edición italiana por Santiago Sentís Melendo, 1959, Vol. 1.
45. Carrizo, Andrea y Lovagnini, Mariel, Procedencia de las medidas autosatisfactivas en el ámbito del derecho administrativo, en suplemento sobre Medida autosatisfactiva, dirigido por Peyrano, Jorge, JA,1998-III-678.
46. Cassagne, Juan C., Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, ED 45-829.
47. Cassagne, Juan C., Los Principios generales del derecho en el derecho administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988.
48. Cassagne, Juan C., Cuestiones de derecho administrativo, La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades de Estado, Buenos Aires, Depalma, 1987.
49. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, Tº II., 1993, Tº 1.
50. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, 6ta. edición actualizada.
51. Cassagne, Juan C., El acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, 2da. Edición.
52. Cassagne, Juan C., La ejecutoriedad del acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.
53. Cassagne, Juan C., La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades del Estado, L.L, 1978-C, 717.

54. Cassagne, Juan C., La ilegitimidad originaria de una autorización para edificar y la procedencia del acto administrativo que dispuso su revocación, ED 49-283.
55. Cassagne, Juan C., La invalidez de los actos administrativos, LL 156-1120.
56. Cassagne, Juan C., La ley nacional de procedimientos administrativos, ED 42-835.
57. Cassagne, Juan C., La revocación de la autorización para construir por razones de interés público, ED 42-175.
58. Cassagne, Juan C., Principios generales del procedimiento administrativo en Procedimiento administrativo (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998.
59. Cassagne, Juan C., Una sentencia trascendente de la Corte que declara la nulidad de un Decreto del Poder Ejecutivo, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 17/07/1998.
60. Chase Plate, Luis E., La motivación del acto administrativo, Asunción, 1978.
61. Chinchilla Marín, Carmen, El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales, en RAP, nº 131, Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración.
62. Chinchilla Marín, Carmen, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1991.
63. Código Procesal Administrativo, edic. a cargo de Vicente Gimeno Sendra y José Garberin Llobregat, Madrid, 1993.
64. Comadira, Julio P., ¿Cuándo el particular "conoce el vicio" del acto administrativo? A propósito del art. 18 de la LNPA, publicado en elDial.com. (www.eldial.com), Suplemento de Derecho Administrativo, el 19 de noviembre de 2002.
65. Comadira, Julio R. y Canda Fabián O., ¿Control de constitucionalidad de oficio de las normas? (Un análisis del caso "Mill de Pereyra" resuelto por la Corte Suprema de la Nación), ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/2001.
66. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional, ED 163-879.
67. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., ¿Control de constitucionalidad de oficio de las normas? (Un análisis del caso "Mill de Pereyra" resuelto por la Corte Suprema de la Nación), ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/2001.
68. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., La CS reafirma el control judicial de oficio de las normas. "Banco Comercial de Finanzas", un fallo en línea con "Mill de Pereyra", ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 1/11/2004.
69. Comadira, Julio R. y Coviello, Pedro J. J., Dos dictámenes trascendentes sobre los derechos adquiridos en materia previsional, en Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1992, nº 19.
70. Comadira, Julio R. y Sammartino Patricio M. E., Medidas Cautelares e Interés Público, en Revista de Derecho Público de la Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
71. Comadira, Julio R., Acto administrativo municipal, (en la Ciudad de Buenos Aires, y en los Municipios de la Provincia de Buenos Aires), Buenos Aires, Depalma, 1992.

72. Comadira, Julio R., Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo, Boletín del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Nº 5.
73. Comadira, Julio R., Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo, JA 1996-IV, 750.
74. Comadira, Julio R., Derecho administrativo, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Lexis Nexis, 2003.
75. Comadira, Julio R., El caso "Gorordo": nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 29/03/1999.
76. Comadira, Julio R., El sistema de nulidades del acto administrativo, Procedimiento Administrativo, Ponencias del IV Encuentro hispanoargentino sobre Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 1994.
77. Comadira, Julio R., La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial, ED 186-600.
78. Comadira, Julio R., La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa, Buenos Aires, ed. Ciencias de la Administración, 1998.
79. Comadira, Julio R., La licitación pública (nociones, principios, cuestiones), Buenos Aires, Depalma, 2000.
80. Comadira, Julio R., La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 13/4/1998.
81. Comadira, Julio R., Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
82. Compagnucci de Caso, Rubén H., Daños causados en estado de necesidad en obra colectiva La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, dirigida por Atilio Alterini y Roberto López Cabana, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
83. Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, en Constituciones. Decretos. Declaraciones del Concilio Vaticano II, Madrid, Católica (B.A.C.), 1966.
84. Coviello, Pedro J. J., Concepción cristiana del Estado de Derecho, ED 129-923.
85. Cozzi, Adalberto, El proyecto de ley nacional de procedimientos administrativos, Jus, La Plata, N° 19.
86. D'Alessio, Francesco, Instituzioni di diritto amministrativo, Turín, 1943, 4a. ed.
87. D'Argenio, Inés, Revocabilidad de los actos administrativos en la ley de procedimiento administrativo de la Nación, JA, Doctrina, 1974 (DJA N° 4376).
88. De la Vallina Velarde, José Luisa., La motivación del acto administrativo, Madrid, Estudios Administrativos, 1967.
89. De Lázzari, Eduardo, Medidas cautelares, La Plata, Librería Editora Platense, 1989, Tº I.
90. Debbasch, Charles y Ricci, Jean Claude, Contentieux Administratif, París, Dalloz, 1990, Cinquiéme édition.
91. Delgado, Hugo C., El acto administrativo. Legalidad, Efectos e Impugnación, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 1981.

92. Diez, Horacio P., El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Almagro", ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 19/06/1998.
93. Diez, Horacio, Reglamentos, su impugnación en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
94. Diez, Horacio, Vías de impugnación de los reglamentos, por reclamo y por recursos, en el Procedimiento Administrativo Nacional, disertación pronunciada en Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998.
95. Diez, Manuel M., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1963, T° I.
96. Diez, Manuel M., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1974, 2da. Edición actualizada, Tº I, Tº II.
97. Diez, Manuel M., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1976, Tº II.
98. Diez, Manuel M., El Acto Administrativo, Buenos Aires, T.E.A, 1956.
99. Diez, Manuel M., La inmutabilidad del acto administrativo atributivo de derechos, en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969.
100. Diez, Manuel M., Manual de derecho administrativo, con la colaboración de Florencia Gonzalez de Reca, Buenos Aires, Plus Ultra, 1977, Tº I.
101. Domenichelli, U., Il Processo Amministrativo, en Diritto Amministrativo, Bologna, Monduzzini Editore, 1993, Tº. II.
102. Dromi, José Roberto, Derecho administrativo económico, Buenos Aires, Astrea, 1977, Tº I.
103. Dromi, José Roberto, Derecho administrativo, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998.
104. Dromi, José Roberto, El acto administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
105. Dromi, José R., El dictamen y la formación de la voluntad administrativa, en RADA, Nº 2, Buenos Aires, Publ. de la Universidad del Museo Social Argentino.
106. Dromi, José Roberto, Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1973.
107. Dromi, José R., Nulidades administrativas. Régimen jurídico y diferencia con las nulidades civiles, L.L, 1975-A, 1176, secc. doctr.
108. Dromi, José R., Prerrogativas y garantías administrativas, Universidad Católica de Tucumán, 1979.
109. Dromi, José R., Proceso administrativo provincial, Códigos procesales administrativos de las provincias argentinas concordados y comentados, Mendoza, Ediciones Idearium, 1977.
110. Dromi, José R., Revocación administrativa por razones de ilegitimidad. El caso del agente designado con edad que excede el límite reglamentario máximo., JA 1978-IV, 238.
111. Dromi, José R. y Menem, Eduardo, La constitución reformada, comentada, interpretada y concordada, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1994.
112. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1/2, Madrid, Tecnos, 1994, Madrid, 1993, Vol. I, 10ª edición.

113. Escola, Héctor J., La revocación del acto administrativo afectado de nulidad absoluta, LL 1977-C, 816.
114. Escola, Héctor J., Tratado General de Procedimiento Administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/72, 1744/73, 3700/77, Buenos Aires, Depalma, 1981, 2da. edición actualizada.
115. Escola, Héctor J., Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1967.
116. Estrada, Juan R. de, La primera reforma a la ley nacional de procedimientos administrativos en Legislación Argentina, Buenos Aires, 1978, n° 1.
117. Estrada, Juan R. de, La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular, en LL 1976-D, 820.
118. Etcheverry Boneo, Rómulo, Curso de Derecho Civil, Parte general, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1943, Tº III.
119. Fernando Pablo, Marcos M., La motivación del acto administrativo, Madrid, Tecnos, 1993.
120. Fiorini, Bartolomé A. y Mata, Ismael, Licitación Pública, Selección del contratista estatal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972.
121. Fiorini, Bartolomé A., Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, 2da. edición actualizada, Tº I., Tº II.
122. Fiorini, Bartolomé A., La voluntad psicológica de los agentes en los actos administrativos, LL 154-1069.
123. Fiorini, Bartolomé A., Los recursos en la ley de procedimientos administrativa de la nación, LL 147-1278.
124. Fiorini, Bartolomé A., Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1968, T. I.
125. Fiorini, Bartolomé A., Potestad Anulatoria de la Administración Pública. Cosa Juzgada administrativa y derecho de defensa, LL 143-226.
126. Fiorini, Bartolomé A., Procedimiento Administrativo y Recurso Jerárquico, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, 2da. Edición ampliada y actualizada.
127. Fiorini, Bartolomé A., Qué es el Contencioso, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965.
128. Fiorini, Bartolomé A., Teoría Jurídica del Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.
129. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
130. Fraga Pittaluga, Luis, La incompetencia en el Derecho Administrativo, (Adoptado por la Constitución del 30/12/99 y a la Ley Orgánica de la Administración Central del 5/10/99), Caracas, Ed. Torino, 2000.
131. Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, 1973, 15ª edición.
132. Gallego Anabitarte, Alfredo, Chinchilla Peinado, Juan Antonio, De Marcos Fernández, Ana y Rodríguez Chaves Mimbrero, Blanca, Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001.
133. Gallego Anabitarte, Alfredo, Menéndez Rexach, Ángel, Chinchilla Peinado, Juan Antonio, Marcos Fernández, Ana, Rodríguez de Santiago, José

María y Rodríguez Chaves Mimbrero, Blanca, Acto y Procedimiento Administrativo, Madrid, 2001.

134. Gambier, Beltrán y Zubiaur, Carlos, Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19549), LL 1993-D, 690.

135. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Cívitas, 1997, 8va. edición, Tº I.

136. García de Enterría, Eduardo, La batalla por las medidas cautelares, Madrid, Civitas, 1992, 2ª edición ampliada.

137. García de Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), Madrid, Cívitas, 1983, 2da. edición.

138. García de Enterría, Eduardo, Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Madrid, Tecnos, 1970.

139. García Lema, Alberto y Paixao, Enrique, Las reformas al sistema institucional. El núcleo de coincidencias básicas en la obra colectiva, La reforma de la constitución explicada por los miembros de la comisión de redacción, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994.

140. García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, México, Ed. Porrúa, 1978, 28va. Edición revisada.

141. García Oviedo, Carlos, Derecho Administrativo, Madrid, 1959, Tº I.

142. García Trevijano Fos, José A., Los actos administrativos, Madrid, Cívitas, 1991, 2da. edic. act.

143. García Trevijano Fos, José A., Principios Jurídicos de la Organización Administrativa, Madrid, Instituto Jurídico de la Organización Administrativa, 1957.

144. García Trevijano Fos, José A., Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1974, 3ra. Edición actualizada, Tº I, 1971, Tº II, vol. I, 2da. edic. corregida, ampliada y puesta al día, T. II, vol. 1., 1970, Tº III, vol. I, Tº. II, vol. I.

145. García, Cándido, Revocación y caducidad del acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos (Decreto-ley 19.549/72) en J.A, Doctrina Serie Contemporánea, 1974, p. 884.

146. Garibotto, Juan C., Teoría General del Acto Jurídico, concepto, elementos, efectos, defectos, ineficacia y convalidación de los negocios jurídicos, Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Depalma, 1991.

147. Garrido Falla, Fernando, Administración indirecta del Estado y descentralización funcional, Madrid, Est. de Adm., 1950.

148. Garrido Falla, Fernando, La llamada doctrina del silencio administrativo, en RAP, N° 15, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

149. Garrido Falla, Fernando, Las transformaciones del régimen administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

150. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, Tecnos, 1987, 10a edición, Vol. 1.

151. Giannini, Massimo Severo, Derecho Administrativo, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.

152. Goldschmidt, Werner, Conceptos sociológicos y normológicos, ED 102-726.

153. Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, Buenos Aires, Depalma, 1980, 6ta. edición.
154. Gómez Puente, Marcos, La inactividad de la Administración, Aranzadi, Pamplona, 1997.
155. González Arzac, Rafael, La competencia de los órganos administrativos, en Estudios de derecho administrativo, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, Tº I.
156. González Arzac, Rafael, Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales, ED 51-953.
157. González Mariñas, Pablo, Una nueva perspectiva jurídicopública para el estudio de las cláusulas voluntarias del acto administrativo, en Libro homenaje al profesor José L. Villar Palasí, Madrid, Civitas, 1989.
158. González Navarro, Francisco, El Estado Social y Democrático de Derecho, Pamplona, EUNSA, 1992.
159. González Pérez, Jesús, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, Civitas, 1977.
160. González Pérez, Jesús. y González Navarro, Francisco, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Madrid, Cívitas, 1993.
161. Gordillo, Agustín A., Acto, reglamento y contrato administrativo en la ley 19.549, RADA, nº 3, Buenos Aires, Publ. Universidad Museo Social Argentino.
162. Gordillo, Agustín A., El acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, 2ª edición corregida y aumentada.
163. Gordillo, Agustín A., Introducción al Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966.
164. Gordillo, Agustín A., Procedimiento y Recursos Administrativos, 2a. edición, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1971.
165. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 1998, 5ta. edición actualizada Tº I; Parte General, Buenos Aires, ed. Macchi, 1979, Tº II; Tº III, 1974, y 2000, 5ta. edic., Tº.4, 4ta. edic., 2000.
166. Grau, Armando, Habilitación de la instancia contenciosoadministrativa, La Plata, Editorial Platense, 1971.
167. Grau, Armando, La voz "Legalidad" de la Enciclopedia Jurídica Ameba.
168. Grau, Armando, Reclamación administrativa previa, en obra colectiva Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
169. Grau, Armando, Resumen sobre la extinción de los actos administrativos, JA 1961-I, 40.
170. Grecco, Carlos, Autotutela administrativa y proceso judicial, LL 1980-B, 906.
171. Grecco, Carlos, Impugnación de disposiciones reglamentarias, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988.
172. Grecco, Carlos, La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa, LL 1980-D, 306.
173. Grecco, Carlos, Sobre el silencio de la Administración, LL 1990-C, Sec. Doctrina, 777.
174. Grecco, Carlos, Vías de hecho administrativas, LL 1980-C, 1210.

175. Guerrero, Alejandro, El conocimiento del vicio por el administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los arts. 17 y 18 de la Ley 19.549, de procedimientos administrativos, REDA, n° 17, Buenos Aires, Depalma.
176. Guglielmino, Osvaldo C., Medidas cautelares contra la Administración, Buenos Aires, AeDP, nro. 13, mayo-agosto 2000.
177. Guidi, Graciela, Impugnación de reglamentos, en obra colectiva "Acto y procedimiento administrativo", Buenos Aires, Plus Ultra,1975.
178. Guillén Pérez, María Eugenia, El silencio administrativo, Madrid, Colex, 1997, 2a. edic.
179. Halperín, David A., Las Sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar, REDA, nº 1.
180. Halperín, David A. y Gambier, Beltrán, La notificación en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989.
181. Heredia, Horacio, Contralor administrativo sobre los entes autárquicos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1942.
182. Heredia, Horacio, Los medios administrativos para la protección de los administrados, en revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1945, nº 2.
183. Hutchinson, Tomás, La revisión (pero no tanto) de los actos administrativos del Poder Judicial (a propósito de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), en REDA, nº 14, Buenos Aires, Depalma.
184. Hutchinson, Tomás, La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional, ED 194-683.
185. Hutchinson, Tomás, Las notificaciones administrativas en el orden nacional, LL 1987-E, 1062.
186. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, Tº I, Astrea, 1985, Buenos Aires, Tº II, Astrea, 1988.
187. Hutchinson, Tomás, Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Ley 7647 y Ordenanza General 267/80, comentadas, anotadas y concordadas con las normas nacional y provinciales vigentes, actualizado con la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (texto ordenado 1994), Buenos Aires, Astrea, 1995.
188. Hutchinson, Tomás, Régimen de procedimientos administrativos, Ley 19.549, decreto reglamentario 1759/72, Texto ordenado 1991, según reformas introducidas por decreto 1883/91, Buenos Aires, Astrea, 1994, 2da. edic.
189. Jèze, Gastón, Los Principios Generales del Derecho Administrativo, Madrid, Traducción de la segunda edición francesa revisada y aumentada.
190. Landi, Guido, Potenza, Giuseppe Manuale di diritto amministrativo, Milano, Giuffré Editore 1990.
191. Laubadère, André de, Las tendencias extensivas del Derecho Administrativo en Francia según la jurisprudencia, en Revista de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1979, Volumen II.
192. Linares, Juan Francisco, Caso administrativo no previsto, Buenos Aires, Astrea, 1976.
193. Linares, Juan F., Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, ed. Guillermo Kraft Ltda.,1946.
194. Linares, Juan F., Derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1986.

195. Linares, Juan Francisco, Efectos suspensivos de los recursos ante la Administración, LL 85-906.
196. Linares, Juan F., Fundamentos de derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1975.
197. Linares, Juan F., La garantía de defensa ante la Administración, LL 142-1137.
198. Linares, Juan F., Poder discrecional administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958.
199. Linares, Juan F., Razonabilidad de las leyes, El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, Buenos Aires, Astrea, 1970.
200. Linares, Juan F., Revocación del acto administrativo, en obra colectiva Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
201. Linares, Juan F., Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1974.
202. Llambías, Jorge J., director, Código Civil anotado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, T. II-B.
203. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil, Parte general, Buenos Aires, Editorial, Perrot, 1995,16a edición. 1995, T. I. y T. II.
204. Lloveras de Resk, María E., Tratado Teórico Práctico de las Nulidades, Buenos Aires, Depalma, 1985.
205. Maiorano, Jorge, Los límites del amparo en un fallo de la Corte Suprema, LL. 1985-C, 140.
206. Mairal, Héctor A., Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia, LL 1989-C, 1014.
207. Mairal, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, Buenos Aires, Depalma, 1984, T. I y T. II.
208. Marcer, Ernesto, La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular, frente al artículo 17 de la ley 19549, LL 1981-C, 305.
209. Marienhoff, Miguel S., "Derecho adquirido" y "derecho ejercido": pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica, en REDA, n° 1, Buenos Aires, Depalma.
210. Marienhoff, Miguel S., El acto administrativo "bilateral" y la Corte Suprema de Justicia de Nación. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativos, publicado en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones nro. 61.
211. Marienhoff, Miguel S., El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público, LL 1989-E, 963.
212. Marienhoff, Miguel S., 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 114-949.
213. Marienhoff, Miguel S., Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado, LL 1993-E, 912.
214. Marienhoff, Miguel S., Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública y distinción de las obligaciones como de "medio" o de "resultado", ED 157-749.
215. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, 4ta. Edic. T. I., 1993, 4ta. edición actualizada, Tº II., 1997, 6ta. edic., Tº IV.
216. Martiarena, Juan J., Avance jurisprudencial en materia de medidas cautelares en el proceso administrativo bonaerense, LL 1998-B, 502.

217. Martínez, Patricia, Motivación del acto administrativo, JA 1986-II, 817.
218. Méndez, Aparicio, La jerarquía, Montevideo, Ed. Amalio Fernández, 1973.
219. Moderne, Frank, Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho Francés: los actos administrativos de origen privado, REDA, nº 4, Madrid, Civitas.
220. Monti, Laura M. y Muratorio, Jorge I., La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales, REDA, Nº 14, Buenos Aires, Depalma.
221. Monti, Laura M. y Tawil, Guido, La motivación del acto administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1998.
222. Monti, Laura M. y Vieito Ferreiro, A. Mabel, Las medidas cautelares en materia tributaria, LL 1998-F, 1091.
223. Monti, Laura M., Consideraciones sobre la retroactividad en el derecho administrativo, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 9/3/1998.
224. Monti, Laura M., Control de la habilitación de la instancia contencioso administrativa (nuevas orientaciones jurisprudenciales), ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/10/2000.
225. Montoro Puerto, Miguel, Teoría de la forma de los actos jurídicos en derecho público, Los actos de la Administración y de los Tribunales, Alcoy, Editorial Marfil, 1976.
226. Morello, Augusto M., Derecho material y derecho procesal, senderos bifurcados que hoy se reencuentran, ED 186-1079.
227. Moyano, Juan, Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1932.
228. Muñoz, Guillermo, Inmunidad del poder: la inactividad administrativa, LL 1990-B, 891.
229. Muñoz, Guillermo, Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Buenos Aires, Astrea, Ensayos Jurídicos, nº 27, 1982.
230. Muratorio, Jorge I., Los actos administrativos tácitos e implícitos, en Derecho Administrativo, obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel Marienhoff, con la dirección de Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
231. Nielsen, Federico, Naturaleza jurídica de los actos que emanan de las personas que se encuentran en ejercicio de cargas públicas; con especial referencia a las cuestiones electorales, EDA 2003-429.
232. Olguín Juárez, Hugo, Extinción de los Actos Administrativos. Revocación, Invalidación y Decaimiento (publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1961.
233. Ortiz, Nulidades del acto administrativo en la ley general de Administración Pública (Costa Rica), en Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José de Costa Rica, 1981.
234. Oyhanarte, Julio, Poder político y cambio estructural en la argentina, un estudio sobre el Estado de Desarrollo, Buenos Aires, Paidós, 1969.
235. Padilla, Manuel, Estado de sitio y control de razonabilidad. LL 1986-B, 213.
236. Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, 4ta. reimpresión, Tº. II.

237. Parada Vázquez, Ramón, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Madrid, Marcial Pons, 1993.
238. Parejo Alfonso, Luciano, (coordinador), Jiménez Blanco, Antonio y Ortega Alvarez, Luis, Manual de Derecho Administrativo, Barcelona, 1994, 3a edición corregida y puesta al día.
239. Parejo Alfonso, Luciano, Derecho Administrativo, La jurisprudencia del tribunal Supremo, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1992.
240. Parejo Alfonso, Luciano, La nueva regulación del llamado silencio administrativo, en Documentación Administrativa, números 254/255.
241. Parejo Alfonso, Luciano, La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo, REDA, Madrid, n° 49.
242. Pearson, Marcelo, Manual de procedimiento administrativo, Apéndice de actualización con las reformas de la ley 21.686 y el decr. 3700/77, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979.
243. Perrino, Pablo E. y Canda, Fabián O., El proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal Un examen de sus principales institutos, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/6/1999.
244. Perrino, Pablo y Padulo de Perrino, Adriana, La justiciabilidad de los actos administrativos del Poder Judicial, RDA, Nº 17, Buenos Aires, Depalma.
245. Ranelletti, Oreste, Teoría degli atti amministrativi speciali, 7a. ed., Milán, 1945.
246. Raspi, Arturo E., La garantía constitucional de defensa, el debido proceso adjetivo y el rigorismo formal", ED 179-737.
247. Raspi, Arturo E., Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo 30/3/2001.
248. Recaséns Siches, Luis, Introducción al estudio del derecho, México, ed. Porrúa, 1977, 4ta. Edición actualizada.
249. Resta, Raffaele, La revoca degli atti amministrativi, Milán, 1932.
250. Retortillo Baquer, Lorenzo M., Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones, RAP, Nº 40, Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración.
251. Rivas Carreras, R., La reformatio in peius en el Derecho Administrativo, Colección jurisprudencia práctica, Madrid, Tecnos, 1991.
252. Rodríguez de Santiago, José M., La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Madrid-Barcelona, 2000.
253. Rodríguez Laulhé, María Belén y Calogero, María de las Mercedes, De los dictámenes de la Procuración del Tesoro, en Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1995, Nº 23.
254. Romanelli, Vicenzo M., L'anullamento degli atti amministrativi, Milán, 1939.
255. Sainz Moreno, Fernando, Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico en REDA n° 8.
256. Sammartino, Patricio M. E. en coautoría con Comadira, Julio R., Medidas Cautelares e Interés Público, Revista de Derecho Público de la Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
257. Sammartino, Patricio M. E., Introducción a los principios constitucionales del amparo (individual) contra autoridades públicas, EDAD– 2000- 641.

258. Sammartino, Patricio M. E., La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 13/04/1998.
259. Santamaría Pastor, Juan A. y Parejo Alfonso, Luciano, Derecho Administrativo, La jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, Editorial centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
260. Santamaría Pastor, Juan A., La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público, Madrid, Instituto de estudios administrativos, 1975, 2da. edición.
261. Santiago, Alfonso (h), Relación entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo en el sistema jurídico argentino, LL 1997-D, 1099.
262. Sarría, Félix, Derecho Administrativo, Córdoba, 1961.
263. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1972, Tº II, 2da. edic., (Parte General), Montevideo, 1963, Tº I.
264. Sendra, Vicente Gimmeno, Código Procesal Administrativo, Madrid, 1993.
265. Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, 9º edic, México, 1979, Tº. I.
266. Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado (Actos, Contratos y Bienes), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
267. Snopek, Guillermo, Medidas Cautelares contra la Administración Pública, La Plata, Editora Platense, 1985.
268. Soria, Daniel F., La medida cautelar positiva en el proceso administrativo. Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo 27/5/1999.
269. Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo, T II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
270. Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil, parte general, Buenos Aires, Depalma, 1957, Tº I, vol. 3º.
271. Tagle Achával, Carlos, Función política y función judicial. La no judiciabilidad de las cuestiones políticas, LL 148-1323.
272. Takada, Bin, El procedimiento administrativo en Japón, en El procedimiento administrativo en el derecho comparado, coordinado por Javier Barnes Vazquez, Madrid, Civitas, 1993.
273. Tawil, Guido S., Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, Buenos Aires, Depalma, 1993, Tº I y II.
274. Ulla, Decio C. y Lepenies, Irmgard Elena, La tutela cautelar administrativa, REDA, N° 4, Buenos Aires, Depalma.
275. Valiente Noailles, Carlos, Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, clasificada y comentada, Buenos Aires, Fondo de Obras Jurídicas, 1970, Tº I.
276. Vedel, Georges, Derecho administrativo, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
277. Vélez Sársfield, Dalmacio, Estudios Jurídicos, Buenos Aires, 1871.
278. Villarruel, María S., Algunas reflexiones en torno a las medidas cautelares positivas", ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 21/08/1998.

279. Villarruel, María S., Una aproximación a la reformatio in pejus en el procedimiento administrativo, ED, Suplemento Especial de Derecho administrativo, 26/11/1999.
280. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, Buenos Aires, TEA, 1949, Tº .I., Tº. II.
281. Virga, Pietro, Il provedimento amministrativo, Milano, 1972.
282. Zannoni, Eduardo A., coordinador, Belluscio Augusto C, director Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Astrea, 1993, T. I.
283. Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Arayu, 1954, Parte general, Tº I.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
Federico Nielsen

PARTE QUINTA

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE PRESTACIÓN, FOMENTO Y COACCIÓN

Capítulo IX

El servicio público y los entes reguladores[1]

1. Introducción. Precisiones conceptuales.

La consideración de la experiencia regulatoria requiere de ciertas precisiones conceptuales previas, con el fin de dejar claramente establecido cuál es el fenómeno que intentaremos describir y valorar.

En ese sentido, entendemos que debemos fijar los conceptos de servicio público y de regulación económica de los que partimos. Desde nuestro punto de vista el servicio público es un título jurídico, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para dar satisfacción o, en su caso, asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común, mediante alguna de las siguientes actitudes:

a) la asunción de la titularidad (*publicatio;* acto de *publicatio* según la célebre expresión de Villar Palasí) de ciertas competencias prestacionales, con el propósito de ejercerlas en forma directa (por administración), o bien indirecta mediante órganos personificados públicos (v.gr. entidades autárquicas, empresas del Estado u otros entes igualmente descentralizados) o privados (sociedades anónimas comunes);

b) el desarrollo subsidiario de actividades prestacionales, en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio;

c) el ejercicio del poder de policía sobre ciertas actividades privadas prestacionales.

La titularidad, o no, de la actividad que se emprende o regula y la determinación de las necesidades que, en cada caso, justifican la decisión estatal de prestar o regular, son cuestiones históricamente contingentes que no alteran el dato de esencia siempre concurrente, esto es, la invocación de un título jurídico que implica, en sí, el empleo del poder, de la prerrogativa -con arreglo a contenidos también variables- para brindar una prestación que se estima ligada con inmediatez al bien común.

Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se puede dar en forma directa para suministrar bienes o servicios que el mercado no brinda espontáneamente o, en su caso, para superar, "rectificar" las fallas de éste.

En ese marco conceptual, la regulación es un modo de intervención del Estado en la economía, que, a partir de la reconocida insuficiencia del mercado para garantizar la justa distribución del ingreso y la adecuada eficiencia en la asignación de los recursos, procura, precisamente, rectificar los *fallos* o *errores* de éste y lograr la justicia y la eficiencia en los aspectos indicados, mediante la *interferencia pública* en las opciones abiertas a los sujetos económicos (Bustamante-de la Cruz Ferrer).

[1] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira.

La regulación así concebida, comprendería, como especies, a la regulación *social* o de solidaridad, a la regulación de *control* y a la regulación de *fomento*. La primera, a partir de la inidoneidad de la lógica mercantil para tomar en cuenta a quienes no tienen capacidad de constituirse en clientes (Thwaites Rey y López), se propone asegurar la disponibilidad de los servicios para los más débiles económicamente, con independencia de consideraciones de mercado; la segunda, basada en la existencia de monopolios naturales, asimetrías informativas y externalidades, tiene como propósito impedir la conducta abusiva de quienes producen bienes y servicios y la tercera, sustentada en el mérito no reconocido por el mercado a ciertas actividades, se inspira, por su parte, en la necesidad de promover o apoyar a quienes cumplen esas actividades.

En la Argentina, la experiencia regulatoria de los servicios públicos, en el sentido de regulación de control orientada a la superación o rectificación de los errores o deficiencias del mercado, sólo es posible encontrarla a partir de la década del 90, en la cual se privatizan, prácticamente, todos los servicios públicos económicos prestados, hasta ese entonces, por el Estado en forma directa o indirecta.

Cabe, de todos modos, hacer una sumaria referencia histórica para ubicar debidamente la aparición del fenómeno regulador.

2. La Constitución de 1853-60

La Constitución histórica 1853-60 reconoce y garantiza, en su artículo 14, entre otros derechos fundamentales, los de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita, conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio. Es ésta una definición filosófica que coloca, en principio, la titularidad de la actividad comercial e industrial en el ámbito privado.

La justa y armoniosa articulación que ese texto fundamental consagra entre los derechos individuales y las exigencias del interés público (el bienestar general invocado en el Preámbulo) se torna evidente cuando se advierte que, paralelamente, en el artículo 67, inciso 16, (en su antigua redacción) de su parte orgánica, la Constitución consagra la denominada cláusula de la prosperidad o del *progreso* que incluye la posibilidad de otorgar concesiones temporales de privilegios –monopolios o exclusividades[2]- y recompensas de estímulo (Marienhoff).

La Constitución no era neutral respecto de la posibilidad de declarar servicio público una determinada actividad comercial o industrial, si, con ello, se quería significar que el Estado asumía la titularidad de esa actividad y que, por tanto, su realización por los particulares sólo podía resultar, en ese caso, de una concesión de éste.

El principio en la Norma Fundamental era la titularidad privada de esas actividades mientras la titularidad pública era, en cambio, la excepción, sólo justificable por exigencias del interés público, las que, al menos inicialmente, se consideró configuradas, únicamente, respecto del servicio de correos y obras sanitarias (Mairal, en contra: Salomoni).

[2] Marienhoff distingue entre monopolio y exclusividad. El primero implica que una actividad se sustrae de la concurrencia y se reserva para su desarrollo sólo por una persona pública o privada. La segunda significa que el Estado asegura a quien es objeto de ella que no otorgará nuevas concesiones para el mismo servicio o actividad.

3. La figura de la concesión

Ahora bien, la concepción instrumental de la Constitución –en el sentido de medio de gestión de la prosperidad pública (Oyhanarte)- permitió, sin embargo, que sin contradecir su filosofía inspiradora se utilizara la concesión como modo de procurar la prosperidad mediante el desarrollo de ciertas actividades industriales y comerciales.

El Estado, del mismo modo que había ocurrido en Europa, asume la decisión de titularizar actividades en las que considera comprometido el interés general, y, por cierto, el propio desarrollo del sistema capitalista, pero las *concede* a los privados, en tanto, en el marco de aquella filosofía, es a éstos a quienes les corresponde, en principio, cumplirlas (v.gr. concesiones ferroviarias; de electricidad, gas, tranvías, permisos telefónicos, etc.).

Como se ve, el servicio público opera como título exorbitante para la exclusión de la titularidad privada de la actividad.

La doctrina argentina, influenciada fuertemente por la francesa, daba, por lo demás, sustento teórico a la técnica concesional, siendo ilustrativas, en ese sentido, las definiciones plasmadas en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados de 1936.

Durante este período no se configuró, sin embargo, la regulación por control de los servicios públicos, al menos en el sentido técnico antes explicado. Fue una etapa en la cual la autoridad del Estado se hizo presente ejercitando el poder de policía respecto de la actividad del concesionario y transfiriendo a éste no sólo ciertas funciones de control sobre personas y cosas para asegurar el eficiente funcionamiento, sino, además, algunas prerrogativas públicas (Marienhoff). Hubieron, sí, regulaciones de *fomento* respecto de ciertos sectores productivos, como, por ejemplo, las derivadas de las Juntas Reguladoras de Granos y de Carnes (consideradas por algunos autores como casos de entes reguladores en el pasado (Bianchi); sin embargo, su fin era proteger a los productores, mientras que los entes actuales responden, en cambio, a la protección de los usuarios y consumidores (Bustamante, con cita de Sánchez Arnau), sin perjuicio del respeto de otros derechos también comprometidos.

4. El cambio operado por la Constitución de 1949.

Un cambio significativo se produce con la sanción de la Constitución justicialista de 1949 –dejada sin efecto en el año 1956- en cuyo artículo 40 se decide, por un lado, la pertenencia originaria de los servicios públicos al Estado y la prohibición terminante de su enajenación o concesión, y, por otro, las trasferencias a aquél de los que estuvieren en poder de los particulares, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley lo determinara.

El servicio público, otra vez, como título exorbitante; en este caso, para consagrar no sólo la titularidad pública de ellos, sino, incluso, para prohibir su enajenación o concesión. Fue la época de las nacionalizaciones.

5. La situación en la década del 90

Así es como se llega a la década del 90, en la cual el Estado se presenta como prestador bajo diversas formas jurídicas (empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; entidades descentralizadas atípicas) de actividades también distintas: correos y telégrafos; teléfonos; transporte y distribución de gas; generación, transporte y distribución de electricidad; obras sanitarias; transporte aéreo de cabotaje y transporte ferroviario (Mairal).

Directa o indirectamente el servicio público, invocado, en su momento, como sustento para la nacionalización, gravitaba con ultraactividad como título para el monopolio estatal.

Tampoco en esta etapa aparece el concepto moderno de regulación. Existían, ciertamente, reglamentos técnicos cuyo control de cumplimiento correspondía a las propias empresas públicas prestadoras o a oficinas de la Administración Central. De ese modo, el control era, en la realidad, inexistente o inocuo; y, por lo demás, el control sobre las empresas realizado por el ex Tribunal de Cuentas y por la ex Sindicatura General de Empresas Públicas, no estuvo referido a la calidad de los servicios o al cumplimiento de aquellos reglamentos (Cincunegui). Gordillo expresó gráficamente que "El control del Estado sobre el Estado prestador de servicios o empresario no parecía una tarea realizable" (Gordillo).

6. Las privatizaciones

Después de experiencias frustradas por diversas razones (v. gr. decreto 1842/87 y antes, incluso, la ley 22177, de 1980, durante el gobierno de facto) se llega al año 1989, en el cual, más allá de las diferencias ideológicas, la situación de las empresas estatales prestadoras de servicios públicos se coincide en describir como de crisis generalizada. La desinversión, el desgobierno, el déficit de explotación, la insuficiencia y mala calidad de los servicios, el exceso de personal y la corrupción (Thwaites Rey y López-Cassagne-Gordillo) demostraban que la explotación de ciertos servicios públicos por el Estado con su propia organización es, a veces, "insoportablemente nociva" (Hutchinson-Barraguirre-Grecco).

En aquel año se sanciona la ley 23696, denominada de reforma del Estado, en virtud de la cual se declaró en emergencia la prestación de los servicios públicos y la situación económico financiera de la Administración Pública Nacional, y se facultó, asimismo, al Poder Ejecutivo para otorgar permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieren afectados los activos, empresas o establecimientos que se privatizaran, consignándose, en dos anexos, las empresas y activos "sujetas a privatización".

El país se enroló, así, en la tendencia mundial a la transformación de las estructuras estatales a través de políticas que, en lo sustancial, podían resumirse en la privatización de empresas públicas, la desregulación y la descentralización.

La operación privatizadora, que abarcó todo el arco de la actividad empresarial del Estado y no sólo el sector correspondiente a la prestación de los servicios públicos, ha sido evaluada de modo muy disímil.

Por un lado, se ha sostenido que a partir de un cambio político profundo en el modelo del Estado, que implicó el quiebre del Estado de Bienestar y la instauración del Estado Subsidiario, aquélla fue tan eficaz como eficiente, al cumplir los objetivos legales mediante la selección, en condiciones económicas ventajosas, de consorcios con operadores internacionales de jerarquía. Fuertes inversiones y tarifas razonables se mostrarían como resultado de la operación (Cassagne).

Por otro, se ha afirmado que la pretendida reforma del Estado, planteada a partir de las privatizaciones, no fue más que un mero achicamiento de aquél, desordenado, sin programación, marcado profundamente por la preocupación de garantizar los intereses de las empresas privatizadas e inspirado, en definitiva, en un modelo neoconservador que rechazaba cualquier intervención estatal que conlleve conflictos graves con tales intereses (Hutchinson). Una muestra del desorden está constituida por el hecho de que, al menos en la privatización de los cuatro servicios más importantes, no se siguió el esquema lógico de la teoría de la regulación que aconseja sancionar primero el marco regulatorio y crear el ente regulador y, después, privatizar el servicio (Thwaites Rey y López).

Por nuestra parte, tuvimos ya ocasión de expresar, en su momento, no sólo nuestra opinión sobre la génesis sociopolítica del cambio, sino, también, nuestras inquietudes respecto de la necesidad de oponer límites al afán transformador (Comadira).

Afirmamos entonces que el replanteo de los cometidos estatales era el resultado de una reflexión crítica de la comunidad sobre sus propias expectativas y de las que ella alienta acerca de su Estado. Entendíamos, por eso, que la transformación estatal propiciada en aquel momento respondía, en nuestro país, a una apetencia comunitaria cuyos rasgos esenciales se podían sintetizar en la necesidad comunitaria de recuperar el protagonismo político, social y económico perdido o gravemente restringido, en la revalorización de la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder y en el reencauzamiento del accionar del Estado en un marco adecuado a ese protagonismo. También decíamos que quería creer que era una aspiración común la instrumentación de los cambios a través de los cánones de la juridicidad constitucional, porque en un Estado de Derecho la inconstitucionalidad no deja de ser una variante de la ineficacia.

No dejábamos de advertir, sin embargo, que el Estado no debía abandonar su papel de gestor del bien común y volver, con ese abandono, al interesado postulado del indiferentismo global[3]. Y recordábamos cómo, en el año 1860, al reformarse la Constitución de 1853, en el Informe de la Comisión Examinadora se marcaba la discrepancia del reformador con la idea vulgar según la cual cuántos más restringidos estén los poderes, más garantida estará la libertad y se indicaba, al contrario, el sentido tuitivo del poder en su relación con ésta.

No se puede, sosteníamos, prescindir del Estado porque él debe asegurar, en primer lugar, la justicia debida a quienes no estén, sin culpa, en condiciones de asumir las nuevas reglas de juego y, en segundo, de asegurar la transparencia de éstas. Si en el campo de las relaciones jurídico privadas, instituciones como la teoría de la imprevisión, de la lesión subjetiva o del abuso del derecho, entre otras, demuestran la

[3] Esta idea ha sido recogida por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la causa 27771/94 "*Metrogas S.A. c/Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) Resol. 52/94*", del 9/11/1994. Se había cuestionado, en el caso, la decisión del ENARGAS de no autorizar el traslado a la tarifa, del incremento del impuesto sobre los ingresos brutos de la Provincia de Buenos Aires (ley 11490), a partir del 1/03/1994.

vigencia de una política legislativa orientada a la consecución de la justicia de esas relaciones, la reubicación funcional de la Administración Pública no debería implicar, afirmaba, indiferencia estatal si la liberación de las fuerzas sociales y económicas generada a partir del cambio emprendido es, por sí sola, insuficiente para garantizar el contenido ético del nuevo orden buscado.

Y concluíamos esas reflexiones expresando que al Estado le cabe regular y controlar, *pues una de las lecciones más importantes dejada por el exceso de intervencionismo es el error de confundir propiedad con mando.* La transformación significaba abandonar el protagonismo dogmático de la escena económica que suponía mandar y decidir como productor, comerciante o industrial, para asumir, en cambio, la función de fijar las reglas de un nuevo comportamiento comunitario y controlar que ellas se cumplan. Para mandar, no es, pues, necesario ser dueño; sin perjuicio, naturalmente, del rol siempre atento a las exigencias del bien común que puede requerir, cómo no, en algunos casos, la asunción de la pertinente titularidad. Se trataba, pues, de emprender el camino del *Estado Garante* de la Justicia Social (Comadira).

7. Los servicios públicos en la reforma constitucional de 1994

Ahora bien: la sanción de los marcos regulatorios más importantes, relativos a los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales; de transporte y distribución de electricidad; de transporte y distribución de gas natural y de las telecomunicaciones se produjo antes de la reforma constitucional de 1994.

Cabe, entonces, plantear, en primer término, cuál es el tratamiento previsto por la Constitución para los servicios públicos. Esto es ¿supone la Constitución la titularidad estatal de la actividad prestadora del servicio público? ¿Es éste, en cambio, sólo un título invocable para habilitar el ejercicio del pertinente poder de policía? ¿Comprende, acaso, ambas alternativas? ¿Incluye la posibilidad de la asunción subsidiaria de la actividad?

La Constitución reformada se refiere expresamente, en dos oportunidades, a los *servicios públicos*.

Primero, en el segundo párrafo del artículo 42, para imponer a las autoridades el deber de proveer al control de la calidad y eficiencia de ellos; y después, en el párrafo tercero del mismo artículo, para determinar que la legislación debe establecer los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Es también indudable que contemplan a los servicios públicos las previsiones constitucionales del citado artículo que, por un lado, reconocen a los usuarios, en la relación de consumo, el derecho a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno; e imponen, por otro, a las autoridades el deber de proveer a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo; a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; al control de los monopolios naturales y legales y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

De la cláusula en comentario es posible desprender la instrumentación constitucional de un sistema de servicios públicos montado sobre las dos siguientes ideas:

> a) el reconocimiento y protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos; sin perjuicio del respeto de otros derechos igualmente comprometidos;
>
> b) la consagración de un plexo de potestades estatales orientadas, primordialmente, a la regulación y el control, cuyo sentido radica en la protección y respeto de tales derechos, con independencia de otras potestades orientadas a la gestión del bien común.

Los criterios plasmados en el artículo 42 se deben interpretar de modo coherente con previsiones constitucionales tuitivas de derechos que también están en juego a la hora de construir un sistema de servicios públicos (v.gr. trabajar, comerciar, ejercer industria lícita); sin descuidar tampoco, y paralelamente, otras normas constitucionales atributivas de potestades generales para la búsqueda de la prosperidad general, como son, por ejemplo, además de las clásicas ya contempladas en el actual inciso 18 (artículo 67, inc. 16, en su anterior redacción) las que se prevén en el artículo 75, inciso 19 (proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía, entre otras).

La reforma de 1994 hace explícitos, en este último sentido, criterios de intervención estatal que hasta ese momento sólo resultaban de decisiones legislativas y pronunciamientos jurisprudenciales concebidos al amparo de un método dinámico y, en ocasiones, mutante de interpretación constitucional (Oyhanarte).

A nuestro juicio, no es dudoso que se buscó configurar un Estado garante del desarrollo humano, el crecimiento económico y la Justicia Social y, por ende, conformador de la realidad social en ese marco teleológico. Los ya referidos artículos 42 y 75, incisos 18 y 19, son, en ese aspecto, elocuentemente reveladores.

Por ello, si bien el principio en la Constitución, es la regulación y el control, es decir, el poder de policía (la letra del propio artículo 42 confirma esta idea al referirse al *control* de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la sanción de la legislación que contemple los marcos *regulatorios* de tales servicios), ello no obsta, sin embargo, para que el Estado goce de la posibilidad excepcional de conceder, por razones debidamente fundadas de bien común (con base en la titularidad de la actividad (*publicatio)* o sin ella- privilegios temporales (por vía de monopolio o de exclusividad) (Marienhoff).

La titularidad (*publicatio)* es, pues, una alternativa excepcional pero viable, toda vez que ella está comprendida como poder inherente en la idea conformadora y positiva del Estado que traducen los artículos 42 y 75, incisos 18 y 19 de la Constitución. Y lo mismo ocurre con la posibilidad de asumir una actividad, sin titularizarla, cuando no haya particulares idóneos para prestarla. Titularidad *propia* (*publicatio propia) e impropia (Publicatio impropia)* darían, así, cuenta terminológica de ambas situaciones.

En el marco de la Constitución es posible, entonces, concluir en que el servicio público importa un título jurídico para la regulación y el control de las actividades que merezcan esa calificación, esto es, para su sometimiento al poder de policía, lo cual no supone, necesariamente, la titularidad de la actividad, aun cuando ni ella ni la prestación asumida por ausencia de prestadores privados después del fracaso de un procedimiento de selección (titularidad *impropia* asumida por rescate *impropio*) se pueden descartar

como alternativas excepcionales fundadas en los poderes inherentes al Estado Garante diseñado por la Constitución.

8. Los objetivos previstos en los marcos regulatorios. El contenido de la caracterización legal de una actividad como servicio público.

Así las cosas procede determinar si los objetivos enunciados en los marcos regulatorios se corresponden con los derivables de la Constitución y, asimismo, cuáles son los elementos que dan contenido a la regulación y su coherencia con la Constitución, tomando en cuenta, a tales efectos, los marcos regulatorios de cuatro actividades esenciales caracterizadas como servicios públicos: el abastecimiento de agua potable y desagües cloacales[4]; transporte y distribución de energía eléctrica[5]; transporte y distribución de gas natural[6] y telecomunicaciones[7].

Los objetivos fijados a la regulación son en cada uno de los marcos enunciados, los siguientes.

En los del Gas[8] y la Electricidad[9] se destacan la protección adecuada de los derechos de los usuarios; la formación y funcionamiento del mercado respectivo, con estímulo a las inversiones e incentivación del uso del gas y uso eficiente de la electricidad; y la confiabilidad, accesibilidad y eficiencia del servicio, con arreglo a tarifas justas y razonables.

En materia de Telecomunicaciones y en lo que aquí es pertinente, cabe señalar como objetivos fijados a la Comisión Nacional de Comunicaciones, el ejercicio del poder de policía del espectro radioeléctrico, de las telecomunicaciones y de lo servicios postales, aplicando y controlando el cumplimiento efectivo de la normativa vigente en la materia; la aplicación de las sanciones previstas en los respectivos marcos regulatorios; la prevención y sanción de las conductas anti-competitivas; el aseguramiento de la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios, la promoción del carácter universal del Servicio Básico Telefónico, a precios justos y razonables, así como la competencia leal y efectiva en la prestación de los servicios[10].

En relación con los servicios públicos de provisión del agua potable y desagües cloacales e industriales, el art. 3º del Reglamento aprobado por el Decreto 999/92 fija como objetivos la expansión del sistema; la calidad y continuidad de los servicios; la

[4] El decreto 999/92 consigna que el servicio público regulado por él se define como la captación y potabilización, transporte, distribución y comercialización del agua potable; la colección, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose los efluentes industriales que el régimen legal vigente permita se viertan al sistema cloacal (art. 1º, Anexo I, decreto 999/92, marco regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales).

[5] La ley 24065 caracteriza como servicio público al transporte y distribución de electricidad (art. 1º, ley 24065; art. 1º, decreto reglamentario 1398/92)

[6] La ley 24076 determina, en su art. 1º, que el transporte y distribución de gas natural constituyen un servicio público nacional.

[7] La prestación del servicio de telecomunicaciones había sido ya considerada un *servicio público* por el decreto 62/90 cuando se convocó a un concurso público internacional para la privatización de la prestación. Es ilustrativo destacar que, a los efectos de la renegociación contractual, el decreto 311/03 al enunciar los servicios públicos alcanzados sólo menciona al servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija).

[8] Art. 2º, ley 24076.

[9] Art. 2º, ley 24065.

[10] Art. 8º del decreto 1185/90 y *Manual de misiones y funciones*, Resolución CNC 2065/99.

protección de los derechos, obligaciones y atribuciones del usuario, del concedente, del concesionario y del ente regulador y asimismo, de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente.

Todos los objetivos enunciados sumariamente evidencian la existencia de una teleología acorde con el mandato constitucional. Protección de los derechos de los usuarios; tarifas justas y razonables; aseguramiento de la calidad, continuidad, regularidad, generalidad, igualdad y eficiencia de los servicios; fomento de las inversiones; formación de mercados competitivos cuando ello es posible; expansión de los sistemas y promoción del carácter universal de ciertos servicios, expresan un criterio de regulación y control coherente con la concepción constitucional de la potestad regulatoria, en tanto instrumento al servicio de la protección de los derechos de los usuarios ejercitable con el debido resguardo de los restantes intereses también comprometidos.

Sólo cabe agregar que los fines atribuidos a los entes deben ser cumplidos todos, de modo integrado y armónico, pues importaría una distorsión hermenéutica y, consiguientemente, funcional, pretender la primacía de unos sobre otros (Cassagne).

No obstante, entre nosotros Gordillo ha señalado, por su parte, que la tutela que establece el artículo 42 de la Constitución Nacional requiere de los entes no sólo la protección del sistema concedido o licenciado sino *principalmente* proteger los derechos e intereses de los usuarios actuales y futuros. En sentido coincidente Patricia Martínez expresa que el fin *último* del control estatal es la satisfacción del usuario; también Muratorio.

9. Las consecuencias jurídicas de la caracterización ¿Régimen jurídico unitario? Pautas para su posible determinación.

Es de suponer que el legislador ha considerado que la caracterización como servicio público de las actividades enunciadas constituía un medio idóneo para el logro de los objetivos fijados a la regulación en cada uno de los marcos.

Cabe, entonces, preguntar cuáles son las consecuencias derivadas de tales caracterizaciones legales: concretamente ¿qué significa, jurídicamente, categorizar a una actividad como servicio público? *¿Se puede hablar de un régimen jurídico unitario del servicio público, al menos en el ámbito de estos marcos regulatorios?*

Plantear un régimen unitario no importa, desde luego, ignorar que cada una de las actividades posee, en razón de sus especificidades técnicas, comerciales y financieras, exigencias regulatorias propias y adaptadas adecuadamente a tales singularidades.

El interrogante apunta, en rigor, a ciertos aspectos que son esenciales para definir el régimen jurídico, los cuales, a mi juicio, se podrían resumir en los cinco siguientes:

a) título de acceso a la actividad;

b) duración de la habilitación;

c) existencia, o no, de *publicatio* de la actividad;

d) existencia, o no, de rescate; y

e) régimen de los bienes (transferencia de los activos públicos al prestador, en propiedad o en simple tenencia; reversión, o no, al finalizar la habilitación y, en su caso, condiciones).

9.1 El título de acceso a la actividad

No existe en Argentina, y mucho menos después de las privatizaciones, un criterio claro que permita diferenciar con precisión las figuras de la concesión y de la licencia (Tawil). Así, para Marienhoff, la licencia es una figura jurídica híbrida, ambigua, de contornos imprecisos, que fluctúa entre la concesión y el permiso, acercándose más al permiso.

Por nuestra parte, nos inclinamos a compartir la idea que, en el ámbito de los servicios públicos hace consistir la primera, en lo esencial, en el traslado a un particular del ejercicio de competencias o facultades propias del Estado, atribuyendo, así, a aquél, un poder nuevo, pero derivado de la titularidad de éste; ello, sin perjuicio de la admisión de la concesión constitutiva, en tanto acto de atribución al particular de un poder, también nuevo, pero no derivado de la titularidad estatal. El concepto de licencia, por su lado, parece conveniente referirlo al acto de remoción de obstáculos al ejercicio de poderes preexistentes, lo cual, aplicado al servicio público, importa suponer la titularidad privada de la actividad a desarrollar por el licenciatario. Es la perspectiva que deriva, como ha señalado Tawil, de los derechos francés y norteamericano, respectivamente.

Ahora bien, en lo que se refiere al ingreso a la actividad, es de señalar que los regímenes regulatorios del servicio de abastecimiento de agua potable y servicios cloacales[11] y de transporte y distribución de energía eléctrica[12] contemplan a la concesión; mientras que, en cambio, los relativos a la prestación del servicio de telecomunicaciones[13] y del transporte y distribución de gas natural[14] a la licencia.

Además de esa diferencia corresponde puntualizar que los contenidos jurídicos de la concesión y de la licencia son también diversos. Como se verá seguidamente al considerar la duración, la *publicatio*, el rescate y el régimen de bienes, la concesión en el agua no tiene la misma significación que la concesión en el transporte y distribución de energía eléctrica; y la licencia en las telecomunicaciones no tiene el mismo alcance que la licencia en el gas.

9.2 La duración de la habilitación

La concesión en aguas está otorgada por 30 años[15], y las concesiones eléctricas[16] por 95 años, prorrogables por un plazo máximo de 10 años.

[11] Art. 7º, Anexo I, decreto 999/92.
[12] Art. 3º, ley 24065.
[13] Arts 21, decreto 1185/90; y 4.1, Anexo 1, decreto 764/00.
[14] Arts 4º, ley 24076; y 4º, Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.
[15] Contrato de concesión: Capítulo 1, numeral 1.1.

La licencia en materia de telecomunicaciones carece de límites temporales[17], salvo en lo que se refería a la exclusividad; mientras que las del gas[18] duran 35 años, con opción a una única prórroga de 10 años.

9.3 La publicatio

La *publicatio* está presente en el régimen del agua, como se desprende de la expresa consideración del rescate en el marco regulatorio y de la transferencia de los activos al concesionario en calidad de simple tenencia[19].

No aparece, en cambio, y, por el contrario, se desprende su exclusión en el caso de las concesiones para el transporte y distribución de energía eléctrica, en la medida en que estas actividades deben ser desarrolladas, prioritariamente, por personas jurídicas privadas[20], siendo de destacar, incluso, que, según dispone el decreto reglamentario es responsabilidad de la Secretaría de Energía y del Ente Regulador asegurar que las actividades permanezcan a cargo del sector privado[21]. La exclusión de la *publicatio* se refuerza, asimismo, con la transferencia en propiedad de los bienes al concesionario (ver *infra*).

La concesión a los particulares, a diferencia de lo que sucede en el régimen del agua, es, en estos casos, *constitutiva* en el sentido de que no *traslada* al privado una actividad propia del Estado que éste pueda reasumir cuando lo estima conveniente u oportuno; simplemente se constituye en aquél un poder nuevo que no es derivación de otro preexistente en cabeza del Estado.

En estas actividades el Estado sólo puede asumir la prestación, con el fin de garantizar la continuidad del servicio, cuando, cumplidos los procedimientos de selección pertinentes, no hayan existido oferentes a quienes adjudicar la prestación de aquél[22]. Se trataría de una *publicatio* que se podría denominar *impropia*, en atención a su carácter subsidiario.

La reglamentación legislativa es razonable, porque si bien limita la posibilidad de asunción de la actividad a través de una clara política privatizadora que excluye, como principio, la prestación estatal, no vacía a la función administrativa, titularizada por el Poder Ejecutivo, de la potestad inherente de asumir la actividad cuando ésta no pueda ser atendida convenientemente por los particulares.

La *publicatio* no aparece tampoco en las licencias de transporte y distribución del gas, ni en las correspondientes a los servicios de telecomunicaciones. En el primer caso la conclusión deviene, por un lado, porque el Estado y, en su caso, las provincias sólo pueden proveer servicios de transporte y distribución de gas cuando fracasaren los procedimientos de selección de oferentes o se extinguiere la habilitación[23], situaciones que generan, al igual que en las concesiones eléctricas, un supuesto que hemos dado en

---

[16] Resolución SEE 170/92, Anexo I, Contrato de concesión de Edenor: arts. 3º a 6º; Contrato de concesión de Transener S.A.: arts. 3º a 6°.
[17] Arts. 21, decreto 1185/90; y 4.1., Anexo 1, decreto 764/00.
[18] Arts. 5º y 6 º, ley 24076; y 6º, Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.
[19] Arts. 60 y 64, Anexo I, dec. 999/92; Contrato de concesión: numerales 6.9.2 y 14.7.
[20] Art. 3º, ley 24065.
[21] Art. 3º, decreto reglamentario 1398/92.
[22] Art. 3º, ley 24065.
[23] Art. 4º, ley 24.076; art. 4º, Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.

llamar de *publicatio impropia;* por otra parte, la conclusión se refuerza por la transferencia de los bienes en propiedad al licenciatario. En el segundo la ausencia de *publicatio* resulta de la inexistencia de plazo para la licencia y de la transmisión en propiedad de los bienes al licenciatario[24].

9.4 Existencia, o no, de rescate. La revocación por oportunidad.

El rescate, aplicado a los servicios públicos, es el acto por el cual el Estado concedente de la explotación del servicio, decide, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, extinguir la concesión y asumir la prestación directa del servicio. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia es también un acto que coincide en su fundamento con el rescate –mérito, oportunidad, o conveniencia- pero difiere de él en que, con ella, el Estado no reasume la prestación de la actividad sino que, lisa y llanamente, pone fin al contrato.

El rescate está previsto, expresamente, en el régimen del agua[25], aun cuando en su definición es confundido con la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, pues se lo considera como la declaración unilateral del concedente, adoptada por fundadas razones de interés público, por la cual se da por terminada la concesión. Cabe pensar que se ha estimado que, implícitamente, la conclusión de la concesión importa la reasunción de la actividad; pero, en rigor, la conclusión de la concesión tanto puede conducir a la reasunción o bien a una nueva concesión. Por eso, entiendo que el rescate, tal como aparece definido, comprendería al rescate propiamente dicho y también a la revocación por razones de interés público.

Las concesiones eléctricas, por su parte, no contemplan expresamente ni a uno, ni a otra. De todos modos, es posible que en estos casos se configure una situación en cierto modo equivalente al rescate; una especie, podríamos afirmar, de rescate "impropio", correlativo de la ya apuntada *publicatio impropia.*

Ello es así, en efecto, por lo siguiente. De acuerdo con el régimen legal el Estado sólo puede asumir la prestación del servicio cuando, sustanciados los correspondientes procedimientos de selección, no existan oferentes privados adecuados para su adjudicación[26]. La inexistencia de oferentes aprehendida por la ley puede derivar, a mi juicio, de la ausencia de ofertas o de la inadmisibilidad o inconveniencia de éstas. Es claro, entonces, que, en los tres casos, el Estado puede optar por asumir la actividad si no decide reformular las condiciones planteadas para la selección.

Se trataría, pues, no de una reasunción o rescate, sino, directamente, de una asunción nueva y subsidiaria a la privatización (*publicatio impropia,* traducida en un rescate *impropio*), originada en una valoración de mérito, oportunidad o conveniencia, que excluye, necesariamente, la indiferencia estatal frente al vacío servicial y que determina, consecuentemente, la correlativa obligación, también estatal, en ese caso, de llenarlo. Es una manifestación del Estado garante-conformador diseñado por la Constitución.

---

[24] Decreto 62/90, Anexo 1, Pliego de bases y condiciones para el concurso público internacional para la privatización de la prestación del servicio de telecomunicaciones: Capítulo VII, pto.7.2.y pto. 7.2.2.

[25] Contrato de concesión: numeral 14.7.

[26] Art. 3º, ley 24065.

La revocación por oportunidad no está tampoco prevista, como dijimos; sin embargo, en nuestra opinión, ella procede, genéricamente, como atributo de la función administrativa, reconocido, además, legislativamente, por el artículo 18 de la LNPA aunque corresponde puntualizar que esta es una cuestión muy controvertida en la doctrina.

En el supuesto de las licencias para el transporte y distribución de gas natural, el decreto reglamentario de la ley 24076 determina que el rescate sólo es posible con el acuerdo del licenciatario[27]. Esta norma es, en nuestra opinión, inconstitucional, en tanto importa una renuncia por el Poder Ejecutivo a una potestad de gestión que es inherente a la titularidad de la función administrativa propia del Estado contemplado por la Constitución.

Si el Estado, del mismo modo que sucede con las concesiones eléctricas, asume la prestación del servicio cuando no existen privados adecuados[28], no es coherente que, por vía reglamentaria, se autoexcluya, genéricamente, de la posibilidad de acudir al rescate, al menos *impropio*. Esta renuncia afecta, pues, la concepción constitucional del Estado y también la interpretación que, como derivación de él, instrumenta el marco legal.

Por ello, estimamos que las conclusiones vertidas respecto de las concesiones eléctricas son igualmente aplicables a las licencias para el transporte y distribución del gas, y que, por ende, en estas actividades es también posible acudir al rescate *impropio* tal como antes lo indicara.

Por la misma razón expuesta respecto de las concesiones eléctricas, entendemos que también procede en este caso la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Las licencias telefónicas, por su parte, tampoco contemplan el rescate. De todos modos, producida la caducidad de la licencia por alguna de las causales previstas en el régimen, si la obligatoriedad y continuidad del servicio se pudieran ver comprometidas por la desaparición del licenciatario[29] el Estado podría asumir la prestación con el fin de asegurar aquellos caracteres del servicio. Justificaría además, en el caso, tal decisión, la aplicación analógica del principio que emerge del rescate *impropio* resultante de los marcos del gas y la energía eléctrica. Se configuraría también en esta situación un rescate *impropio*, determinante de una *publicatio impropia.*

Por lo demás, también en este caso procedería, por lo antes señalado, la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, con la salvedad doctrinaria ya apuntada.

9.5 El régimen de bienes

El régimen de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y desagües cloacales contempla la transferencia de los bienes al concesionario en calidad

[27] Art. 4º, Anexo I, decreto reglamentario 1738/92; ver, también, lo establecido en el decreto 2255/92, Anexo "B", Modelo de Licencia de distribución de gas, Subanexo I, Reglas Básicas: numeral 11.5; decreto 2.255/92, Anexo "A", Modelo de licencia de transporte de gas; Subanexo I, Reglas Básicas: numeral 11.5.

[28] Art. 4º, ley 24076.

[29] Ténganse en cuenta, en este aspecto, la continuidad prevista en los decretos 1185/90; 764/00 y 843/00.

de simple tenencia, los cuales, junto con los que se hubieran adquirido o construido durante la concesión, deben ser transferidos sin cargo al Estado al fin de aquélla[30].

De la regulación de las concesiones para el transporte y distribución de energía se desprende, en cambio, que los bienes fueron transferidos en propiedad por el Estado[31], los cuales, al fin de la concesión, deben ser pagados por éste de acuerdo con el procedimiento contemplado en el contrato.

Las licencias para el transporte y distribución de gas importan la transferencia de la propiedad de los bienes a los licenciatarios[32], lo cual no ha obstado para que aquellos calificados como activos esenciales –que incluyen las ampliaciones y mejoras incorporadas a la red por el licenciatario- queden sustraídos a la posibilidad de gravamen, arrendamiento, subarrendamiento o comodato, sin la autorización previa de la Autoridad Regulatoria. Al finalizar la licencia, los bienes se transfieren al Estado, libres de toda deuda, gravamen o embargo y al valor de tasación definido en el contrato de licencia[33].

Finalmente, en el marco de las telecomunicaciones los bienes son también transferidos en propiedad al licenciatario, quien, sin embargo, no puede venderlos, cederlos ni transferirlos, por cualquier título o gravarlos de ninguna forma sin autorización de la Autoridad Regulatoria, siendo nulos absolutamente e inoponibles a todos los efectos de la prestación del servicio, los actos celebrados en infracción de ese requisito autorizativo[34]. No está prevista expresamente la "reversión" cuando se declare eventualmente la caducidad de la licencia por razones imputables al licenciatario (única causal contemplada para la extinción). Sin embargo, si las exigencias de la continuidad del servicio determinaran el rescate *impropio,* el Estado podría asumir la actividad obteniendo la transferencia de los bienes mediante expropiación, sin perjuicio de acudir a la ocupación temporánea anormal hasta el perfeccionamiento de aquélla.

Como se advierte las regulaciones están lejos de responder a un criterio uniforme respecto del significado del servicio público.

Se ingresa a él por concesión (agua; transporte y distribución de energía eléctrica[35]) o por licencia (telecomunicaciones y transporte y distribución de gas natural[36]); hay concesiones con *publicatio* (agua[37]) y sin ella (*publicatio impropia:* transporte y distribución de energía eléctrica[38]); licencias con límite en el tiempo y rescate *impropio* (transporte y distribución de gas natural[39]) y sin límite temporal con rescate *impropio* (telecomunicaciones[40]); existen concesiones sin transferencia de

[30] Contrato de concesión: numeral 6.9.2.
[31] Según surge del llamado a concurso público nacional e internacional para la privatización de la actividad de distribución y comercialización a cargo de SEGBA, y del pliego aprobado por Resolución ME y OSP 591/92, Anexo I del 14/07/1992, numeral 11.6; opina en este mismo sentido, Cicero; ver, también el Contrato de concesión a Edenor: Art. 12; Contrato de concesión a Transener S.A.: art. 12.
[32] Salomoni ha sostenido la inconstitucionalidad de esta transferencia, por cuanto ello implica violar el régimen del dominio público que surge del Código Civil.
[33] Arts. 78, y 79, ley 24.076; Licencia de distribución: numerales 5.7., 11.3., 11.3.1. y 11.3.2.; Licencia de transporte: numerales 5.7., 11.3 y 11.3.2.
[34] Decreto 62/90, Anexo 1, Pliego de bases y condiciones: Capítulo XIII, pto. 13.11.1. a 13.11.3.
[35] Art. 7º, Anexo I, decreto 999/92; y art. 3º, ley 24065.
[36] Arts. 21, decreto 1185/90; 4.1, Anexo 1, decreto 764/00; 4º, ley 24.076; 4º, Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.
[37] Art. 60, Anexo I, decreto 999/92.
[38] Art. 3º, ley 24065; y art. 3º, decreto reglamentario 1398/92.
[39] Art. 5º, ley 24076.
[40] Arts. 21, decreto 1185/90; y 4.1., Anexo 1, dec. 764/00.

activos (agua[41]) y con ella (energía eléctrica[42]) y concurren también concesiones con rescate *propio* (agua[43]) y sin él (rescate *impropio:* energía eléctrica[44]); finalmente hay "reversión" de bienes, en las condiciones previstas por cada marco, en el agua, la energía eléctrica y el gas[45]; no así en las telecomunicaciones[46].

10. Los datos del servicio público: obligatoriedad y prestación garantizada.

¿Cuál es, entonces, la respuesta al interrogante que originó este sumario análisis? No hay, en apariencia, un dato común.

Se ha propuesto como dato definidor a la obligatoriedad de la prestación que se impone al prestador en todos los casos (Mairal)[47]. Y ciertamente es éste un elemento fundamental que ya en su momento había destacado Marienhoff, cuando señalaba que los clásicos caracteres del servicio público (continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad) se vaciaban de contenido si quien lo presta no está obligado a hacerlo.

Sin embargo, esa obligatoriedad de la prestación y los consiguientes caracteres que la informan, asegurados mediante una regulación y control policial de intensidad y contenido variables según las singularidades de cada actividad no agotan, a mi juicio, el contenido de la categorización, pues la obligatoriedad pesa, también, sobre el Estado, quien, cuando los privados no puedan, a su juicio, satisfacerla, debe cumplirla él mismo por vía de rescate propio o impropio.

11. Los Entes Reguladores

11.1 Su inspiración

Para asegurar el logro de los objetivos regulatorios y el debido cumplimiento del régimen de regulación y control instrumentado en los marcos, éstos contemplan la creación de entes que, por la índole de las facultades que se les asignan, su pretensión de independencia del poder político y la neutralidad respecto de los intereses en juego, parecen inspirarse en las comisiones o entes reguladores autónomos de los Estados Unidos (Cincunegui), (a los cuales Schwartz vincula el nacimiento del derecho administrativo norteamericano), alejándose de los instrumentos de control empleados en la etapa preprivatizadora.

---

[41] Contrato de concesión: numeral. 6.9.2.
[42] Resolución ME y OSP, 591/92, Anexo I del 14/07/1992, numeral 11.6; ídem, Cicero; ver, Contrato de concesión a Edenor: Art. 12, y Contrato de concesión a Transener S.A.: art. 12.
[43] Contrato de concesión: numeral. 14.7.
[44] Art. 3º, ley 24.065.
[45] Contrato de concesión: numeral. 6.9.2; Resolución ME y OSP, 591/92, Anexo I del 14/07/1992, numeral 11.6; Art. 78, ley 24076.
[46] Decreto 62/90, Anexo 1, Pliego de bases y condiciones: Capítulo XIII. numeral 13.11
[47] Ver también, arts. 21, ley 24065; 21, decreto reglamentario 1398/92; 25, Contrato de concesión a Edenor; 22, Contrato de concesión Transener S.A.; 25, ley 24076**;** 28 y 25, decreto reglamentario 1738/92**;** Licencia distribuidor: 4.1.; Licencia de transporte: 4.1.; Anexo I, decreto 999/92, arts. 6° y 9°; contrato de concesión: numerales 4.1, 4.3, 4.3.2; ptos. 10.4.6 y 10.9.7., Anexo I, decreto 62/90; art. 8°, decreto 1185/90; art. 10.1, Anexo I, decreto 764/00.

Estas Comisiones importan, de algún modo, una reacción contra el principio de división de poderes en su interpretación más estricta, porque de un lado mediatizan el poder del Presidente -la Corte norteamericana le negó facultades discrecionales para remover a sus integrantes en 1935- y, de otro, implican la asunción, por un órgano administrativo, de funciones legislativas y jurisdiccionales. En este sentido, ha escrito Bianchi: "Debo decir que estos (los Entes Reguladores) pueden ser considerados como un Estado dentro del Estado. Esta característica se hace presente cuando consideramos que aquellos reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional".

De todos modos no se puede considerar, en rigor, configurada una quiebra del principio sino una *modalización de sus fronteras*, pues la acción inicial queda en manos del Poder Legislativo y la final en el Judicial (Clarke).

11.2 Descripción. Instrumento de creación. Naturaleza y Régimen Jurídico.

Me limitaré a describir, sumariamente, las características de cuatro entes, correspondientes a los servicios antes enunciados: el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y el Ente Regulador (tripartito) del Agua y Servicios Sanitarios (ETOSS) y a plantear algunas de las cuestiones jurídicas que su análisis genera.

Tres de ellos han sido creados por ley -Gas[48], Electricidad[49] y Agua[50]- y uno, la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones (ex CNT), hoy CNC, por Decreto[51] aun cuando los considerandos de éste contienen invocaciones legales -Ley 19798 de Telecomunicaciones y 23696 de Reforma del Estado- que permitirían inferir la existencia, en el caso, de un reglamento delegado (Comadira). La diferencia de rango normativo no deviene de ningún criterio técnico, sino sólo de la eficiencia burocrática para utilizar el impulso político del momento (Martínez de Vedia).

Cabe consignar que el primero -ENARGAS- fue creado en el ámbito del entonces Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos[52]; el segundo -ENRE- en la entonces Secretaría de Energía de dicho Ministerio[53] y el cuarto en dependencia del Poder Ejecutivo Nacional, a través de la entonces Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos[54]. El tercero -ETOSS- funciona en el ámbito de la Secretaría de Obras Públicas, (antes Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones). Corresponde consignar que actualmente los cuatro entes se encuentran bajo la órbita del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

A dos de los entes se les atribuye, por ley formal, la condición de entes autárquicos (ENARGAS y ENRE[55]) y a uno (ETOSS[56]), por vía reglamentaria,

[48] Art. 50, ley 24076.
[49] Art. 54, ley 24065.
[50] Ley 23696, Anexo I, ap. III y decreto 999/92.
[51] Art. 1º, decreto 1185/90.
[52] Art. 50, ley 24076.
[53] Art. 54, ley 24065.
[54] Art. 1º, decreto 1185/90.
[55] Arts. 51, ley 24076; y 55, ley 24065, respectivamente.

consignándose en los tres casos su capacidad para actuar en el campo del derecho público y privado. El Decreto de creación de la CNT (hoy CNC) no atribuye a la Comisión, al menos expresamente, personalidad jurídica. La existencia de una asignación normativa de patrimonio[57] y la procedencia de la alzada contra sus decisiones[58], en tanto recurso previsto contra entes autárquicos, no tornaría irrazonable, no obstante, el reconocimiento de esa personalidad jurídico pública[59].

La categorización de los entes como entes autárquicos responde a las pautas señaladas por la doctrina como indicativas de esa forma de configuración de la descentralización (Cassagne).

En todos los casos se prevé una asignación de recursos[60] y la facultad de proyectar su presupuesto[61]. El ENARGAS, el ENRE y la CNC son financiadas con tasas de fiscalización y control anuales que pagan las empresas, recursos que, en definitiva, resultan, en virtud del sistema de Cuenta Única, administrados por el Ministerio de Economía y Producción quien impone contribuciones al Tesoro (Martínez de Vedia). El ETOSS, en cambio, se financia, con una alícuota sobre la facturación que pagan los usuarios.

En las leyes del ENARGAS y del ENRE se establece, asimismo, que los entes se regirán, respecto de sus relaciones con la Administración y con los particulares, por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) y su Reglamentación[62], si bien el personal está sometido a la Ley de Contrato de Trabajo[63], del mismo modo que los agentes de la CNC (ex-CNT)[64].

La reglamentación aprobada por el decreto 999/92, relativo al ETOSS, asigna, por su parte, a las decisiones del Ente los caracteres propios del acto administrativo[65].

Surge de las normas de creación que el ENARGAS, el ENRE, la CNT (hoy CNC) y el ETOSS quedan sujetos al régimen patrimonial, contable y financiero previsto por sus normas de creación y respectivas reglamentaciones y al sistema de control establecido para el sector público[66].

En todos ellos concurre la atribución de facultades de regulación, de control o fiscalización, de asesoramiento y también de las denominadas jurisdiccionales. En esta última situación, en algunos casos la jurisdicción para resolver controversias entre particulares es obligatoria (ENARGAS, ENRE, CNC, ex-CNT) *y, en otros, voluntaria (ETOSS)*[67].

---

[56] Art. 15 del marco aprobado por el decreto 999/92.
[57] Capítulo III del decreto 1185/90.
[58] Art. 33 del citado decreto.
[59] Téngase en cuenta lo que establece el decreto 660/96. La Procuración del Tesoro de la Nación, al expedirse sobre la procedencia formal de "recursos jerárquicos" interpuestos contra decisiones de la Comisión, ha sentado su carácter *descentralizado* y, por ende, la existencia de una relación de *tutela* entre ella y el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Dictámenes 104 y 105 del año 1994).
[60] Arts. 66, ley 24065; 62, ley 24076; 25, decreto 999/92 y capítulo III, decreto 1185/90.
[61] Arts. 65, ley 24065; 61, ley 24076; 24, inc.a) y 26, decreto 999/92 y 15, inc.a), decreto 1185/90.
[62] Decreto 1759/72, TO 1991.
[63] Arts. 60, ley 24076; y 64 ley 24065.
[64] Art. 7º, decreto 1395/91.
[65] Art. 68.
[66] Arts. 60 de la ley 24076; 64 de la ley 24065; Capítulo X, decreto 1185/90; 18, inciso a), decreto 999/92; y 8º, inciso a), 96, 98, 100, 101 y 117 de la ley 24156.
[67] Potestades de *regulación*, son, por ejemplo, entre otras, las siguientes: ENARGAS: ley 24076, art.52, incs. a, b, c, d, e, g, h, i (parcialmente), k, ñ; ENRE: ley 24065, art. 56, incs. a, b, d (parcialmente), e, f, j,

Un dato revelador de la importancia que el legislador otorga al cumplimiento de las funciones asignadas a los Entes, es la posibilidad expresa que las leyes del Gas y la Electricidad acuerdan a cualquier persona afectada en sus derechos por actos u omisiones del ente o de sus directores, de demandar a aquél o a éstos con el fin de lograr el debido cumplimiento de las obligaciones legales[68].

11.3 Idoneidad técnica

Un aspecto importante de estos sujetos es la necesidad de asegurar la específica idoneidad técnica de sus cuadros y su independencia funcional.

En todos los casos se contempla el nombramiento de los integrantes del directorio entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia[69]; probada experiencia e idoneidad acorde a la actividad a cumplir[70] o especialista en alguna disciplina utilizada en el ámbito de las telecomunicaciones con experiencia en su ejercicio[71].

El Decreto Reglamentario de la Ley 24065[72] prevé, por ejemplo, para la integración del directorio del Ente Regulador de la Electricidad, la sustanciación de un procedimiento de selección abierto conducido por la Secretaría de Energía en el marco de las normas establecidas para la cobertura de los cargos con funciones ejecutivas, aprobado por el Decreto 994/91 (SINAPA).

Son, a su vez, mencionables, en este aspecto, los artículos 19 del Decreto 1185/90 (CNC), en tanto determina su integración con un cuerpo especializado, debidamente capacitado y no mayor de 50 miembros, y 6º del convenio celebrado entre el Estado Nacional, la Empresa Obras Sanitarias de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la entonces Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, por el que se constituyó el ETOSS, según el cual el personal del ente debe ser designado previo concurso de méritos y antecedentes, con excepción del personal técnico calificado de la citada empresa que se decida incorporar.

11.4 Independencia funcional

La independencia funcional de los entes reguladores debería ser decisiva en el plano de la teoría, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no

---

k, m; ETOSS: decreto 999/92, art. 17, inc. b; CNC: decreto 1185/90 y modificatorios, art. 6, incisos b (parcialmente), d, v. IV; de *control o fiscalización*: ENARGAS: ley citada, art. 52, incs. d, e, f, l, m, n, o; ENRE: ley citada, art. 56, incs. c, d (parcialmente), i, n; ETOSS: decreto citado, art. 17, incs. a, c, e, f, g, j, k, l, m, r, t; CNC: decreto citado, art. 6, incs. c, e, f, g, h, j, k, l, m, n, acápite 1; *jurisdiccionales*: ENARGAS: ley citada, art. 52, inc k, art.66; ENRE: ley citada, art .56, inc o, y art 72; CNC: decreto 62/90, Anexo I, acápite 10.7; asimismo, art.28, inciso d del decreto 1185/90); ETOSS: reglamento aprobado por el decreto citado, arts. 17, incs. b) e i) y 72).

[68] Arts. 75, ley 24065; y 69, ley 24076.

[69] Arts. 58, ley 24065; y 54, ley 24076.

[70] Art. 19, decreto 999/92.

[71] Art. 14, decreto 1185/90.

[72] Art. 58, decreto 1398/92.

pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las *metas* diarias de la política (Ariño Ortiz).

Independencia funcional no implica desapoderamiento del Poder Ejecutivo, ni podría implicarlo, a nuestro modo de ver, en nuestro ordenamiento constitucional (Comadira-Cassagne). Pero sí exige ciertas garantías *formales* de inamovilidad en el cargo. Concurren también como elementos contribuyentes a la independencia funcional, el nombramiento de los directivos previo concurso; la integración de jurados jerarquizados para la valoración de los candidatos en el procedimiento de selección; el carácter vinculante del dictamen de éste; la dedicación exclusiva y, un sistema rígido de incompatibilidades. De todos modos, las garantías formales no aseguran, necesariamente, la independencia. Esta, pues, puede concurrir con o sin aquéllas

Los integrantes del directorio de la CNC duran cinco años, pueden ser reelegidos una sola vez (excepto el representante de las Provincias, que es designado por un año[73]) y sólo pueden ser removidos por incumplimiento de sus obligaciones, previa acusación de la ex Sindicatura General de Empresas Públicas y sumario sustanciado por la Procuración del Tesoro de la Nación[74].

Los directores del ETOSS -representantes del Poder Ejecutivo Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la ex Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires (hoy ciudad autónoma), en número igual- conservan el cargo durante seis años, no pudiendo ser removidos sino por justa causa, fijándose para los representantes del Poder Ejecutivo Nacional el procedimiento del Reglamento de Investigaciones Disciplinarias[75].

Más allá de estas garantías jurídico formales, lo cierto es que, la CNT fue, en su momento intervenida en más de una ocasión; y que el ETOSS fue marginado normalmente en las recurrentes renegociaciones de la concesión (Thwaites y López).

Los directores del ENARGAS y del ENRE[76], por su parte, los designa el Poder Ejecutivo por cinco años, pueden ser reelegidos indefinidamente[77] y son removibles por actos fundados de aquél poder[78].La designación y remoción sólo puede ser dispuesta previa comunicación de los fundamentos de la decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por los Presidentes y Vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determine en razón de su incumbencia, las cuales *deben* (ENARGAS) o *pueden* (ENRE) expedirse dentro de los treinta días corridos de recibida la comunicación. Emitido el dictamen o vencido el plazo, el Poder Ejecutivo puede dictar el acto respectivo[79].

El mecanismo, cuya constitucionalidad desde la perspectiva de la esfera de atribuciones del Poder Ejecutivo no es objetable en tanto no requiere el acuerdo del órgano parlamentario creado por la ley, sino, simplemente, la *comunicación* a él del fundamento de la decisión a adoptar, no me parece, sin embargo, suficientemente garantizador de la inamovilidad en el cargo, pues la remoción queda asignada a la *discrecionalidad* del Poder Ejecutivo[80], cuya influencia política en la conformación de los cuadros directivos es una realidad.

---

[73] Arts. 13 y 17 del decreto 1185/90.
[74] Art. 18, decreto 1185/90.
[75] Arts. 19, 22 y 23 del Reglamento aprobado por el decreto 999/92.
[76] Arts. 53, ley 24076; y 57 de la ley 24065.
[77] Arts. 54, ley 24076; y 58 de la ley 24065.
[78] Arts. 55, primer párrafo, ley 24076; y 59, primer párrafo, ley 24065.
[79] Arts. 55, segundo párrafo, ley 24076; y 59, segundo párrafo, ley 24065.
[80] Téngase en cuenta (ver *supra)* que en materia relativa a la privación de las funciones de conducción del

El condicionamiento del poder político se puede dar, asimismo, a través del manejo presupuestario al que antes hice referencia, incompatible, en rigor, con la autarquía.

Datos relevantes para asegurar la independencia, no sólo respecto del poder político, sino también de las áreas reguladas con el fin de neutralizar el fenómeno dado en llamar de la *captura* (Ariño Ortiz) del ente por el sector regulado, son las exigencias de dedicación exclusiva de sus funcionarios (prevista en los regímenes del ENARGAS, del ENRE y de la CNC) y el sistema de incompatibilidades que, en general, remite a las de los funcionarios públicos[81], sin perjuicio de algunas específicas establecidas en ciertos marcos (ENARGAS, ENRE, CNC).

La dedicación exclusiva está prevista en los regímenes del ENRE, el ENARGAS y la CNC[82].

A su vez, el artículo 14 del D.1185/90 determina, actualmente, la incompatibilidad para el desempeño de cargos en el Directorio, el tener intereses o haber mantenido durante el último año previo a la designación relaciones o intereses en empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, proveedoras de equipos a éstas o que de alguna manera sean afines al sector de telecomunicaciones[83].

Por su parte, los directores del ENARGAS y del ENRE, no pueden ser propietarios ni tener interés directo o indirecto en empresas actoras del mercado eléctrico o sus controlantes o controladas, o en empresas de consumidores que contraten directamente con el productor, de productores, transportadores, almacenadores, comercializadores o distribuidores de gas.

Y en todos los casos les son aplicables las incompatibilidades que fija la ley 25188 de ética pública, la cual no escapó, por cierto, a la modificación oportunista realizada por medio de un decreto delegado, en virtud del cual se flexibilizó la incompatibilidad de los ex funcionarios para integrar los cuadros directivos de los entes reguladores (art. 14 de la Ley 25188, modificado por el Decreto 862/01).

11.5 Participación de usuarios, consumidores y provincias en los entes reguladores.

El artículo 42, último párrafo, de la Constitución reformada determina que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

---

personal municipal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró suficiente motivación del acto la enunciación de las normas legales atributivas de la competencia respectiva (CSJN, 07/07/1988, "María Elena Piaggio de Valero v. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", Fallos 311:1206). La doctrina que exige la explicitación de las causas del acto puede verse, en cambio, en los plenarios de la Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial en los autos 20/08/1987, "Gonzalez Vilar, Carmen c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", ED 125, 447 y; de la Cámara Nacional en lo Civil, 06/12/1993, in re "Boaglio Carlos c/M.C.B.A", LL 1994-A-152.

[81] Arts. 59, ley 24065; y 55, ley 24076.

[82] Arts. 59, ley 24065; 55, ley 24076; y 14 del decreto 1185/90, respectivamente.

[83] Esta incompatibilidad abarca a cónyuges y parientes consanguíneos hasta el segundo grado -la incompatibilidad se extiende, incluso, hasta un año contado a partir del cese-.

El marco regulatorio del Gas establece, respecto del ENARGAS, la participación de las provincias en sus delegaciones regionales[84] y el texto originario de ésta, vetado por el Poder Ejecutivo (D. 885/92), contemplaba también la designación de los directores a propuesta de los gobernadores.

El ENRE y la CNC, a su vez, se integran, como ya se indicó, con representantes del Consejo Federal de la Energía Eléctrica y de las Provincias, respectivamente[85].

El Directorio del ETOSS se compone, por su parte, con dos representantes de cada una de las jurisdicciones que la conforman, con mandato por un año, siendo destacable que el marco aprobado por el Decreto 999/92 también contempla la creación de una Comisión asesora "ad honorem", integrada por representantes de los usuarios[86].

La Constitución no exige, ciertamente, que los consumidores, usuarios y provincias interesadas tengan representación en los órganos *directivos* de los entes. Empero, sí requiere, necesariamente, su integración al organismo. Por tal motivo, pienso que el ENARGAS, el ENRE, y la CNC deben instrumentar la participación de los representantes de los usuarios, mientras que los dos últimos deberían hacer lo propio con las provincias interesadas, en cuanto tales.

La participación dada en el ENARGAS a las provincias a través de las delegaciones regionales y a los usuarios por el ETOSS, primero a través de la "Comisión Asesora ad Honorem" y después con la Comisión de Usuarios creada por la Resolución del ETOSS Nº 38/99, cumplen, a mi juicio, adecuadamente, con el requisito constitucional. Coincido con Gordillo en que de no ajustarse la legislación vigente al imperativo constitucional, la Justicia bien podría hacer aplicación directa de la Constitución, dando un lugar a los sectores y provincias interesadas (Gordillo).

Finalmente es importante destacar que en fecha relativamente reciente el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1172/03, relativo a la mejora de la calidad de la democracia y de sus instituciones, en virtud del cual aprobó, entre otros reglamentos, como Anexo VIII el "Reglamento General de Reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos". Nos ocupamos específicamente de este Reglamento en el capitulo relativo al principio de participación ciudadana en el procedimiento administrativo.

11.6 Planteo de algunas cuestiones jurídicas

Efectuada esta sumaria relación de las características de los entes en estudio trataremos de realizar, a continuación, un repaso, también breve, de algunas de las cuestiones, viejas y nuevas, que presentan estos entes desde la perspectiva del derecho administrativo.

11.6.1 El órgano constitucional competente para su creación

[84] Art. 50, último párrafo, ley 24076.
[85] Art. 58, ley 24065; y art. 17, decreto 1185/90.
[86] Art. 21.

Antes de la reforma constitucional, era una cuestión controvertida determinar si correspondía al Congreso o al Poder Ejecutivo la creación de entes autárquicos.

El profesor Miguel S Marienhoff -cuya doctrina, en este aspecto, siguió en no pocos casos la Procuración del Tesoro de la Nación y en quien parece haberse inspirado el Reglamento de Procedimientos Administrativos- sostuvo que, como regla, la competencia para crear entes autárquicos pertenecía al Poder Ejecutivo como derivación de la administración general del país a él confiada por el entonces artículo 86, inciso 1º, de la Constitución Nacional. Sólo en los casos de la administración *especial* atribuidos por la Constitución al Congreso correspondía a éste la creación de autarquías.

Por aplicación de esta idea, a la que también adscribieron Benjamín Villegas Basavilbaso y Germán Bidart Campos, se consideró de competencia del Congreso la creación, por ejemplo, de los Bancos Oficiales, de las Universidades o de la Aduana. En cambio, se estimó propio de las atribuciones del Poder Ejecutivo, la creación de la Comisión Nacional de Energía Atómica, la Administración General de Puertos, la Administración Nacional de Obras Sanitarias, entre otros entes (Marienhoff).

Desde este punto de vista, aplicado estrictamente, no era fácil hallar una norma constitucional de la cual pudiera extraerse la atribución congresional de crear los entes en estudio.

En otra orientación doctrinaria, autores como Bielsa, Diez, Dromi inicialmente, Fiorini y Gordillo consideraron, en cambio, que la competencia general para la creación de autarquías correspondía al Congreso. El principal argumento que sostenía esta posición resultaba de lo dispuesto por el artículo 67 de la Constitución, particularmente en atención a la facultad constitucional de éste de crear o suprimir empleos (inc. 17 de la CN[87]).

Como posición intermedia se presenta la tesis de las facultades concurrentes, insinuada por Juan R. de Estrada y profundizada por Juan C. Cassagne. Se parte de la carencia histórica de normas, a raíz de la imprevisión constitucional de la descentralización, y se concluye reconociendo la atribución concurrente del Congreso y del Poder Ejecutivo, salvo cuando la facultad constitucional es expresa a favor del primero.

La cuestión tenía diversas proyecciones. Una de las más importantes era el alcance que, a partir de las distintas posturas, se reconocía al control del Poder Ejecutivo sobre la actividad del ente.

La primera posición llevaba a propiciar el control amplio de los actos del ente, comprensivo, por ende, de la legitimidad y la oportunidad, mérito o conveniencia, cuando éste era creado por el Poder Ejecutivo, o bien por el Congreso con invasión de la zona de reserva de aquél. Se limitaba, en cambio, a la legitimidad, respecto de los entes creados por este último en ejercicio de sus facultades constitucionales propias, excepto que la ley habilitara el control amplio.

En la segunda posición, que excluía la creación de autarquías por el Poder Ejecutivo, se proponía reducir el alcance del control a la legitimidad, excepto que la ley

[87] Era, además, el criterio recogido por la Ley de Contabilidad (Decreto-Ley 23354/56, ratificado por ley 14467) en su artículo 136, segundo párrafo, de acuerdo con el cual el Poder Ejecutivo no podía disponer la descentralización de servicios de la administración nacional (La Ley de Contabilidad fue derogada, entre otras materias en ésta, por la ley 24156). Es ilustrativo consignar que este artículo fue, en su momento, considerado inconstitucional por Marienhoff quien, siendo Procurador del Tesoro de la Nación, propició que el Poder Ejecutivo se abstuviera de aplicarlo (Dictámenes: 84:102).

lo autorizara con amplitud; y, en la tercera, se propiciaba el control amplio en los casos de competencia concurrente.

A nuestro juicio, la determinación del órgano constitucional competente para la descentralización autárquica, debía resultar de la índole de la actividad a desarrollar por el ente, y, muy especialmente, del origen y naturaleza de los derechos particulares sobre los cuales ese accionar pudiera gravitar. En ese sentido, estimamos de importancia la distinción que, en otro terreno, formulara Marienhoff, entre derechos de *origen y naturaleza administrativa y derechos de origen y naturaleza común,* tomando como base de la diferenciación la génesis, o no, del derecho en un acto o contrato administrativo y la eventual derivación, o no, a partir de éstos de una situación de sujeción especial.

En ese marco conceptual, estimamos que la creación de entes destinados a proyectar su actividad sobre derechos de sujetos que advienen a la relación como terceros, debe hacerse, necesariamente, por ley formal, quedando circunscripta la posibilidad del decreto sólo a los supuestos en los que el ente no exceda con su actuación el ámbito de las relaciones especiales de sujeción (v.gr. concesionario de servicio público).

Por ese motivo, y sea como consecuencia de la incidencia en los derechos particulares de las amplias facultades normativas conferidas a los entes, sea por las atribuciones jurisdiccionales obligatorias otorgadas a algunos de ellos, o por ambas cosas a la vez, entendemos que, en principio, no podían ser creados sino por ley formal, o bien derivar su potestad de creación, al menos indirectamente, de una ley formal.

Ahora bien, es del caso preguntar si la reforma constitucional puede, o no, operar como fuente de nuevas interpretaciones en la cuestión.

Adelantamos desde ya nuestra opinión negativa al respecto. No se nos escapa que mientras, por un lado, el artículo 99, inciso 1º, de la Constitución asigna al Presidente de la Nación la Jefatura de la Nación y del Gobierno y la responsabilidad política de la Administración, el artículo 100, inciso 1, por otro, atribuye al Jefe de Gabinete el ejercicio de la Administración General del País.

A nuestro modo de ver la innovación constitucional no implica privar al Presidente de la Nación de la *titularidad* de la función administrativa, la cual viene a concurrir, ahora, con el *ejercicio* de dicha función asignado al Jefe de Gabinete. Una cosa es, en efecto, la *titularidad* de la función, atribuida como competencia propia al Presidente y, otra, diversa, es su *ejercicio*, también otorgado como competencia propia al Jefe de Gabinete, mediante una delegación *impropia* (ver lo explicado más arriba).

En cualquier caso, y sea que se radique la competencia en el Presidente, en el Jefe de Gabinete o en ambos lo cierto es que sigue siendo posible derivar de los artículos 99, inciso 1, ó 100, inciso 1, de la Constitución, o de los dos en forma concurrente, la creación de entes autárquicos.

El Congreso, a su vez, sigue conservando la competencia para "crear y suprimir empleos" y "fijar sus atribuciones", ahora con sustento en el artículo 75, inciso 20, de la Constitución.

Por ello, cabe considerar subsistente la polémica que existía hasta la sanción del nuevo texto Constitucional y, por ende, los criterios propuestos hasta entonces.

Finalmente, cabe puntualizar que el término *legislación* empleado por el artículo 42, último párrafo, de la Constitución Nacional[88], no puede considerarse atributivo de competencia exclusiva, en este aspecto, al Congreso, sino sólo comprensivo, como género, de las diversas especies o clases de normas que correspondan de acuerdo con la materia de que se trate (en el mismo sentido: Bianchi).

Así, la *legislación* implicará ley formal respecto de la prevención y solución de conflictos o de la regulación de los servicios públicos si ésta incide en la esfera de *terceros* (v.gr. usuarios), pero no hay razón para sentar igual conclusión acerca de la creación misma de los entes, excepto, claro está, que éstos tengan competencias afectantes de derechos de terceros.

Entendemos, pues, que la ley formal sólo es exigible cuando la Constitución lo consigna expresamente (v.gr. arts. 36 último párrafo; 37, primer párrafo; 41, primer párrafo) o cuando ello resulta de la materia regulable (40, primer párrafo).

Por lo demás, se debe advertir que al fijar las atribuciones del Congreso, el artículo 75 no enuncia como facultad propia de éste la competencia para crear organismos de control de los servicios públicos, tal como, en cambio, es posible inferir sigue ocurriendo respecto de la creación de Bancos y Universidades (art. 75, incs.6 y 18).

De todos modos, más allá de las controversias doctrinarias y del juicio que pueda merecer su validez constitucional, la ley 25152 dispone en su artículo 5º, inciso a), en lo pertinente, que toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza requerirá del dictado de una ley.

11.6.2 Los alcances del control administrativo

A partir de la posición expuesta, es viable aceptar la procedencia, en principio, del control amplio (legitimidad y oportunidad) del Presidente de la Nación (o, en su caso, del Jefe de Gabinete) sobre la actividad de los entes reguladores.

Sea, en efecto, que el control se refiera a entes cuyas competencias sólo afecten derechos de origen o naturaleza administrativa (supuesto en el cual es dable admitir la creación del ente por decreto), sea, en cambio, que aquél se ejerza respecto de entes con competencias que alcancen incluso a derechos individuales de particulares que no posean esa naturaleza, (situación en la cual la creación debe provenir del legislador), no advertimos razones suficientes para que el control amplio no proceda.

En el primer caso, porque si se trata de derechos derivados de un acto o contrato administrativo cuyo ejercicio es controlado o regulado por un ente creado por el Poder Ejecutivo, nada impediría que éste controle con amplitud a un ente creado por él mismo. En el segundo, porque si la actuación del ente alcanza a derechos de particulares que no revisten naturaleza administrativa, nada obstaría tampoco para que el Poder Ejecutivo controle los actos de aquél cuando el ejercicio de esa potestad se traduzca en la ampliación de la esfera jurídica del particular titular de tales derechos (motivo por el cual no sería viable, en esta hipótesis, *la reformatio in pejus*).

[88] "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Desde tal perspectiva, y en lo que se refiere, específicamente, al control a través del recurso de alzada, éste debería proceder en ambos casos con la amplitud que, a nuestro juicio, deriva su fundamento del poder de tutela inherente a la titularidad de la función administrativa; sin perjuicio de puntualizar la especificidad que, eventualmente, pudiera resultar del régimen previsto para la denominada actividad *administrativa jurisdiccional*[89].

Por ello, consideramos que sería de dudosa constitucionalidad una ley formal o, en su caso, una norma reglamentaria que declarara "a priori" improcedente el recurso de alzada y pretendiera habilitar, así, directamente, la acción judicial contencioso administrativa. Si se tratara de una ley formal, ella afectaría una potestad propia del Presidente de la Nación como titular de la función administrativa; si la restricción fuera, en cambio, dispuesta por reglamento, éste consagraría una indebida renuncia del presidente a una potestad constitucional.

En este último sentido, y en tanto configuran una renuncia general a la potestad de tutela, son de dudosa constitucionalidad las normas reglamentarias que declaran improcedentes *a priori*, en ciertos supuestos, los recursos de alzada contra los actos del ente, como sucede con algunas controversias en el caso del ENARGAS -capítulo XI, acápite 12, del Decreto1738/92-[90] o con ciertos actos vinculados con la aplicación de las sanciones previstas en el Reglamento General del Servicio Básico Telefónico -art. 16-.

La inconstitucionalidad no se configuraría, sin embargo, si la ley o el reglamento se limitaran a autorizar la acción contencioso administrativa sin exigir expresamente la alzada, o habilitaran la omisión de ésta en supuestos tasados y razonables, pues en el primer caso la norma se debería interpretar de modo de salvar su validez, es decir, en el

---

[89] Esta clase de actividad excluye naturalmente la posibilidad del control por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Y aún en el propio marco del control de juridicidad, se debe tener en cuenta el artículo 99 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, a tenor del cual el control del superior varía en su alcance según se hayan previsto, o no, respecto de esa clase de actos, la existencia de recursos o acciones ante la justicia o ante órganos administrativos especiales con facultades también jurisdiccionales. Si tales recursos o acciones existen, el deber del superior de controlar la juridicidad se limita a los supuestos de manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho, excepto que medie consentimiento del interesado o que éste haya promovido la intervención de la justicia o de los órganos administrativos jurisdiccionales, supuestos, ambos, en los que el superior no puede intervenir salvo que razones de notorio interés público justifiquen el rápido restablecimiento de la juridicidad. Es posible desprender del artículo que si aquellos recursos o acciones no están previstos, el deber del superior de controlar es amplio y no reconoce las limitaciones enunciadas. Por otra parte, aun cuando existan acciones o recursos de los enunciados y medien el consentimiento del interesado o la interposición de tales remedios, es también difícil concebir la exclusión de la intervención del superior si se configuran la "manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho", en tanto no es dudoso que, situaciones de esa índole, comprometen el interés público y justifican el rápido restablecimiento de la juridicidad. Ahora bien: cabe presumir que cuando el autor de la norma se refiere a la actividad *jurisdiccional*, supone que ella proviene de un órgano dotado de garantías suficientes de independencia y neutralidad acordes con la índole de la actividad ejercida. Si ellas no concurren, como sucede con los entes reguladores creados en el ámbito nacional, el control de juridicidad no debería reconocer los límites impuestos por el decreto. Si, por el contrario, gozaran de tales garantías, sería aplicable el sistema del artículo 99, citado, cuyo contenido autorrestrictivo del Poder Ejecutivo es de discutible validez constitucional (Ver Comadira-Aguilar Valdéz).

[90] "*El recurso de alzada no será procedente cuando la controversia se haya planteado entre un prestador y otro sujeto de la ley o de la industria u otro particular, en cuyo caso procederá el recurso previsto en el artículo 66 de la ley*". Además, el artículo 70 de la ley 24076 establece que las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, *en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias*. Siendo así, la interposición de alzada no puede vedarse, *a priori*, por reglamento. Respecto del procedimiento administrativo en los entes reguladores; véase, Cafferata, Fernando.

sentido de que ella no excluye la procedencia del recurso administrativo y, en el segundo, como una forma de expresión razonable de reglamentación legal de la potestad administrativa, o bien de autorrestricción administrativa.

El reconocimiento de la viabilidad de esta clase de control no compromete, a nuestro juicio, la independencia *funcional* que debería caracterizar a los entes reguladores de los servicios públicos, en tanto ella se asegure *formalmente* con garantías especialmente instrumentadas con ese fin (nombramientos de los directivos previo concurso público; jurados jerarquizados para la resolución del procedimiento de selección; carácter vinculante del dictamen del jurado; estabilidad en el cargo de los designados durante el lapso que se fije; procedimientos de remoción debidamente reglados en sus causales y trámites; dedicación exclusiva; sistema de incompatibilidades rígido; estabilidad laboral *propia* para los agentes permanentes de acuerdo con lo establecido por el artículo 14bis de la Constitución Nacional, entre otras).

Con esas garantías los entes estarían -reiteramos, *formalmente*- en condiciones de actuar y pronunciarse con independencia, más allá de la posición que pueda asumir el Poder Ejecutivo en su competencia revisora, la cual, en atención al resultado cualitativo que es razonable esperar en las decisiones de los entes así garantizadas, debería ejercerse excepcionalmente. Sin pretender, en modo alguno, identificar o equiparar las situaciones, cabe señalar que la independencia del juez en la función judicial, no se resiente por la posibilidad de revisión amplia que el tribunal de alzada posea respecto de las decisiones de la primera instancia, ámbito en el cual cabe presumir igual contenido cualitativo más allá de las instancias.

El empleo, pues, del recurso de alzada contra la decisión de un ente regulador aun cuando aquél no esté previsto expresamente por la normativa aplicable al caso es, a nuestro juicio, procedente sin que su utilización pueda implicar la pérdida ulterior de la posibilidad de acudir a la Justicia *por medio del procedimiento y ante el órgano judicial fijados por el legislador*[91].

[91] Esta última conclusión es coherente, por lo demás, con el principio de la virtud interruptiva de los recursos administrativos (artículo 1°, inciso e, apartado 7, de la LNPA); o, si se quiere, con la aptitud "suspensiva" de los recursos innecesarios que, con discutible criterio, consagra el artículo 100, último párrafo, del Reglamento de Procedimientos Administrativos, conforme con el cual la interposición de los recursos de reconsideración (artículo 84 del Reglamento citado) o de revisión (artículo 22 de la LNPA) contra los actos definitivos que agoten las instancias suspende el plazo del artículo 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. No obsta, a nuestro juicio, a lo expuesto en el texto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a tenor de la cual la consagración de un sistema específico para el control judicial de ciertas decisiones administrativas descarta la facultad del afectado de elegir la vía o el órgano judicial en busca de la protección de sus derechos, apartándose del camino contemplado en tales disposiciones legales (CSJN, 1976, "Torres, Nicolás c/ Junta Nacional de Granos", Fallos: 295:994, especialmente considerando 5°; CSJN, 19/11/1987, "Enrique Tomás Maffei", Fallos: 310:2336, adhesión al dictamen del Procurador General; CSJN, 21/09/1989, "Donaruma, Héctor Andrés c/ Ministerio de Defensa", Fallos: 312:1724, especialmente considerando 8°; CSJN, 12/04/1994, "Mocoroa, Alfredo Daniel c/ Honorable Senado de la Nación", Fallos: 317:387, especialmente considerando 8°; CSJN, 27/03/2001, "*Edenor* S.A. c/ resolución 982/97 E.N.R.E.", Fallos: 324:803; entre otros pronunciamientos). A nuestro modo de ver, el sentido de esos fallos radica en impedir que el particular pueda, *per se*, cambiar *el procedimiento o el órgano judicial determinados por la ley*, pero no obsta, en cambio, a transitar primero la vía administrativa y, después, acudir a la Justicia, eso sí, por el procedimiento fijado normativamente (recurso directo, si éste es el caso). En un fallo relativamente reciente la Corte consideró que valorar como extemporánea la presentación del recurso directo previsto por el artículo 40 de la ley 22140 es incompatible con el resguardo del derecho de defensa, si el vencimiento del plazo se produjo por la tramitación de recursos administrativos interpuestos por el agente estatal inducido a error por la Administración, quien, con sustento en doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, le indicó que la interposición de aquellos recursos era una vía apta para cuestionar la

La conclusión expuesta es, a nuestro juicio, la que mejor compatibiliza las exigencias de debida protección de los derechos en sede administrativa con los poderes inherentes a la titularidad de la función administrativa.

Finalmente, corresponde puntualizar que, más allá de las posturas doctrinarias, del Decreto Reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se desprende la procedencia del control amplio cuando el ente es creado por el Poder Ejecutivo, mientras que, en cambio; es limitado si la creación fue dispuesta por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales[92]. Y en todos los casos no es viable la sustitución, excepto concurrencia de fundadas razones de interés publico.

11.6.3 El alcance de la competencia de los entes

Una cuestión también controvertida es el criterio que corresponde emplear para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes estatales.

Sobre esta cuestión nos hemos ocupado en un capítulo anterior, de modo tal que, ahora, nos limitaremos a recordar que el alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar, en nuestra opinión, sobre la base de los siguientes elementos: en primer lugar, el texto expreso de la norma que lo regula; en segundo, el contenido razonablemente implícito inferible de ese texto expreso y, en tercer término, los poderes inherentes derivables de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate, interpretados los dos últimos elementos, a la luz del principio de la especialidad.

---

cesantía. (CSJN, 02/08/2000, "Acosta, José Leonardo c/ Estado Nacional y/o Min. de Trabajo y Seg. Social de la Nación", Fallos: 323:1919, en especial considerando 8°). Se podría desprender de esta sentencia que, de no mediar error excusable, los plazos para accionar judicialmente transcurren durante la tramitación del recurso administrativo. Sin embargo, en el esquema argumental de la Corte se podría, quizás, incluir, por extensión conceptual, en la configuración del *error excusable* a todo supuesto en el que haya de parte del administrado una interpretación razonable de las potestades que le asisten al Poder Ejecutivo como titular de la función administrativa, siempre que, agotada la instancia, accione dentro del plazo establecido y ante el órgano judicial determinado. La jurisprudencia de la Corte no se debería interpretar, entonces, como conducente al desconocimiento de las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, pues como bien se expresa en un fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo ("Gramajo", 8/10/1998), en el cual se procura precisar los alcances de tal jurisprudencia, soslayar la atribución de la Administración de controlar los actos que dictan sus propios órganos implica menoscabar el principio de división de poderes (especialmente considerando 8°, segundo párrafo).

[92] A nuestro modo de ver, esta forma genérica e indiscriminada de autorrestricción reglamentaria es de dudosa constitucionalidad, porque compromete la tutela que es inherente al ejercicio de la función administrativa. Tutela que, por lo demás, comprende, en nuestra opinión, la propia posibilidad de la avocación, en principio, también amplia. En materia de avocación correspondería, no obstante, introducir un matiz. En efecto: si se admite que la fórmula *facultades constitucionales del Congreso* para crear entes autárquicos comprende no sólo a los expresamente enunciados en la Constitución (v.gr. bancos; aduana), sino, también, a los que, en general, puedan afectar derechos individuales de naturaleza no administrativa (entes de control con competencias únicamente referidas a concesionarios o licenciatarios), se podría aceptar que la exclusión de la avocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que derivaría, por vía de principio, de lo dispuesto por el artículo 97 del Reglamento (Comadira), se limita, en rigor, es decir, encuentra su pertinencia sólo en los actos de los entes creados por ley en razón de su expresa enunciación constitucional. Nos inclinamos, pues, por la improcedencia, en principio, de la avocación por mérito respecto de esa clase de entes porque si la creación legislativa no se funda, en estos casos, en la eventual afectación, por aquéllos, de derechos individuales, la actuación oficiosa, en tales situaciones, podría comprometer el propósito constitucional descentralizador, salvo los casos de grave y ostensible inoportunidad determinante de la irrazonabilidad del acto.

Pues bien, las normas que fijan las competencias atribuyen a los entes y a sus directorios la facultad de realizar todas las medidas o actos necesarios para cumplir los objetivos legales y sus funciones (arts. 54 y 55, inciso s, Ley 24065; 50 y 52, inciso x, Ley 24076; 15, inciso k, Decreto 1185/90 y 17, inciso u, Decreto 999/92).

Esta amplia pauta competencial debe, sin embargo, interpretarse con prudencia en el caso de estos entes[93], dotados de poderes normativos, ejecutivos y jurisdiccionales, pues no debe olvidarse que, como dijo Forsthoff, la competencia es, a la vez, una autorización y una limitación y, como afirma Martin del Burgo y Marchan, las limitaciones pueden ser también implícitas.

Los entes, pues, no pueden hacer siempre todo lo necesario, como podría desprenderse de la letra de las normas de creación, porque no todo lo necesario es legítimo. Sería, por ejemplo, ilegítima la imposición al concesionario o prestador de un servicio, de mayores cargas que las previstas en los pliegos o en el contrato, invocando la competencia para reglamentar los modos de interrupción o reconexión de los suministros. O exigir del ente la adopción de medidas propias de la Policía de Seguridad del Estado. O la eventual fijación a los usuarios de obligaciones que no tengan fundamento legal formal. O la pretensión de disponer, en el curso de un procedimiento jurisdiccional, medidas cautelares que incidan sobre el patrimonio de particulares, si no hubiera para ello explícita autorización legal formal.

---

[93] La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala IV, en fecha 19/05/1994, en los autos "Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Públicos", hizo lugar a la suspensión de los efectos de la resolución del ETOSS por la cual se impuso a la actora la obligación de abonar -dentro del plazo de treinta días- el importe de las vacaciones no gozadas durante el año 1992, a la totalidad de los ex agentes de Obras Sanitarias de la Nación incorporados a Aguas Argentinas a partir de la toma de posesión. La Sala estimó que el acto referido adolecía, *prima facie*, de un vicio en la competencia, ya que la *finalidad* de creación del ente, conforme lo previsto en el artículo 17 del decreto 999/92, obedecería al ejercicio de poderes de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público objeto de la concesión, no advirtiéndose qué incidencia podría tener el incumplimiento imputado, en su caso, en la prestación del servicio que se examina (acápite VI, de la sentencia). Ver, también, CSJN, 16/04/1998, "Litoral Gas S.A.", Fallos: 321:776, donde el Alto Tribunal sostuvo, refiriéndose a las facultades jurisdiccionales del ENARGAS, *"...La actuación de tales entes u órganos ha sido siempre condicionada a limitaciones constitucionales... la limitación... deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo....su competencia debe ser ejercida con las limitaciones que surgen del art. 66 de la ley*". En la causa CSJN, 14/09/2000, "*Defensor del Pueblo de la Nación*", Fallos: 323:2519, se estableció: *"...el ente debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con las facultades que le han sido otorgadas...Su finalidad es ejercer el poder de policía y la regulación y el control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el área regulada, de acuerdo 'con lo establecido en el marco regulatorio'... no pudo, en consecuencia, dictar las resoluciones anuladas ya que sólo puede ejercer sus funciones dentro de los límites de las normas que le encomiendan sus facultades... pero no desvirtuar el sentido de ese régimen mediante el establecimiento de obligaciones no previstas en él...*"; CNCAF, Sala IV, 29/12/1995, "*Municipalidad de Villa Constitución c/ Enargas*"; el tribunal afirmó: *"...del espíritu de las normas aplicables resulta que es siempre dentro del marco de sus funciones y facultades, establecidas en dicha ley ...que el ente debe actuar haciendo cumplir la ley y las pertinentes reglamentaciones y llevando a cabo todas las medidas necesarias también para cumplir los objetivos..enunciados en ...la referida normativa…*"; Sala I, 20/02/1996, "*YPF S.A c/Enargas*", LL 1996 – C, 36, de cuyos considerandos se extrae: *"...la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales....no se configura como un 'límite' externo... sino... un 'presupuesto' de ella, en virtud de la vinculación 'positiva' de la Administración al ordenamiento jurídico... la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada... con carácter estricto..*"; en este sentido ver, entre otros, Sala I, 15/10/1999, "*Ángel Estrada y Cía. S.A.*", JA 2001-IV-248; JA 2001-IV-271; Sala II, 2/11/1999, "*EDELAP S.A.*"; Sala III, 14/05/1996, "*Gasnor S.A.*", que estableció: "*...la competencia del ENARGAS se limita ...al procedimiento de autorización del traslado del gravamen... resultando extraño a sus atribuciones el expedirse sobre la legitimidad de una norma que imponga gravámenes....*"

11.6.3.1 Las facultades legislativas delegadas. Remisión.

Hemos dicho antes que, entre las facultades asignadas a los entes, aparecen algunas que corresponden al ámbito de la regulación, las cuales son más bien propias del legislador.

Estas competencias deben, ahora, analizarse en el marco del principio constitucional derivado de las disposiciones relativas a la delegación legislativa y los decretos delegados a los que nos hemos referido en un capítulo anterior.

En ese sentido, entendemos que, cualquiera sea el alcance que se asigne a la reforma en este aspecto, si las facultades que se consideren delegadas corresponden a materias prohibidas, deben derogarse, y si, en cambio, pueden encuadrarse en el ámbito permitido (administración o, eventualmente, emergencia pública) quedan sujetas a lo preceptuado por la disposición transitoria octava. Para la delegación en el futuro debe observarse naturalmente el límite cualitativo y temporal fijado por la Constitución.

Forma parte de la temática de la delegación la cuestión relativa a la procedencia de la subdelegación y ella se presenta, en el caso en estudio, con particular interés, porque las normas creadoras de los entes los facultan, en general, para delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para la eficiente y económica aplicación de la ley (arts. 56, inciso r), de la Ley 24065 y 52, inc. u), de la Ley 24076; asimismo, art. 15, inciso j), del Decreto 1185/90, aunque en este caso sólo autoriza al directorio la delegación parcial).

A nuestro juicio, esta potestad, tal como aparece concebida, es inconstitucional, porque habilita una delegación de competencias irrestricta, tanto de contenidos como de destinatarios. Esto es cuestionable, no sólo en relación con las competencias *legales*, sino también respecto de la atribución de facultades estrictamente reglamentarias de la ley. En el primer caso, se flexibiliza en exceso el principio de división de poderes y, en el segundo, se agrava la relativización de la potestad reglamentaria presidencial.

11.6.3.2 Las funciones jurisdiccionales. Remisión.

Los marcos regulatorios del Gas y la Electricidad contemplan el sometimiento de ciertas controversias a la jurisdicción previa y obligatoria de los entes respectivos (arts. 72 de la Ley 24065 y 66 de la Ley 24075). A su vez, respecto de la CNC, debe tenerse en cuenta el Decreto 62/90 (Anexo I, Capítulo X, acápite 10.7).

En el primer caso se prevén las controversias entre los sujetos de la ley (transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadores y consumidores que contraten directamente con el productor) así como con todo tipo de terceros interesados, sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas.

En el segundo, se contemplan las controversias entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad.

En relación con la CNC, en tanto autoridad regulatoria en su materia, cabe consignar que el Decreto antes citado prescribe que todo conflicto entre prestadores relativos a la prestación del servicio público de telecomunicaciones será resuelto por la Autoridad Regulatoria[94].

Se ha considerado que estas disposiciones, tal como se presentan, parecen inspiradas en la doctrina norteamericana de la jurisdicción primaria administrativa (Saravia) nacida en un pronunciamiento del Alto Tribunal de los Estados Unidos de 1907[95] (Schwartz), referencia aquella contenida ahora en el reciente fallo de la Corte dictado en la causa "Ángel Estrada"[96] al que hemos aludido al inicio de este Curso.

Esta doctrina significa, al decir de Schwartz, que cuando se crea un organismo administrativo y se le atribuye jurisdicción sobre cierto tipo de casos, los tribunales deben abstenerse de intervenir en ellos hasta que el organismo administrativo se haya pronunciado.

Modernamente se la expresa diciendo que sólo posterga el ejercicio de la jurisdicción por los órganos del poder judicial y no indica falta de jurisdicción (Guastavino).

Su fundamento sustancial radica, por un lado, en la necesidad de obtener orden, coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley en cuestiones complejas, fluidas o múltiples, y, por otro, en aprovechar el conocimiento y experiencia administrativas en la decisión judicial que en definitiva se adopte.

En la doctrina argentina la opinión de los autores es variada al tiempo de establecer si la doctrina de la jurisdicción primaria administrativa (Bianchi) ha tenido, o no, acogida en el ámbito nacional. Las conclusiones dependen del criterio que se emplee para describir su contenido y alcances en el país de origen.

Así, Mairal, en el marco temático de la coordinación de competencias entre la Justicia y la Administración, considera inaplicable en nuestro derecho a la mencionada doctrina, ya que ella supone la existencia de un elaborado sistema de procedimiento administrativo, cumplido ante funcionarios independientes de la Administración activa que gozan de importantes garantías de imparcialidad.

Por su parte, Guastavino, al analizar la doctrina en cuestión destaca que dentro de ella se suelen incluir situaciones en las que las entidades o agencias no desarrollan, necesariamente, funciones jurisdiccionales en sentido cabal o asimilables a ellas. Las funciones de reglamentación por delegación legislativa, fiscalizadoras, homologatorias y de peritaje o asesoramiento especializado constituyen, precisamente, ejemplos de esa amplitud.

---

[94] Es de puntualizar, asimismo, que, aun cuando el artículo 28, inciso d), del decreto 1185/90, no establece, *a priori*, la actuación previa obligatoria de la CNC, contempla, sin embargo, su posible intervención de oficio, cuando un licenciatario no admita la interconexión de acuerdo con los términos de su licencia o del precio respectivo. Con respecto a la actual CNC, puntualiza Tawil, que "*Si bien no se ha reconocido tradicionalmente la existencia en la CNC de funciones jurisdiccionales similares a las previstas en las leyes N° 24065 y 24076 al ENRE y al ENARGAS, destacados especialistas –N. de R.: entre los que señala a Héctor Huici- consideran presentes ellas ante la obligación de someter al ente todo conflicto entre prestadores relacionado con la prestación de los servicios de telecomunicaciones*".

[95] "Texas & Pacific Railways Co. v. Abilene Cotton Oil Co".

[96] CSJN, 5/04/2005, "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resol. 71/96, Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-00219/96)", publicado en el Suplemento Especial de Derecho Administrativo de El Derecho, 18 de mayo de 2005, p. 17. Aunque la referencia es controvertida por Coviello.

Por tal motivo, a su juicio, no cualquier acto que signifique el ejercicio por la Administración de una facultad propia y luego revisable judicialmente pone en movimiento la doctrina de la "jurisdicción" administrativa primaria, sino, únicamente, aquel que en el régimen institucional ordinario corresponde emitir a los jueces y que por excepción el legislador atribuye su conocimiento primario a organismos administrativos.

Sobre tales premisas, Guastavino liga, entonces, la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria, a la que propone denominar "doctrina de la competencia o incumbencia primaria administrativa", con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración.

Su análisis no está desprovisto, sin embargo, de propuestas reformuladoras de la jurisdicción administrativa primaria, consistentes en la interpretación estricta de las leyes formales que recortan las facultades de los órganos judiciales y, ya en el plano de la reforma legislativa, en la asignación al Poder Judicial de los medios técnicos y materiales necesarios para que él pueda asumir, desde su origen y con plenitud, las funciones que constitucionalmente le incumben en todas las materias posibles.

Tawil, por su parte, entiende que la doctrina en análisis no tiene, en el derecho norteamericano, el alcance que le asigna Guastavino, pues aquélla se limita, a su juicio, a una cuestión prejudicial tendiente a lograr una coordinación de competencias, es decir, a determinar a qué jurisdicción le corresponde intervenir en forma primaria.

Posteriormente Aguilar Valdez viene a coincidir con Tawil al señalar que la "primary jurisdiction" reviste, en aquel derecho, la naturaleza de una técnica de coordinación de competencias entre el Poder Judicial y las agencias, tendiente a determinar cuál ha de entender en forma primaria en un caso o cuestión, generadora de una autorrestricción judicial en beneficio de competencias otorgadas por el legislador a aquéllas e invocable, por ende, únicamente en el marco de un proceso judicial.

A partir de esa premisa, Aguilar Valdez señala las diferencias entre la doctrina indicada y la intervención previa obligatoria que, en nuestro derecho, se otorga, en ciertos supuestos, por ejemplo, al ENARGAS y al ENRE. En ese sentido, destaca como diferencias entre la doctrina norteamericana y el sistema de los entes locales, el distinto punto de partida -competencia originaria del juez en EEUU, del ente entre nosotros-, el diverso carácter de las técnicas implicadas - administración judicial en EEUU, técnica legislativa en el caso de los entes locales- y el diferente alcance de la potestad judicial - libre apreciación en EEUU y obligatoria intervención previa del ente, entre nosotros-.

La actuación de los entes (ENARGAS y ENRE) se ubicaría, así, en la categoría del *agotamiento de la instancia administrativa*.

Más allá de los alcances que pueda asignarse a la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria en el derecho administrativo norteamericano, pensamos que, en los casos de los entes que estamos considerando en este capítulo, la intervención previa obligatoria que a ellos les asignan las normas de creación, constituye un supuesto de actividad jurisdiccional (Cassagne) de la Administración Pública, es decir, la actividad que, de acuerdo con la definición proporcionada por la Corte Suprema, corresponde, en el orden normal de las instituciones, a los jueces[97]. Ello, en tanto aquella intervención se refiere a *controversias* entre el Estado y los prestadores u otros sujetos o entre diversas personas privadas entre sí.

[97] CSJN, 1963, "Cámara Gremial de Productores de Azúcar", Fallos: 255:354.

Ahora bien, el ejercicio de las denominadas funciones jurisdiccionales por parte de órganos o entes administrativos es una de las cuestiones más debatidas en nuestro derecho administrativo. Sobre este particular, incluyendo el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos hemos ocupado en el primer capítulo del Curso, a donde nos remitimos.

En este momento, sólo recordamos nuestra opinión en el sentido de que la índole de las controversias que son sometidas a la jurisdicción obligatoria de los entes, debería conducir a un control judicial pleno de los hechos y el derecho controvertido, por extensión, a estos casos, de la jurisprudencia sentada en el caso Fernández Arias.

No se nos escapa que algunas de las pautas enunciadas por la Corte para acotar el alcance de la revisión, como por ejemplo el grado de complejidad técnica de las cuestiones involucradas, y la índole no estrictamente jurídico privada de los eventuales conflictos, podrían, quizás, justificar, en el marco de la jurisprudencia de la Corte, un control más restringido[98].

Sin embargo, más allá de que siempre hemos pensado que, en el marco de la Constitución histórica 1853/1860, los conflictos de intereses entre partes, cualesquiera sean éstas, no podían nunca ser sustraídos a la jurisdicción judicial plena, estimamos que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para la actuación de los entes, no alcanzan para categorizarlos como Tribunales Administrativos[99] (ver *supra* en el Capítulo I nuestra idea sobre el artículo 42 de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, como habilitante de una jurisdicción administrativa de base constitucional).

Desde esa perspectiva debe, pues, interpretarse, en nuestra opinión, el alcance del control judicial sobre el actuar *jurisdiccional* del ente. Y, por lo mismo, la actividad que no revista ese carácter, salvo, claro está, los límites tradicionales afirmados para el control de la discrecionalidad. Ello, se trate de la revisión por recurso directo ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, como autorizan las leyes del Gas y la Electricidad, sea por la vía ordinaria que resulta para los regímenes de Teléfonos y Agua[100].

En cualquier caso, no es dudoso que, cuando la *jurisdicción* del ente aparece concebida como previa y obligatoria, la Justicia estará inhibida de intervenir si antes no

---

[98] Aun cuando la incompetencia del fuero contencioso administrativo para entender en los conflictos entre prestadores telefónicos y usuarios, resuelto por la Corte Suprema, en la causa "*Davaro, Saúl c/Telecom S.A. s/juicio de conocimiento*" (CSJN, 8/09/1992, Fallos: 315:1883) y su atribución a la Justicia Federal Civil y Comercial, podría, quizás, conducir a un control más amplio por la Justicia (Aguilar Valdéz).

[99] La CSJN ha tomado esta idea, respecto del Enargas en la causa CSJN, 16/04/1998, "*Litoral Gas S.A. c. ENARGAS*", Fallos 321:776 -cons. 6º-, consideración extensible al pronunciamiento de la Cámara donde también se expresa con acierto que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada a la luz de la preceptiva constitucional con carácter estricto, siguiendo este criterio, S. I, "*Angel Estrada*", cit, voto del Dr. Coviello, refiriéndose al ENRE.

[100] Se desprende de la jurisprudencia que la existencia de un remedio específico impide la promoción de la vía impugnatoria ordinaria (LNPA), por lo cual cuando el afectado tiene expedita la revisión judicial a cargo de la Cámara con arreglo a lo establecido en la ley de la materia, no está facultado para elegir la vía o el órgano judicial en busca de la protección de sus derechos, en apartamiento de las previsiones de la ley (doctrina de la CSJN que, al interpretar el término "podrá" incluido en diversas normas relacionadas con la posibilidad de interponer recursos judiciales contra actos de la Administración, ha dicho que ese vocablo no otorga al particular sino la posibilidad de dejar la esfera administrativa para pasar a la judicial, reservándose la ley el señalamiento del plazo dentro del cual debe plantearse la acción o el recurso (CSJN, 21/09/1989, "*Donaruma, Héctor*", Fallos: 312:1724, previamente, en este mismo sentido, CSJN, 19/11/1987, "*Maffei, Enrique*", Fallos: 310:2336).

lo hace el ente. No debería aplicarse, en estos supuestos, en mi opinión, la jurisprudencia que otorga carácter renunciable a los requisitos que condicionan normalmente la habilitación de la instancia[101].

11.7 Las audiencias públicas. Revalorización del procedimiento administrativo previo[102].

Los regímenes en estudio regulan la realización de audiencias públicas, como requisito obligatorio o discrecional previo a la adopción de ciertas decisiones de los entes[103].

En algunos supuestos estas audiencias pueden ser previas a la resolución de una controversia específica; en otros, en cambio, el recaudo aparece impuesto por la conveniencia de valorar, antes de la decisión o del dictado de un acto de alcance general, opiniones o intereses que pueden condicionar el contenido político administrativo de éste.

En cualquier caso, la audiencia revela un redimensionamiento de la significación de la vertiente dinámica de la función administrativa, en su relación con la importancia del acto en tanto manifestación estática de aquélla[104].

---

[101] Ver *infra* el desarrollo del caso de las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores y su relación con la habilitación de la instancia judicial.

[102] El Poder Ejecutivo dictó el ya citado decreto 1172/03 por el cual aprobó como Anexo I, el "*Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional*". Nos ocupamos específicamente de este Reglamento en el capítulo dedicado al principio de participación ciudadana en el procedimiento administrativo.

[103] V.gr. arts. 46, segundo párrafo, 47, 67, y 68, ley 24076 -Gas- y 65/70 (acápite 9) de su reglamentación (decreto 1738/92); 46, 48, 73 y 74, ley 24065 -Energía Eléctrica-; art. 30, inciso b), del decreto 1185/90.

[104] Cassagne sostiene que la exigencia de la audiencia pública configura sólo un principio institucional sujeto a reglamentación, cuyos fundamentos son los principios de publicidad, transparencia y eficacia que permiten justificar, según el caso, que ella se realice o no, poniendo en duda que su origen sea constitucional o supranacional, pues ni los artículos 42 y 43 de la Constitución, ni las fuentes del derecho supranacional de nuestra Constitución, sostiene, hacen alusión a ella. Gordillo, en cambio, le asigna un fundamento constitucional y supranacional indudable. Aguilar Valdéz, por su parte, considera que no es posible derivar la obligatoriedad de las audiencias públicas de lo dispuesto en el art. 42 de la CN, cuando una norma legal o reglamentaria no la disponga en forma expresa o razonablemente implícita. Destaca la importancia de la participación previa del particular en la formación del acto administrativo municipal Jorge Albertsen. Sobre el tema de las audiencias públicas, se puede ampliar con: Uslenghi-Huici. Por su parte la CNCAF se ha expedido de la siguiente forma: a) La Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación no podía decidir la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional sin la adecuada realización de una audiencia o a través de otro mecanismo que permitiera el conocimiento por parte de aquéllos de los antecedentes fácticos y documentación relativos a la resolución que debía adoptarse y el ofrecimiento y la producción de la prueba que estimaren pertinente (CNCAF, Sala IV, 23/06/1998, "*Youssefian*", LL 1998-D, 712); b) Procede confirmar la sentencia que ordenó a la accionada abstenerse de efectuar cualquier tipo de modificación en la estructura tarifaria del servicio básico telefónico básico, hasta tanto no se concretara la propuesta de rebalanceo tarifario por parte de la Secretaría de Comunicaciones conforme lo dispone el art. 3 de la Res. 381/95 del Ministerio de Economía y no se realizara la audiencia pública prevista en esa norma (CNCAF, Sala III, 19/09/1996, "*Adelco Liga de Acción del Consumidor*"); c) Es insoslayable la necesaria participación de consumidores y usuarios con carácter previo a la toma de decisiones (en el caso, la prórroga de la exclusividad de las licencias del Servicio Básico Telefónico), siendo el instituto de la audiencia pública uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación (CNCAF, Sala IV, 23/02/1999, "*Unión de Usuarios y Consumidores*"); d) La falta de convocatoria a una audiencia pública invalida la resolución que aprueba el régimen tarifario del servicio de información

El componente judicialista y garantístico del "debido proceso adjetivo" en sede administrativa, se complementa, así, con los aspectos colaborativos y participativos del procedimiento, pues éste no sólo es medio de defensa del particular y, en todo caso, de autocontrol administrativo, sino también instrumento de colaboración y participación de interesados[105].

---

telefónico 110, ya que dicho procedimiento no constituye una actividad administrativa puramente discrecional sino que debe compatibilizarse con el respeto al derecho de los usuarios consagrado en el art. 42 de la CN, de tomar conocimiento de los antecedentes fácticos y jurídicos que hacen a la resolución a adoptarse y a ofrecer y producir prueba (CNCAF, Sala V, 30/08/2000, "*Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*"). La PTN, por su lado, ha dicho que es nulo el acto dictado sin la audiencia pública exigida normativamente como trámite previo al otorgamiento de ciertas concesiones o autorizaciones, ya que con ese accionar se omite el cumplimiento de una formalidad que integra, sin duda, el ámbito conceptual de los "procedimientos" enunciados en el art. 7° inc. d) de la LNPA, como un requisito esencial de todo acto administrativo. El acto dictado sin haber cumplido con ese procedimiento se halla afectado de nulidad absoluta e insanable (art. 14 inc. b), por haberse emitido en violación de las "formas esenciales" (Dictámenes: 201:131). Este dictamen cobra singular relevancia ante los procedimientos de audiencias públicas actualmente establecidos en los marcos regulatorios de los servicios públicos privatizados; La garantía de defensa constituye un principio cuyo ámbito de aplicación trasciende el marco del proceso judicial (art. 1 inc. f), y el requisito de audiencia previa resulta de observancia tan general como lo es el principio de defensa que le sirve de sustento.

[105] La consideración del particular como un colaborador de la autoridad administrativa en el procedimiento administrativo, se presenta en las distintas formas por medio de las cuales él participa en la función administrativa, pues existe una íntima vinculación entre la idea del administrado como colaborador y el principio de participación. La primera implica que el administrado no es un litigante, ni siquiera cuando defiende sus derechos frente a pretensiones administrativas (represivas o no) que afectan sus derechos; la segunda se dá cuando el ordenamiento jurídico considera un interés jurídicamente tutelado la participación del administrado en el ejercicio de la función administrativa. Desde ese punto de vista y sobre la base jurídico-política insoslayable de un régimen democrático, el concepto de participación se debe construir vinculando, inescindiblemente, los dos modos esenciales a los cuales ésta se puede reconducir (procedimental y orgánica) con el alcance de la tutela que ella reciba del ordenamiento jurídico. Desde esa perspectiva es posible distinguir dos especies de participación. La primera, que podría denominarse participación tutelada o participación propiamente dicha, se configuraría cuando el ordenamiento otorga al administrado el derecho, exigible administrativa y judicialmente, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa, sea en el procedimiento previo a la emisión del acto (entendido en sentido lato) y cualquiera sea la modalidad que su actuación asuma, pero sin que ella implique la integración a la estructura administrativa (participación procedimental); sea, en cambio, a través de su inserción ocasional o permanente en dicha estructura (participación orgánica). La segunda, denominable participación de otorgamiento discrecional, se daría cuando el ordenamiento contempla la posibilidad de que el administrado colabore en el ejercicio de la función administrativa, por medio de cualquiera de los dos modos indicados (procedimental u orgánico), pero sólo como una alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa y sin que ésta tenga más obligación que la de resolver fundadamente cuando mediare una petición del particular. Dentro, a su vez, de la participación procedimental y en el marco genérico de la consideración del particular como un colaborador de la Administración Pública, es posible diferenciar la participación defensiva y la no defensiva, en relación con las cuales la tutela del ordenamiento opera de forma diversa. En la participación defensiva el administrado colabora y participa para la defensa de sus derechos e intereses frente a pretensiones administrativas de contenido represivo, o bien ante pretensiones afectantes de su status jurídico, pero de índole no represiva. Lo hace, en estos casos, a través del denominado debido proceso adjetivo. La colaboración pierde en este caso su dogmática relevancia, por gravitación de las exigencias constitucionales del derecho de defensa, pero el administrado no deja de ser considerado, de todos modos, un colaborador en los aspectos que comprometan esa garantía. Esta clase de participación es siempre tutelada. En la participación no defensiva el administrado colabora y participa no para defenderse frente a pretensiones (represivas, o no) afectantes de sus derechos, sino para incidir en la decisión administrativa, movido por un interés u opinión tendientes a influir en ella. Lo hace a través de formas del debido procedimiento previo no defensivo, es decir, distintas del debido proceso adjetivo En algunos casos el tipo de procedimiento es de valoración discrecional; en otros el procedimiento especial de participación está tutelado. En la Argentina se sancionaron en los últimos tiempos diversas normas de nivel reglamentario referidas a la participación ciudadana, contemplando casos de participación

En la misma línea axiológica cabe ubicar la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones particulares prevista en los artículos 8° del Decreto 1023/01 y 10 y siguientes del Decreto 436/00 y el procedimiento de elaboración participativa de normas aprobado por el Decreto 1172/03[106].

---

procedimental no defensiva, tutelada y de otorgamiento discrecional o situaciones que si bien no implican, en sí, participación, tienen por finalidad, sin embargo, hacerla posible. En términos generales las normas consagran criterios amplios de legitimación y aunque no todas implican participación en el sentido técnico propuesto, revelan, sin embargo, la elogiable tendencia a hacerla posible; el verdadero desafío radica, ahora, en que la Administración y, en su caso, la Justicia, hagan de esos procedimientos cauces formales de una participación (o preparación para ella) debidamente protegida, con arreglo a las modalidades que les resulten apropiadas, tanto administrativa como judicialmente. Para ampliar sobre el principio de participación ciudadana en la función administrativa remitimos a nuestra conferencia "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y a la selección de autoridades públicas)", pronunciada durante la tercera reunión del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo celebrada en La Coruña en el mes de octubre del año 2004, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 29/04/2005.

[106] El referido decreto 1172/03 aprobó como Anexo "E" el "Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas" cuyo objeto es, según él mismo consigna, regular el mecanismo de "Elaboración Participativa de Normas" y establecer el marco general para su desenvolvimiento. Así, a lo largo de tres capítulos prevé las *Disposiciones Generales* (Capítulo I); *la Etapa Inicial* (capítulo II) y la *Etapa Final* (Capítulo III). En el Capítulo I fija el ámbito de aplicación (organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional); describe la "Elaboración Participativa de Normas" como mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación; fija su *finalidad* (permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley a ser presentados por el Poder Ejecutivo al Congreso); enuncia los *principios* que se deben garantizar (igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad); determina los *efectos* no vinculantes de las opiniones y propuestas que se presenten durante el proceso; precisa las competencias de la *Autoridad Responsable* (considera tal al área a cargo de la elaboración de la norma, a cuya máxima autoridad confiere la dirección del procedimiento, salvo que delegue tal atribución) y del *Organismo Coordinador* (la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y, en casos relacionados con su competencia, la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción, organismos, éstos, a quienes la Autoridad Responsable puede solicitar su participación si lo considera oportuno, sin perjuicio de la competencia que les corresponde para asistir técnicamente a la Autoridad Responsable en el procedimiento respectivo). En este mismo Capítulo la norma habilita como participantes en el procedimiento a toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse. En el Capítulo II (*Etapa Inicial*) se regula el *inicio del procedimiento (*a cargo de la Autoridad Responsable, mediante acto administrativo expreso*);* se determina *quienes pueden solicitar la realización del procedimiento* (toda persona física o jurídica, pública o privada mediante presentación fundada ante la Autoridad Responsable, la cual debe expedirse, dentro del plazo de treinta días, mediante acto administrativo fundado y notificado fehacientemente; se establecen *el contenido del acto de apertura y su modo de publicación y difusión; se impone la obligación de sustanciar un expediente* (iniciado con el acto de apertura del procedimiento, conformado por las copias de su publicación, las opiniones y propuestas recibidas y las constancias de cada una de las etapas y puesto siempre a disposición de los interesados para consulta y fotocopiado a su cargo*);* se fija también la obligación de la Autoridad Responsable de habilitar un *Registro* (para la incorporación de las opiniones y propuestas, que se deben realizar por escrito, libre y gratuitamente, a través del formulario preestablecido y en el lugar determinado en el acto de apertura, debiendo los responsables del Registro certificar la recepción de las opiniones y/o propuestas que reciban); se establece el plazo de las presentaciones (no inferior a quince días a partir de la apertura del procedimiento); se impone a la Autoridad Responsable el deber de habilitar una casilla de correo electrónico y una dirección postal para recibir *Comentarios Informales,* que se deben publicar y no se agregan al expediente; finalmente, la Autoridad Responsable es facultada para encargar la realización de *estudios especiales o rondas de consultas* relacionadas con la norma motivo del procedimiento, con el fin de generar información útil para la toma de la decisión. En el capítulo III (*Etapa Final*) el reglamento prevé la obligación de la Autoridad Responsable de dejar constancia en el expediente de la cantidad de opiniones

La tradicional y criticable jurisprudencia de la Corte relativa a la *subsanación* judicial de la omisión del debido procedimiento administrativo, no podrá tener aplicación en estos casos.

De todos modos, en las reglamentaciones de los procedimientos correspondientes a estas audiencias debería tenerse presente la advertencia de Martínez López Muñiz, quien, después de recordar el vaticinio de López Rodó acerca del futuro de una Administración de participación, señala, sin embargo, la necesidad de evitar la sumisión de la acción administrativa a grupos o sectores más eficaces para la presión o la acción representativa y negocial.

De todos modos las audiencias públicas de nada sirven, si la autoridad competente para resolver no valora adecuadamente las opiniones en ellas expuestas, explicando, en su caso, por qué no las toma en cuenta. Es ésta una exigencia que sí aparece, ahora, en el Reglamento de Audiencias Públicas aprobado como anexo I por el ya citado Decreto 1172/03.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Aguilar Valdéz, Oscar, Apuntes sobre el control administrativo de los Entes Reguladores de Servicios Públicos, en Control de la Administración Pública, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral -15, 16 y 17 de mayo de 2002-, Buenos Aires, 2003.
2. Aguilar Valdéz, Oscar, El acto administrativo regulatorio, en Acto administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2002.
3. Aguilar Valdéz, Oscar, Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación, en Obra Colectiva, Servicios Públicos, IEDA, Mendoza, 2001.
4. Aguilar Valdéz, Oscar, Reflexiones sobre las 'funciones jurisdiccionales' de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración –con especial referencia al Ente Regulador del Gas y de la Energía Eléctrica-, tesina presentada para optar al título de Magíster en Derecho

---

y propuestas recibidas y de cuáles considera pertinentes incorporar a la norma a dictarse, debiendo expedirse únicamente sobre las presentaciones agregadas a aquél; exige, asimismo, dejar constancia en los fundamentos de la norma de la realización del procedimiento, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas a causa de éste e impone a la Autoridad Responsable la obligación de la publicación de la norma en el Boletín Oficial por un día y su incorporación a la página de Internet de dicha Autoridad.

En un estudio referido al derecho norteamericano, Juan José Lavilla Rubira, señala como fundamento *material* del principio de participación pública en el procedimiento reglamentario, a la mejora de la calidad de la norma, la protección de los intereses particulares potencialmente afectados y la legitimación democrática de aquélla. En relación con la participación ciudadana en el procedimiento administrativo Schmidt Abmann ha señalado que no necesariamente la coparticipación de los afectados otorga al procedimiento un carácter democrático superior (Schmidt Abmann). Desde el punto de vista jurídico, indica Lavilla Rubira, prevalece en los Estados Unidos la tesis de que el derecho de los potenciales afectados por una norma reglamentaria, a participar en el procedimiento de su elaboración, no posee rango constitucional, de modo que, en principio, y salvo ciertas excepciones, el reconocimiento y el contenido de ese derecho, son cuestiones deferidas al legislador.

Administrativo en la Universidad Austral, publicada en Anuario del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales, n° 1, Buenos Aires, 1994.
5. Aja Espil, Felipe, Constitución y Poder, Editorial Tea, Buenos Aires, 1987.
6. Albertsen, Jorge, La participación de los particulares en el procedimiento de formación del acto administrativo municipal, en Acto administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2002.
7. Ariño Ortiz, Gaspar, Economía y Estado, Marcial Pons, Madrid, 1993.
8. Barbara, Jorge Edmundo, El Estado postprivatizador: los entes reguladores, en revista Aportes -publicación de la Asociación de Administradores Gubernamentales-, Buenos Aires, 1994, nº 1.
9. Bastos, Carlos M. y Abdala, Miguel A., Transformación del sector eléctrico argentino, Córdoba, 1995, Segunda edición, estudio realizado a través de la Secretaría de Energía.
10. Bianchi, Alberto B., ¿Qué son los Entes Reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico), ED 186-675.
11. Bianchi, Alberto B., La delegación legislativa, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1990.
12. Bianchi, Alberto B., La regulación económica, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001.
13. Bianchi, Alberto B., Una primera aproximación a la reforma constitucional, ED 159-1002.
14. Bidart Campos, Germán J., El derecho constitucional del poder, Buenos Aires, 1967
15. Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1955, T I.
16. Bielsa, Rafael, Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1959.
17. Brito, Mariano R. - Delpiazzo, Carlos A., Derecho Administrativo de la Regulación Económica, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo, 1998.
18. Bullrich, Rodolfo, Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1932.
19. Bullrich, Rodolfo, Régimen Legal de los Servicios Públicos de Electricidad en la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1940.
20. Bustamante, Jorge, Desregulación, Buenos Aires, 1993
21. Cafferata, Fernando, El Procedimiento Administrativo en los Entes Reguladores de los Servicios Públicos Privatizados. Algunas cuestiones., en Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
22. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1994, T I.
23. Cassagne, Juan C., Estudio Preliminar al libro de Gaspar Ariño Ortiz, La regulación económica, Buenos Aires, 1996.
24. Cassagne, Juan C., Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Revista de Administración Pública, nº 157, Madrid, Enero-Abril, 2002.
25. Cassagne, Juan C., Los nuevos entes regulatorios, ED 159-972.
26. Cassagne, Juan C., Principios generales del procedimiento administrativo, en Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
27. Cicero, Nidia Karina, en Servicios públicos. Control y protección, Buenos Aires, 1996.

28. Cincunegui, Juan B., Entes Reguladores de Servicios Públicos, RAP, n° 188, Buenos Aires, 1994.
29. Clarke Adams, John, El Derecho Administrativo Norteamericano, Buenos Aires, 1964.
30. Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional, ED 163-880.
31. Comadira, Julio R., Derecho Administrativo –Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios-, Buenos Aires, 2003, Segunda edición actualizada y ampliada.
32. Comadira, Julio R., "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y a la selección de autoridades públicas)", conferencia pronunciada durante la tercera reunión del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo celebrada en La Coruña en el mes de octubre del año 2004, ED, Suplemento de Especial de Derecho Administrativo, 29/04/2005.
33. Comadira, Julio R., La Anulación de oficio del Acto Administrativo, Buenos Aires, 1998.
34. Comadira, Julio R., Los sujetos reguladores en la posprivatización, RAP, n° 183, 1993, conferencia pronunciada en las "Primeras Jornadas Internacionales sobre Regulación Económica e Iniciativa Privada", organizadas por la Universidad Austral, los días 12, 13 y 14 de setiembre de 1993.
35. Comadira, Julio R. y Laura M. Monti –colaboradora-, Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada, La Ley, Buenos Aires, 2002.
36. Coviello, Pedro J. J., ¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso "Ángel Estrada"), ED Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 29/04/2005.
37. Cuadros, Oscar A., Potestad reglamentaria en la provincia de San Juan, en Acto administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2002.
38. Cuadros, Oscar A., Bases Constitucionales de la Regulación Pública, Buenos Aires, 1999.
39. de Estrada, Juan R., Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear entidades autárquicas, en Obra Colectiva, Estudios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1975.
40. de la Cruz Ferrer, Juan, Principios de Regulación económica en la Unión Europea, Madrid, 2002.
41. del Burgo Martín y Marchan, Ángel, El principio general de competencia en Derecho Administrativo (con un estudio preliminar sobre el poder), Madrid, 1990.
42. Diez, Manuel M., Servicio Público de los Teléfonos, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1942
43. Diez, Manuel M., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1976
44. Dromi, José R., Derecho Administrativo Económico, Buenos Aires, 1977.
45. Dromi, José R., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1994.
46. Dromi, José, R., Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1973.
47. Escola, Héctor J., Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, 1973.
48. Fiorini, Bartolomé A., Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la Administración Pública, JUS nº 6.

49. Fiorini, Bartolomé A., Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1968.
50. Fonrouge, Máximo, Las audiencias públicas, en Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
51. Forsthoff, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958.
52. García Trevijano Fos, José A., Principios Jurídicos de la Organización Administrativa, Madrid, 1957.
53. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Sexta edición, T II.
54. Gordillo, Agustín A., Introducción al derecho administrativo, Buenos Aires, 1966.
55. Gordillo, Agustín A., Organismos de Control, texto distribuido de la conferencia pronunciada en las "Primeras Jornadas sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional", organizadas por la Universidad Austral y el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, los días 14, 15 y 16 de setiembre de 1994, en el Centro Universitario de Estudios (CUDES).
56. Gordillo, Agustín A., Tribunales Administrativos, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 41, p. 81.
57. Guastavino, Elías P., Tratado de la "jurisdicción administrativa" y su revisión judicial, Buenos Aires, 1987.
58. Huici, Héctor, El documento de consulta como una forma especial de la Audiencia Pública, en Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
59. Hutchinson, Tomás - Barraguirre, Jorge A.- Grecco Carlos M., Reforma del Estado (Ley 23696), Santa Fe, 1990.
60. Hutchinson, Tomás, El control de los entes privatizados, en Obra Colectiva, El Nuevo Control de los Servicios Públicos, Colección Jurídica y Social, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995, ps. 9/13.
61. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, 1988.
62. Lavilla Rubira, Juan J., La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América, Madrid, 1990.
63. Linares, Juan F., La competencia y los postulados de la permisión, Revista Argentina de Derecho Administrativo –Publicación de la Universidad del Museo Social Argentino-, Buenos Aires, 1971, nº 2, ps. 13 y ss.
64. Mairal, Héctor A., Control Judicial de la Administración Pública, Buenos Aires, 1984.
65. Mairal, Héctor A., La ideología del servicio público, ReDA, nº 14, Buenos Aires, 1993.
66. Marienhoff, Miguel S., El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Lo atinente a la revocación de los actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), ED 114-949.
67. Marienhoff, Miguel S., La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, en

Revista de Homenaje a los 120 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1983.
68. Marienhoff, Miguel S., Los privilegios en el derecho público. -exclusividad; monopolio; exención impositiva- Lo atinente a la "reserva de zona". La "zona de influencia", ReDA, nº 17, Buenos Aires, 1994
69. Marienhoff, Miguel S., Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Distinción entre derecho de origen y naturaleza común -civil o comercial- y derecho de origen y naturaleza administrativo. Justicia distributiva y justicia conmutativa), LL 1991-C, 1080.
70. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, T II, Cuarta edición
71. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1993, Segunda edición Actualizada T III-B
72. Martínez de Vedia, Rodolfo, La regulación de servicios públicos domiciliarios, Buenos Aires, 2000.
73. Martínez López Muñiz, José L., Introducción al Derecho Administrativo, Madrid, 1986.
74. Martínez, Patricia, Sistemas de control en los 'servicios públicos privatizados' en la Argentina, en Obra Colectiva Los servicios públicos: régimen jurídico actual, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1994.
75. Mauri, Eduardo, Avocación presidencial y entidades autárquicas, ReDA, Buenos Aires, 2000, nº 33/35.
76. Muratorio, Jorge I., La ley de defensa del consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos, La Ley Actualidad, 9/12/93.
77. Nallar, Daniel M., El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, Buenos Aires, 1999.
78. Oyhanarte, Julio, Poder Político y cambio estructural en la argentina, Buenos Aires, 1969.
79. Piccirilli, Rodolfo, El privilegio en las Concesiones de Servicios Públicos, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1936.
80. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, La privatización de la empresa pública, Madrid, 1991.
81. Sagüés, Néstor P., Decretos de Necesidad y Urgencia: estado actual del problema, LL 1992-B-916.
82. Salomoni, Jorge L., Régimen de los Bienes Públicos en las Concesiones o Licencias de Servicios Públicos, en Obra Colectiva El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
83. Salomoni, Jorge L., Teoría General de los Servicios Públicos, Buenos Aires, 1999.
84. Saravia, Luis A., Panorama de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados, La Ley Actualidad, diario del 29/7/93.
85. Schmidt Abmann, E., El procedimiento administrativo, entre el Principio del Estado de Derecho y El Principio Democrático, en El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado, Madrid, 1993.
86. Schwartz, Bernard, Administrative Law, Boston-Toronto, 1976.
87. Seijas, Gabriela, Los entes reguladores y la extensión del recurso de alzada, ReDA, Buenos Aires, 1998, nº 27/29.
88. Soriano García, José E., Desregulación, privatización y derecho administrativo, Bolonia, 1993.

89. Tawil, Guido S., A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores, en Derecho Administrativo, Obra Colectiva, dirigida por Juan Carlos Cassagne, en homenaje al Prof. Marienhoff, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
90. Tawil, Guido S., A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas, RAP, nº 252, Buenos Aires, 1999.
91. Tawil, Guido S., El procedimiento administrativo ante los entes reguladores, en Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
92. Tawil, Guido S., Administración y Justicia, Buenos Aires, 1993.
93. Tawil, Guido S., Avances regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria, en, EDA, 2000/2001-380.
94. Thwaites Rey, Mabel y López, Andrea, Fuera de Control, Buenos Aires, 2003.
95. Uslenghi, Alejandro J., Audiencias Públicas, en Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
96. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1950.
97. Villegas Basavilbaso, Benjamín, en el prólogo a la obra de Marienhoff "Tratado de Derecho Administrativo".

Capítulo X
La actividad administrativa de coacción[107]

1. Policía y poder de policía. Idea general. Evolución.

La expresión "policía", que reconoce una larga tradición histórica, deriva de la voz latina "*politia*", la cual, a su vez, resulta del vocablo griego "*politeia*", entroncándose ambos con la idea de "*polis*", o comunidad política, significando literalmente tanto como gobierno o administración, en su alcance más amplio y completo, de una sociedad de ese tipo, siendo aplicada en relación con la ciudad, que era entonces un verdadero Estado.

Pero si dicha expresión, que es una de las más generales que existen, reconoce un antiguo uso, habiendo sido empleada en Grecia y en Roma, así como durante la Edad Media y Moderna, y con mucha más intensidad a partir del surgimiento del moderno Estado de derecho, no es menos cierto que su contenido fue variando sensiblemente en todos esos períodos, pasando de ser muy amplio al comienzo, como equivalente a la actividad total del Estado, para tener luego un alcance cada vez más restringido, al referírsela a la actividad total de la administración pública, y finalmente tan sólo a una parte determinada de esa actividad.

Con un sentido encaminado al que hoy le reconocemos, el término "policía" surgió en Francia, a principios del siglo XV, siendo utilizado de ese modo en unas ordenanzas reales de 1415, referentes a la prosperidad y bienestar públicos; mientras que la expresión "poder de policía" aparece por primera vez en 1827, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en un voto del entonces integrante de dicho tribunal John Marshall.

Por "policía" se ha entendido la actividad del Estado que pretende la convivencia pacífica y ordenada de los individuos y de sus actividades, dentro del grupo social al cual pertenecen, o más concretamente, la función o actividad administrativa cuyo objeto es la seguridad, moralidad y salubridad pública, y la economía política, en cuanto llega a afectar a la primera.

En la doctrina francesa, la policía aparece primeramente como algo vinculado al buen orden de las cosas públicas, para extenderse después a la seguridad de los derechos individuales, dentro de lo que se caracteriza como el "orden público".

En la Edad Moderna, al producirse el reconocimiento de las libertades y de los derechos individuales, el sentido de la policía, así concebido, se revierte un tanto, pues no hace en tal grado al predominio de la comunidad sobre el individuo, sino más bien al de una defensa de ésta contra aquella.

De cualquier manera, se pretende que una de sus notas más características es la coacción, perdiendo de vista que su causa es la restricción o limitación jurídica de esas libertades y derechos, en procura de la mejor convivencia social.

Por "poder de policía", en cambio, se entiende la potestad atribuida por las normas constitucionales al órgano o Poder Legislativo para reglamentar el ejercicio de

[107] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira.

los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que esas mismas normas reconocen o imponen a los individuos.

De tal suerte, policía y poder de policía aparecen como dos cosas diferentes, que incluso son valoradas de manera distinta por los tratadistas y la jurisprudencia, que van desde un concepto amplio, prevaleciente en América (*broad and plenary*), a un concepto restringido, vigente en Europa (*narrow*), habiendo sido Putter el primero que sostuvo ese concepto restringido, al señalar que la promoción del bien común no es materia propia de la policía.

La expresión "poder de policía", por otra parte, ha sido criticada, ya que tal poder no existe realmente como tal, siendo el poder único del Estado atribuido exclusivamente al Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

Como fácilmente se comprende, esta crítica no tiene sólido asidero, apareciendo como más formal que sustancial, pues al hablarse de "poder de policía" no se ha querido hacer mención a otro Poder del Estado, sino que se la ha utilizado por razones de comodidad de lenguaje, para referirse a una materia que también se ha procurado precisar.

Es por ello que la distinción entre "policía" y "poder de policía", si bien puede no ser conceptualmente correcta, se ha considerado didácticamente aceptable, ya que permite escindir, en esta órbita, aquello que es propio de la administración pública, de lo que ha sido atribuido específicamente al Poder Legislativo (Marienhoff).

Actualmente, se han reconocido tres posibles significados a la noción de policía, refiriéndola, respectivamente, a un conjunto de reglas, componentes de una reglamentación que tiende a limitar las libertades y los derechos individuales, en salvaguarda del orden público; a una forma de actividad o accionar que es realizado para asegurar la efectiva aplicación de tales reglamentaciones; y a los agentes públicos – funcionarios y empleados- que tienen por misión cumplir esa actividad o accionar.

Todo lo dicho permite comprobar, por último, que el concepto de policía, en su desarrollo histórico, ha estado directamente influido por las concepciones políticas, sociales y aún económicas vigentes en cada época, debiendo aceptarse que ese condicionamiento subsiste también en nuestros días.

De ese modo, si bajo el Estado liberal de derecho, con una fuerte preponderancia de las libertades y los derechos individuales como motor eficaz del bien común, la policía se configura como una facultad excepcional, pero al mismo tiempo normativamente constreñida a límites precisos, que procura conservar el orden público mediante ciertas restricciones a los individuos y sanciones a quienes no las respetan; bajo el Estado social de derecho de hoy, con un importante intervencionismo estatal, un creciente reglamentarismo, una amplia actividad de los servicios públicos y una innegable subordinación de la iniciativa privada al interés público, se está produciendo una revigorización del concepto de policía, cuyo objetivo final es también el bien común, coadyuvando a que las libertades y los derechos individuales no sean sólo declarados y reconocidos, sino también efectivamente gozados por todos, dentro de una armonización entre el individuo y la comunidad en que vive, y de la cual no puede ni quiere desligarse (el autor escribe en 1984).

2. Policía legislativa, judicial y administrativa

Se puede afirmar que si el propósito básico del Estado es el logro del bienestar general, en su más amplia gama y alcance, es justamente para alcanzar esa finalidad que ejerce su función de policía.

Dentro de esa idea, se ha aceptado que la función de policía puede ser dividida en tres formas o modalidades, a saber: la policía legislativa, la policía judicial y la policía administrativa, siendo el objeto de la actividad de policía el que se debe tener en cuenta para precisar, en cada caso, de qué tipo de modalidad se trata.

La policía legislativa, a la cual también se ha denominado "poder de policía", es aquella actividad de índole normativa que tiende a reglamentar las libertades y los derechos individuales, a fin de compatibilizarlos entre sí, y con los que corresponden a la colectividad como tal, constituyendo un orden jurídico especial resultante de la sanción de leyes formales, por medio del órgano o Poder Legislativo.

Nuestra Constitución nacional, si bien no menciona expresamente a la policía legislativa, ni siquiera mediante la fórmula americana del "poder de policía", reconoce claramente su existencia al precisar, en el art. 14, que los derechos individuales que reconoce serán gozados "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", lo cual implica no sólo negar el carácter absoluto de tales derechos, sino también prever sus naturales limitaciones, de manera de asegurar su razonable ejercicio por cada uno, dejando a salvo, igualmente, el necesario predominio del interés público.

La misma Constitución nacional, en su art. 28, ha fijado asimismo los límites generales de la policía legislativa, al establecer que los principios, garantías y derechos admitidos por ella "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", lo que significa que la policía legislativa no puede llegar a desconocer o destruir las libertades y los derechos individuales, tal como han sido otorgados, ni mucho menos aquellos que ya han sido adquiridos, o que constituyan algo que configure una propiedad[108].

Este concepto de razonabilidad, se ha dicho, constituye un criterio legislativo, por lo que no corresponde a los jueces expedirse sobre la eficacia o ineficacia de las leyes de policía, debiendo limitarse exclusivamente a su revisión desde el punto de vista constitucional, apreciando las normas o reglas constitucionales en su letra y en su espíritu (González Calderón).

Cabe tener presente, a todo evento, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de una larga evolución jurisprudencial, ha concluido por aceptar una noción amplia de policía legislativa, y no limitada a ciertos aspectos parciales que se reconocían en el pasado, admitiendo que comprende, en su materialidad, todos aquellos aspectos que hacen y configuran el bienestar general. El poder de policía, en efecto, restringe y regula las libertades y los derechos de los habitantes, en el uso de sus facultades personales y de su propiedad, para asegurar la promoción del bienestar público.

Pero la policía, para alcanzar realmente el resultado que se propone, no sólo debe normar, reglamentando mediante leyes formales, sino que también debe actuar efectivamente. Ese accionar o gestión directa puede revestir, a su vez, dos modalidades diferentes, de las cuales una aparece como de índole más general en su desarrollo, mientras que la otra tiene un carácter más limitado, con matices de tipo jurisdiccional.

[108] CSJN, 1922, "Horta, José c. Hardindeguy, Ernesto", Fallos: 137:47

Esta última constituye, precisamente, la policía judicial, que no es sino una actividad auxiliar de la justicia criminal, que tiende a la comprobación de ciertos hechos y al descubrimiento de sus autores, así como a asegurar la debida represión de los delincuentes.

La policía judicial, cuya actividad está muy influida por la idea de infracción o delito, es de tipo represivo, y se deriva y sirve a la actividad policial del juez, siendo la más ostensible y conocida por el público en general.

De la policía administrativa, finalmente, hemos de ocuparnos con detalle en el parágrafo siguiente, razón por la cual nos remitimos a lo que allí expondremos.

Todas las formas o modalidades de policía que hemos examinado, pero muy especialmente la policía judicial, y la administrativa, se vinculan y relacionan entre sí y se influyen recíprocamente, de manera que la eficacia y el acierto de una puede redundar en beneficio de la de otra, citándose como ejemplo el hecho de que si la represión de los delitos se lleva a cabo de una manera adecuada, ese resultado facilita el accionar de la policía administrativa, que no habrá de verse afectada por la proliferación incontrolada de hechos de esa naturaleza.

3. La policía administrativa: noción conceptual

La amplia gama de las actividades que cumple la administración pública tiene por objeto, como ya sabemos, satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, dentro del orden jurídico y con arreglo a éste. Para alcanzar esa finalidad, y entre otros muchos cometidos, corresponde a la administración preservar la seguridad de las personas, la propiedad, la salubridad, la paz y la tranquilidad públicas, y, en general, todo aquello que atañe al bienestar general, al interés público, al bien común.

La actividad administrativa, en su conjunto, comprende una serie de formas y modalidades que tradicionalmente han sido agrupadas en la clásica trilogía de actividades de policía, fomento y servicio público, a las cuales se ha agregado, más modernamente, aquellas que se refieren a la gestión comercial de la administración, también llamadas de prestación de bienes (Villar Palasí).

La actividad de policía de la administración pública, o policía administrativa, ha sido definida como el conjunto de medios coactivos utilizables por la administración, a fin de que los particulares ajusten sus actividades a una finalidad o exigencia de interés público, o más concretamente, como la actividad de la administración que ésta despliega en ejercicio de sus propias potestades, para garantizar el mantenimiento del orden público, del interés público, limitando o restringiendo las libertades y los derechos individuales, mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los administrados (Garrido Falla-Jordana de Pozas-Entrena Cuesta).

Los elementos caracterizantes de la policía administrativa serían, en consecuencia, los siguientes:

a) Es una actividad administrativa, es decir, una actividad consistente en un conjunto complejo de hechos, actos y procedimientos, realizados por la administración, enderezados al logro de las finalidades que le son propias. Es una actividad concreta, singular, y también operativa.

b) Como tal actividad administrativa, es una actividad subordinada al orden jurídico, o sea que no es eminente ni superior, sino regida y regulada, en su organización y desarrollo, por el ordenamiento normativo vigente. Ello no quita, como es obvio, que la actividad discrecional de la policía administrativa cubra un campo realmente amplio, exigido por la propia índole de su cometido.

c) Es una actividad de limitación o restricción de las libertades y los derechos individuales, que produce un cercenamiento de ellos, fundado en la ley, y que mientras se mantenga dentro de sus límites debidos, no genera para el Estado ningún tipo de responsabilidad, ni consiguientemente, indemnización alguna a su cargo[109].

d) Es una actividad que utiliza, como técnica principal, la de la coacción, ya sea mediante el poder conminatorio de la sanción prevista, ya sea por medio de la imposición de ellas a quienes transgreden o violan las restricciones y el ordenamiento fijado; o más frecuentemente por medio de una acción material coercitiva no sancionatoria.

e) Es una actividad teleológica, como toda actividad administrativa, ya que adecua, limita y armoniza las libertades y los derechos individuales, en procura de finalidades relativas al interés público, al bienestar general.

f) La administración pública, al cumplir su accionar en materia de policía administrativa, dentro del orden jurídico previsto, actúa en ejercicio de potestades propias, debiendo mantenerse dentro de la zona de reserva de la administración, sin pretender excederse o trasponerla.

Se ha discutido si, a estos fines, debe aceptarse un criterio material u objetivo de la administración pública, o más bien un concepto subjetivo de ella.

Parece más atendible, por sus fundamentos, la posición de quienes sustentan el criterio material u objetivo, lo que llevaría a que la policía administrativa correspondería no sólo al Poder administrador, sino también a los otros poderes, como ocurre en el caso del Poder Legislativo, cuando éste constituye comisiones parlamentarias que pueden llevar a cabo actos que son típicos de la policía administrativa.

Los partidarios del criterio formal o subjetivo, a su vez, aprecian que la aplicación del criterio material u objetivo resulta insuficiente y de difícil concreción, en ciertos casos, dejando muchas incertidumbres que no pueden ser adecuadamente resueltas de esa forma.

4. Crisis de la noción de policía

La crisis de la noción de policía, y de su existencia autónoma en el ámbito del derecho, ha sido enfocada desde dos puntos de vista diferentes.

El primero de ellos, y que es sin duda el más importante, resulta de la observación efectuada en el sentido de que la actividad de policía no es de naturaleza diferente de la actividad general del Estado, sino que –al contrario- todo lo que se dice de la actividad de policía es directamente aplicable a las restantes actividades estatales, que nunca han sido reconocidas como de policía (Merkl).

[109] CSJN, 03/12/1965, "Café Bonafide S.A. c/ The Nestlé Co. s/ oposición al registro de la marca Bonacafé", Fallos: 263:411.

Ello lleva, necesariamente, a la conclusión de que no existe, en realidad, una noción autónoma y suficiente de la policía, ni del poder de policía, lo que hace que no sea necesario recurrir a esas ideas para considerar y hacer referencia a todas esas actividades que anteriormente eran agrupadas bajo esos rótulos.

Estas críticas son, objetivamente consideradas, procedentes y exactas, y a la crisis de la noción de policía ha derivado, finalmente en la propuesta de que ella debe ser erradicada del campo jurídico.

No obstante, pensamos que razones metodológicas y aun didácticas aconsejan su mantenimiento, al igual que lo que ocurre en otros casos semejantes, admitidos por el derecho administrativo actual, pero sin dejar de reconocer, no obstante, que el poder del Estado es siempre uno solo y único.

Conceptualmente, en efecto, cabe suponer la diferenciación o la escisión de ese poder único en complejos unitarios, que faciliten su consideración, estudio y regulación normativa adecuada.

La noción de policía es, por tanto, útil y sirve al ordenado examen de esa parte o forma de la actividad estatal.

Esta formalización absoluta de la crisis de la noción de policía, se diferencia de otra modalidad que aparece como relativa, y que es la que funda la existencia de esa crisis en la sustancial modificación ocurrida en cuanto a las finalidades y al campo de acción propio de la actividad policial.

En efecto, la concepción restringida de antaño, limitada a la seguridad, la salubridad y la moral, ha ido siendo reemplazada por otra mucho más amplia, y el advenimiento del Estado intervencionista, del Estado social de derecho, ha hecho que bajo la noción de policía se incluyan actividades que antes no se hubiera concebido insertar en ella. Han surgido así numerosas formas especiales de la policía, como la de seguridad social, la económica, la de estética pública, confianza pública, edificios, minoridad, etc.

Del mismo modo, ha aparecido una ampliación de las posibilidades coercitivas de la policía, que si en un principio estaban limitadas casi exclusivamente a la policía de seguridad, hoy se han extendido, en virtud de sanciones como la multa, a otros muchos campos. Un ejemplo lo dan la policía económica, y la de la confianza pública.

La crisis de la noción originaria de policía, si así se la entiende, ha existido y existe, pero debe coincidirse en que más que una crisis, se ha producido la evolución y la expansión de su noción, a impulso de las necesidades y el desarrollo general de la vida en comunidad de nuestros días.

5. El orden público

La noción de orden público hace surgir, casi inmediatamente, la idea de policía, y viceversa, y esta aproximación entre ambos conceptos resulta de que históricamente los dos hacen al desenvolvimiento del de policía y poder de policía.

En su acepción más clásica, se entiende por “orden público” no sólo una conceptualización puramente jurídica, sino también, o más bien, un orden material y exterior efectivo, que será lo contrario al desorden (Hauriou), del cual la fórmula de

nuestra Constitución nacional –el "bienestar general"- es adecuada manifestación, como exigencia de un orden público efectivo y armonioso.

El orden público explica y justifica las medidas de policía, en su raíz tan contraria a las concepciones del Estado de derecho, pues aquellas tienen por finalidad conservarlo en su integridad, evitando peligros o perturbaciones.

En el Estado meramente abstencionista, el orden público se limita al mantenimiento de la tranquilidad pública, por lo que sus manifestaciones configuraban una policía de seguridad. Como se comprende, el contenido de la idea de orden público, siendo tan escaso, llevaba a la configuración de un "bienestar general" que muy pronto se llegó a considerar muy reducido y excluyente del verdadero bienestar común.

Al aparecer nuevos intereses, nuevos bienes comunes, como exigencias ya irrenunciables para alcanzar aquél bienestar general querido por nuestra Carta fundamental, se amplió correlativamente la noción de "orden público", y la actuación intervencionista del Estado, principalmente con finalidades sociales, relativas al orden material, impuso la extensión de los cometidos policiales, cuya acción debían también tender a asegurarlo contra la posible acción resultantes de las libertades y los derechos individuales, ejercidos más allá de lo que de esa manera resultara razonable.

Frente a la policía general –policía de la seguridad, esencialmente- surgen las policías especiales, en su múltiple variedad, distingo que posteriormente pierde valor, al volver a unificarse la concepción de una policía única, aunque con distintas formas de manifestación y distintos objetivos y actividades sobre los cuales se ha llevado a cabo.

En la actualidad, no existe materia o actividad sobre la cual la policía no pueda ejercerse, para preservar el orden público, y justificar el logro del interés público, al que aquél queda asimilado.

De esa manera, no se puede negar que el nuevo concepto de orden público depende, en cada momento y lugar, de las ideas dominantes que se tengan respecto de los fines del Estado (Garrido Falla).

6. Contenido de las nociones de poder de policía y policía

Ya se ha dicho que existen dos criterios diferentes respecto de la amplitud y campo de acción del poder de policía, y por ende, como actividad subordinada, de la policía administrativa.

Dentro de un concepto estricto o restringido, que es el que impera en Europa, especialmente en Francia y en Italia, y que, como ya se ha indicado, se conoce bajo la denominación inglesa de "*narrow*", el poder de policía queda constreñido a sus límites más tradicionales, abarcando exclusivamente todo lo que es atinente a la seguridad, la moralidad y la salubridad públicas.

El criterio amplio, originado en los Estados Unidos de Norteamérica y vigente en nuestro país, conocido bajo la denominación también inglesa de "*broad and plenary*", extiende el contenido y la acción del poder de policía a esferas tan amplias como los intereses económicos y el bienestar general de la comunidad, dando lugar a que frente a la policía de la seguridad, aparecieran las formas de la policía de emergencia, y la llamada policía de la prosperidad.

La policía de emergencia, como tal, se refiere a situaciones especiales y por ello mismo transitorias, vinculadas con el razonable ejercicio de las libertades, las garantías y los derechos individuales reconocidos por la Constitución nacional, en cuanto resulte necesario para armonizarlos y para hacer prevalecer los intereses y exigencias de la colectividad.

Al amparo de esta especial exteriorización del poder de policía, el legislador sancionó y la Corte legitimó constitucionalmente, prórrogas de contratos de locación, rebajas de alquileres convenidos por las partes, moratorias hipotecarias, suspensión de juicios de desalojos, fijación de precios máximos a artículos de primera necesidad, disminución de haberes jubilatorios acordados, entre otras medidas (Oyhanarte-Comadira). La constitucionalidad del ejercicio de las facultades del Estado en situaciones de emergencia y sus límites fue abordado por la Corte, con extensión, en "Peralta"[110]; "Smith"[111]; "Provincia de San Luis"[112]; "Bustos"[113].

La policía de la prosperidad, en cambio, que abarca todo aquello relativo al bienestar y a la prosperidad general, resulta de los enunciados del preámbulo de la Constitución nacional, y de su art. 67, inc. 16, que otorga al Congreso nacional la potestad y el deber de proveer todo lo conducente a la prosperidad del país.

En la actualidad el artículo 67, inciso 16, ha pasado a ser, después de la reforma constitucional de 1994, el 75, inciso 18. Y se debe tener en cuenta que el artículo 75, inciso 19, agregado por la reforma referida, determina que corresponde al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento (primer párrafo); proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (segundo párrafo); sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales (tercer párrafo); finalmente, el dictado de leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (cuarto párrafo).

En la actualidad, cabe afirmar, como queda reconocido, que no existen límites al contenido posible del poder de policía y de la policía en general, del mismo modo que no existen límites para el logro del bien común, salvo los establecidos o que surjan de la misma Constitución nacional, en sus lineamientos generales.

De esa manera, la noción de policía ha vuelto a su sentido y alcance originario, al entendérsela relacionada con la totalidad del accionar estatal, de la administración interna del Estado, en sus diversas facetas.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se adhirió, en sus primeros tiempos, en materia de poder de policía, al criterio restringido[114].

Este temperamento se mantuvo, con algunas alteraciones, hasta 1922, en que la Corte amplió su criterio, adoptando la tesitura del "*broad and plenary*", a partir de su conocida sentencia en la causa "Ercolano, Agustín, c. Lanteri de Renshaw, Julieta, s/

[110] CSJN, 27/12/1990, "Peralta, Arsenio", Fallos: 313:1513.
[111] CSJN, 1/02/2002, "Smith", Fallos: 325:28.
[112] CSJN, 5/03/2003, "Provincia de San Luis", Fallos: 326:417.
[113] CSJN, 26/10/2004, "Bustos", Fallos: 327:4495.
[114] CSJN, 1869, "Empresa Plaza de Toros c/ Gobierno de Bs. As", Fallos: 7:150.

consignación"[115], pudiendo agregarse, entre otros, los pronunciamientos recaídos en las causas "Avico"[116]; "Inchauspe"[117]; "Cine Callao"[118].

Esta posición se ha mantenido hasta la fecha.

7. Fundamentos jurídicos y positivos del poder de policía

En la época feudal y en la mayor parte del período monárquico, el poder de policía, que es inherente a la existencia de toda forma de gobierno, reposaba directamente en el poder absoluto del señor o del rey. Este era su fundamento, y sus posibles limitaciones sólo surgían de la misma voluntad del soberano.

En esas condiciones, el poder de policía sólo atendía a la preservación de ese mismo poder, evitando que fuera perturbado de cualquier manera por los súbditos. Como bien se dijo, la policía era un asunto de Estado contra los particulares.

Con el advenimiento de los regímenes democráticos y el surgimiento del constitucionalismo, la situación cambia radicalmente, y el poder de policía encuentra su fundamento jurídico, dentro del Estado de derecho, en las normas constitucionales y en las leyes dictadas en su consecuencia, como un medio de hacer posible y aun agradable la vida en sociedad, evitando que los intereses públicos, los de toda la comunidad, y los de cada uno de sus componentes, puedan verse afectados o lesionados por el irregular o irrazonable accionar de sus propios integrantes.

Es, pues, la misma Constitución nacional la que le da sustento, ya que, como lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la reglamentación que aparentemente restringe el derecho de algunos para garantizar el de todos, no puede considerarse, en principio, como agraviante a la Constitución, pues esto importaría negar los altos fines que los constituyentes se propusieron al ordenarla, decretarla y establecerla[119].

La policía no es, de ese modo, una cuestión del Estado contra los individuos, sino la admisión de una restricción o limitación, que cada uno debe soportar, para que todos puedan convivir armónicamente en la comunidad de la cual forman parte, y a la cual no pueden ni desean renunciar.

El Poder de Policía no implica una preferencia del poder sobre la libertad, sino que, por el contrario, su existencia y razonable aplicación facilita el ejercicio coordinado de los derechos y la realización del interés general (Canda).

El fundamento esencial del poder de policía reside, entre nosotros, en el art. 14 de la Constitución nacional, del cual resulta que las libertades, los derechos y aun las garantías que ella establece no son absolutos, sino relativos, por lo que debe ejercérselos de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio. Los arts. 19 y 28, por su parte, completan la base constitucional, al asentar los límites dentro de los cuales habrá de actuar el poder de policía.

Ese fundamento jurídico y positivo del poder de policía y de la policía, en general, debe tenerse presente, frente a toda cuestión que pretenda considerarse en esta

[115] CSJN, 1922, "Ercolano, Agustín, c. Lanteri de Renshaw, Julieta, s/ consignación", Fallos: 136:161.
[116] CSJN, 1934, "Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.", Fallos: 172:21.
[117] CSJN, 1944, "Pedro Inchauspe Hermanos, c/ Junta Nacional de Carnes", Fallos: 199:483.
[118] CSJN, 1960. "Cine Callao", Fallos: 247:121.
[119] CSJN, 1929, "Gangoiti, Carlos c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 155:187.

materia, pues de ello resulta el sentido, el alcance y la dimensión con que esta modalidad del accionar del Estado debe llevarse a cabo.

8. Transferencia del poder de policía

Si no es posible concebir la existencia de un gobierno, sin que éste tenga un adecuado poder de policía, y el ejercicio de una policía cumplida en su consecuencia, va de suyo que el poder de policía, que es un atributo de la soberanía, es inalienable, e irrenunciable. Su existencia y su ejercicio son inherentes a la virtualidad del Estado, y de su desenvolvimiento como tal.

El poder de policía, atribuido por la Constitución nacional al Poder Legislativo, no puede tampoco ser transferido por éste en favor de otro poder u órgano estatal, ni menos aún a favor de personas individuales o jurídicas. El Poder Legislativo, en efecto, no puede desprenderse de ese poder así conferido, sino que, al contrario, debe asumirlo y ejercerlo en la medida en que sea menester.

La delegación al Poder Ejecutivo o a otros órganos administrativos de menor nivel es, en principio, improcedente, admitiéndose que sólo es posible si ella se atribuye dentro de límites de antemano precisados por el Poder Legislativo, y con un propósito también especificado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado, en este sentido, que debe existir "una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse; lo segundo es admisible"[120].

Por ello, si es factible que el Congreso nacional, y en su esfera las legislaturas provinciales, puedan facultar a las municipalidades para que éstas regulen materias de policía, como seguridad, moralidad, ornato, tránsito público, etc., y sancione incluso a quienes contravengan esas regulaciones, no lo es menos que la tipificación de las infracciones, y la clase y los límites de las sanciones que se aplicarán en cada caso, deberán establecerse por ley formal, es decir, sancionada por el órgano legislativo permanente.

La imputación de funciones y la atribución de competencias dentro de tales extremos, no es cuestionable, y puede, incluso, resultar útil.

En la actualidad se debe considerar, no obstante, en materia de delegación legislativa, lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución, después de la reforma de 1994. Esta cláusula prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca, y preceptúa que la caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa. (Véase sobre la cuestión de los reglamentos delegados lo expuesto *supra*).

En lo que se refiere a la posibilidad de limitar derechos por vía de reglamentos autónomos, se ha indicado que no es fácil aceptar la constitucionalidad de esa alternativa (Comadira), pero también se ha señalado que, con la debida prudencia, ellos pueden ser empleados cuidando de no establecer deberes de los particulares hacia la Administración que no tengan base legal (Gordillo-Gelli).

[120] CSJN, 1927, "Delfino", Fallos: 148:430.

Finalmente, y desde otra perspectiva, se ha puntualizado que después de la reforma constitucional de 1994, la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos introduce un límite más a las eventuales restricciones de los derechos personales dispuestas por el Poder Ejecutivo, citándose, en ese orden de ideas, la Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual la expresión *leyes*, empleada en el artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica se debe interpretar en el sentido de que las restricciones o limitaciones permitidas a los derechos de la Convención deben emanar de leyes en sentido formal y material (Gelli). El artículo mencionado establece "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual hayan sido establecidas".

9. Validez del ejercicio del poder de policía

El poder de policía, y el ejercicio de la actividad administrativa de policía, desde que se trasuntan en una limitación y restricción de las libertades, los derechos y las garantías individuales, pueden llegar a tener una influencia tan decisiva y efectiva en su real ejercicio, que su uso inadecuado y su extralimitación, contrariando los fines que con su institución se persiguen, plantea uno de los problemas más importantes que origina su temática, como es el de fijar su verdadero campo de acción, su alcance y su sentido verdadero, de modo de evitar el grave peligro que resultaría de esa inadecuación o extralimitación.

De tal modo, ni el poder de policía ni la actividad policial pueden considerarse como absolutos, sino que al contrario aparecen como limitados, sin que la invocación del orden público o del interés público puedan servir, en modo alguno, para justificar una actividad policial que vaya más allá de lo debido. Si esta conclusión es válida respecto de la policía legislativa, lo es más aún en el caso de la policía administrativa, ya que esta última –debemos recordarlo- no es sino una forma de la actividad administrativa, que como tal está regida por el principio de legalidad, de sometimiento y subordinación al orden jurídico.

En ese sentido, y desde un punto de vista formal, las leyes y reglamentos y los actos administrativos de policía están sujetos a las mismas condiciones de validez que son aplicables a las leyes y reglamentos en general, y a los actos administrativos en su conjunto.

Pero si esta cuestión es, en sí misma, simple y de fácil comprensión, su apreciación no resulta tan clara cuando se la traslada al contenido y a los propósitos de los actos normativos de policía y a los actos administrativos de igual carácter.

Una correcta sistematización de los diversos principios que son aplicables, y que configuran las limitaciones impuestas al poder de policía y la actividad de policía, permite afirmar que su ejercicio, para ser válido, debe cumplir las siguientes exigencias:

9.1 Respecto a los principios y normas constitucionales

Ni el poder de policía, ni la actividad de policía pueden, en su desarrollo y cumplimiento, contrariar los principios y normas establecidos por la Constitución nacional. Al contrario, deben ser respetuosos, en todo momento, de sus disposiciones, ya que si bien la policía, en su amplio conjunto, limita y restringe los derechos y las libertades individuales, así como las garantías establecidas en su resguardo, esa

restricción tiene, a su vez, sus propios límites, no pudiendo llegar a su desconocimiento absoluto, a su destrucción[121].

Además, y ya con referencia a la policía administrativa, si ésta –como se sabe- es una modalidad de la actividad administrativa, como tal no puede desentenderse del orden constitucional establecido, y del orden jurídico sancionado en su consecuencia: es una actividad subordinada, y no un poder establecido por encima o al margen de la Constitución nacional.

En consecuencia, frente a cualquier manifestación de la policía, siempre cabrá preguntarse si se encuadra o si escapa al orden constitucional establecido, siendo legítima y válida sólo en el primer caso.

Este análisis debe ser hecho con suficiente cuidado, ya que no siempre las violaciones habrán de ser groseras y manifiestas, y teniendo en cuenta los grandes fines de la Constitución nacional, que al pretender el bienestar general, busca un sano equilibrio entre las pretensiones legítimas de los individuos y las exigencias no menos válidas de la comunidad.

9.2 Necesidad de ley formal

El ejercicio del poder de policía, desde que acarrea una alteración en la situación jurídica de los particulares, reconocida por el ordenamiento constitucional, y por propia previsión de éste, requiere ineludiblemente que él sea concretado por medio de la sanción de leyes formales, es decir, sancionadas por el órgano legislativo, las cuales integrarán, al mismo tiempo, su base normativa general.

La actividad policial concreta, por su lado, si bien se manifiesta comúnmente mediante simples actos administrativos, exige que tales actos encuentren su fundamento, también, en la preexistencia de una ley formal, admitiéndose que sólo excepcionalmente puedan basarse en un reglamento autónomo, o en otro acto administrativo, que puede aparecer con las características de un acto político de gobierno (Marienhoff).

De cualquier manera, la finalidad de la actividad policial propiamente dicha, aun en estos últimos supuestos, debe hallarse reconocida o resultar de la existencia de una ley formal precedente, pues si no fuera así sería muy simple la justificación de un actuar policial no sujeto a sus principios y límites, es decir, arbitrario y extralimitado.

Como recién se indicó, no es fácil aceptar la constitucionalidad de la posibilidad de limitar derechos por vía de reglamentos autónomos (Comadira), aunque también se ha señalado que, con la debida prudencia, ellos pueden ser empleados cuidando de no establecer deberes de los particulares hacia la Administración que no tengan base legal (Gordillo-Gelli).

9.3 Razonabilidad

Se ha dicho, con razón, que una de las guías más seguras para precisar si el poder y la acción de policía han sido constitucionalmente ejercidos, es la de atender a su "razonabilidad". Es que la policía nunca debe ser irrazonable, o recogiendo la amplia

[121] CSJN, 1922, "Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta", Fallos: 136:161.

terminología usada a veces por la legislación y la jurisprudencia, opresiva, caprichosa, desatinada, despótica, arbitraria, desigual, persecutoria, etc., todo lo cual señala aquella exigencia general de razonabilidad.

La razonabilidad, en este sentido, consiste –en definitiva- en una justa adecuación, en un ponderado equilibrio y proporción entre los motivos y los fines de la actividad de policía, resultantes de la ley, y los medios puestos en juego para alcanzarlos, de modo que éstos no aparezcan como no vinculados con las circunstancias que los motivan[122].

Recuerda Gelli que limitaciones sancionadas para proteger un interés vital del Estado -la educación- fueron consideradas irrazonables por emplear un medio innecesario para lograr el fin buscado[123] o no guardar ninguna relación la exigencia establecida con los motivos alegados por la autoridad de aplicación y objetivo de la enseñanza[124]; y la misma autora puntualiza la significación que cobra en materia de objeción de conciencia el control de razonabilidad del ejercicio del poder de policía a partir del análisis de medios alternativos menos intrusivos para lograr el mismo fin público del Estado[125].

En fecha reciente el Alto Tribunal ha recordado, con cita del dictamen del Procurador General, que de acuerdo con su invariable jurisprudencia la razonabilidad –según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia tratada en el caso- quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador[126].

La valoración de la razonabilidad, se ha sostenido, se determina, por ello, sobre la base de la proporción que exista entre esos motivos y esos fines de la ley, frente a los medios que se reflejan en obligaciones impuestas a los particulares. Esa ponderación, como es obvio, no es matemática ni inmutable, y debe hacerse considerando datos objetivos, como la opinión pública y jurídica vigente en la comunidad sobre el tema de la ley, y también mediante el uso de factores subjetivos del intérprete, como son su sensibilidad jurídica, sus ideas sobre el régimen político deseable, el conocimiento de la situación social existente, etc. (Juan Francisco Linares).

Por todo ello, la apreciación de si ha existido o no razonabilidad en materia de policía es, en definitiva, una cuestión de hecho, de buen criterio, que siempre puede considerarse, por la multiplicidad de los factores en juego, como opinable, por lo que su determinación deberá ser diferida, en última instancia, a la decisión del Poder Judicial, como custodio definitivo de la Constitución nacional y del equilibrio de sus previsiones.

Conviene señalar, sin embargo, que no compete al Poder Judicial pronunciarse sobre la eficiencia o ineficiencia de las leyes y los actos del Poder administrador, como en sus aspectos técnicos, económicos, o financieros, considerando si son beneficiosos o perjudiciales para el país, sino que debe limitarse al criterio exclusivamente constitucional, el cual no permite, entre otras cosas, ni el expreso ni el virtual desconocimiento de las normas de la Constitución nacional y de los principios que de ellas resultan, como ocurriría si se produjera un abusivo e irrazonable ejercicio del

---

[122] CSJN, 1944, "Vicente Martini e hijos S.R.L.", Fallos: 200:450; CSJN, 1961, "Barone, Manlio, y otro c/ Banco di Napoli", Fallos: 249:252.
[123] CSJN, 1983, "Almirón, Gregoria c/ Nación Argentina", Fallos: 305:1489.
[124] CSJN, 1984, "Arenzón, Gabriel Darío c/ Nación Argentina", Fallos: 306:400.
[125] CSJN, 18/04/1989, "Portillo, Alfredo", Fallos: 312:496
[126] CSJN, 19/11/1934, "Compañía Swift de la Plata S.A. y otras c/ Gobierno Nacional", Fallos 171:349; CSJN, 1944, "Pedro Inchauspe Hermanos, c/ Junta Nacional de Carnes", Fallos: 199:483; CSJN, 1944, "Vicente Martini e hijos S.R.L. ", Fallos: 200:450; CSJN, 1960, "Sindicato Argentino de Músicos", Fallos: 248:800; CSJN, 16/11/2004, "Frascalli, José Eduardo c/ SENASA s/ acción de amparo", Fallos, 327, en prensa, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/02/2005, entre muchos otros.

poder de policía y de la actividad policial[127]. El poder de policía, la policía, son imprescindibles para la vida del Estado y para el desarrollo de la comunidad; pero debe mantenérselos en sus límites estrictos, puesto que sus desviaciones –manifestadas por su carencia de razonabilidad- son siempre peligrosas, y pueden llevar a la destrucción misma del equilibrio querido por nuestra Carta fundamental entre lo que es atributo de los individuos, como tales, y lo que es pretensión de la comunidad que todos ellos componen, que se manifiesta por medio de la expresión del interés público, que si es superior, no es destructor y avasallador innecesario del interés particular.

9.4 Respecto del ámbito jurisdiccional

Dentro de nuestra organización institucional, por último, es también necesario que el poder de policía y la actividad policial, propiamente dicha, se ejerzan dentro del respectivo ámbito constitucional, distinguiendo lo que es propio de la Nación, y lo que pertenece a las provincias, por no haber sido delegado al gobierno central, sin que se produzcan excesos ni injerencias de una jurisdicción en las otras, y viceversa, salvo en aquellos supuestos en los que las normas constitucionales o legales lo admitan[128].

Todas las ideas del autor expresadas en este parágrafo, precedidas, incluso, de una cita de la obra *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo* (Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 183 y ss) en la cual se recuerdan los conceptos del poder de policía y de la policía como órdenes coactivos orientados al logro de la convivencia social, son seguidos por la Procuración del Tesoro de la Nación en un dictamen de fecha reciente[129].

10. El poder de policía y la libertad personal

Cabe decir que si el derecho constitucional, al menos en su forma tradicional, se orienta hacia la afirmación de la libertad y los derechos de los individuos, incluso frente al Estado, desarrollando lo que se dio en llamar la "teoría de la libertad", el derecho administrativo, en cambio, aparece como una disciplina que tiende a la limitación o restricción de esa libertad y de esos derechos, al tutelar especialmente el interés público, en el cual, a pesar de ser de la comunidad toda, cada individuo puede llegar a reconocer su propio interés particular, sin perjuicio de que existan intereses que sólo son propios de la comunidad.

Policía y libertad personal se configuran, de ese modo, como conceptos opuestos, en cuanto uno –la policía- se traduce en un cercenamiento del otro, siendo una cuestión delicada y de raíz política el establecer la magnitud posible de tal cercenamiento.

Es por ello que si la función de policía es sustancialmente la misma en cualquier régimen político, no lo es, en cambio, su dimensión cuantitativa, que será muy diferente en un sistema de raigambre liberal, que en otro de índole absoluta o totalitaria (Bielsa).

---

[127] CSJN, 12/12/1927, "Guardián Assurance Company Limited c/ Estado Nacional", Fallos: 150:89.
[128] CSJN, 06/05/1942, "S.A. Laboratorios Suarry", Fallos: 192: 234; CSJN, 1969, "Biscotti, Aldo Raúl", Fallos: 273:147.
[129] Dictámenes: 250:065

Nuestra Constitución nacional, al reconocer y garantizar la existencia de la libertad personal, en todas sus manifestaciones, ha completado su afirmación, al reconocer sus posibles limitaciones, y el modo como ellas se establecerán.

En ese aspecto, si la libertad personal puede y debe, a veces, ser restringida, las limitaciones sólo habrán de provenir, exclusivamente, del único Poder al cual le ha sido atribuida esa facultad: el Poder Legislativo, que tiene la representación directa de todo el pueblo[130].

La reserva de la ley y la indelegabilidad de este poder, dentro del cuadro constitucional, junto con la reserva del art. 28 de la Constitución nacional, configuran una satisfactoria preservación de las libertades y derechos individuales, y atañen a la limitación del poder de policía, y a la actividad de policía.

En la libertad personal, así considerada, es posible distinguir la existencia de dos esferas o modalidades: una, la que constituye la vida privada, la vida íntima de cada persona; y otra, la libertad común, que es a la cual hasta ahora nos hemos venido refiriendo.

Esa vida privada, esa esfera propia de cada uno, donde impera exclusivamente la conciencia individual, presenta la singularidad de que aparece como el resultado de una libertad inviolable, ya que por expreso mandato del art. 19 de la Constitución nacional, está exenta de la acción de la ley y de la autoridad de los magistrados, y sólo reservada a Dios.

Únicamente cuando esa vida privada, y las acciones que la componen, dejan de ser realmente tales, es decir, cuando afectan el orden y la moral públicas, o perjudican a un tercero, podrán perder ese carácter de inviolables, y caerán bajo la acción de la ley y de los magistrados.

La consagración de la intangibilidad de la vida privada constituye, sin duda, una de las grandes conquistas del constitucionalismo, y un mérito relevante de nuestros constituyentes, que supieron plasmarla con fórmula tan expresiva.

El poder de policía y la actividad de policía no tienen cabida, ni posibilidad de acceso, a esa esfera sagrada de la vida privada, en la cual cada uno de nosotros somos, al mismo tiempo, legislador y juez, y de la que nuestra conciencia dará cuenta, conforme con nuestras propias convicciones.

Cuando las acciones de la vida privada salen de ese campo, para trascender o continuarse en el ámbito de la libertad común, pierden necesariamente ese excepcional privilegio, pues al manifestarse en la vida en comunidad, ya sea por afectar a otros particularmente, o a la colectividad en su conjunto, quedan sujetas a las restricciones y limitaciones de la ley, y a la acción policial, entrando en el campo de la normatividad y de la regulación.

Esa concepción de la vida privada, de esa suerte, configura un vallado infranqueable para el legislador, y como consecuencia, para todo el accionar policial material.

---

[130] CSJN, 1965, "García, Raúl Héctor, y otros c/ Provincia de Santa Fe", Fallos: 261:361 y ss.; CSJN, 1965, "Compañía General de Electricidad de Córdoba S. A., (en liquidación) c/ Provincia de Córdoba", Fallos: 262:302 y ss.

El Poder Judicial es aquí también importante custodio de que tal valla no llegue a ser transpuesta, lo que implica que, sin adentrarse en modo alguno en las singularidades de esa vida privada, debe procurar la preservación y su respeto.

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución prescribe, después de la reforma de 1994, que ciertos tratados y convenciones relativas a derechos humanos, tienen, en las condiciones de su vigencia, jerarquía constitucional y se deben interpretar como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución, siendo sólo denunciables por el Poder Ejecutivo previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Las normas enunciadas en esas condiciones son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, debe tenerse presente que por aplicación del artículo 75 inciso 22) *in fine*, que establece que los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos una vez aprobados por el Congreso podrán .gozar de jerarquía constitucional si las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara así lo decide. Actualmente la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por la Ley 24.456) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (aprobada por la Ley 24.584) poseen jerarquía constitucional en virtud de las leyes 24.820 y 25.778, respectivamente.

11. Policía y estado de emergencia y necesidad

En el orden común de las cosas, tanto el poder de policía como el ejercicio de la actividad policial se lleva a cabo dentro de las condiciones normales previstas para ello, sin que exista causa o motivo que obligue a apartarse de ellas.

Pero puede suceder que frente a situaciones excepcionales y de gravedad, el mantenimiento del orden público o su restauración cuando ha sido quebrado seriamente, obliguen a apartarse de esas condiciones de normal ejercicio, apareciendo así la policía de la emergencia y de la necesidad.

Esas situaciones aparecen cuando se presentan las siguientes circunstancias, en conjunto: *a*) existencia de un conflicto entre un derecho y otro que es de mayor jerarquía; *b*) existencia de una perturbación, grave y no común, que se va acrecentando y acentuando en el tiempo; *c*) imposibilidad de resolver dicho conflicto y solucionar tal perturbación, recurriendo al ejercicio normal de los poderes y a las formas de actuación regularmente previstos; y *d*) sacrificio de bienes jurídicos de menor valor, para salvar otros de mayor beneficio para la comunidad.

Frente a eventos de esa clase, no se debe olvidar que la emergencia, como lo tiene declarado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, está sujeta, en un Estado de derecho, a los mismos principios que amparan la propiedad en épocas normales, de suerte que si la emergencia justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a veces diverso del ordinario, en consideraciones a las circunstancias excepcionales que la configuran, ello no autoriza, sin embargo, el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le otorga[131].

[131] CSJN, 1957, "Nación c/ Lausen, Valdemar Düring", Fallos: 237:38; CSJN, 1968, "Muñiz Barreto de Alzaga, Juana Magdalena y otros c/ Destefanis, Antonio", Fallos: 270:374.

Estas apreciaciones, que revisten en el caso la mayor importancia, resultan del gran principio de la supremacía de la Constitución, según el cual los preceptos constitucionales son imperativos y necesarios, sin que haya causa o circunstancia que pueda dispensar de su cumplimiento.

Ni siquiera en situaciones excepcionales, como las que se derivan, por ejemplo, del estado de guerra, el principio de la supremacía de la Constitución sufre atenuación o desmedro, porque la Constitución ha sido establecida para regir en todo momento, y porque ella misma contiene disposiciones, también excepcionales, previstas para ser aplicadas en esos casos especiales de conmoción o alteración de las condiciones normales de la convivencia nacional.

Las medidas excepcionales de emergencia o que imponga la necesidad, de tal modo, revisten ese carácter porque no son habituales, es decir, especiales en su disposición y en sus efectos, pero no porque aparezcan como algo existente fuera del marco constitucional, o como el resultado del ejercicio de poderes, potestades o facultades no reconocidos por ella.

La emergencia y la necesidad pueden imponer, por razones –por ejemplo- de urgencia y efectividad de la acción, que ciertos resguardos, que ciertos procedimientos, que ciertas garantías deban ser dejadas de lado, o que deba echarse mano de formas de coacción no corrientes.

Pero el marco constitucional, en su balance de poderes atribuidos y garantías concedidas, no debe ser quebrado, sino tan sólo transitoriamente alterado, en tanto y en cuanto lo requieran la emergencia y necesidad.

Por otra parte, y también como otra gran limitación que nunca se puede dejar de aplicar, es preciso que las medidas adoptadas ante la excepcionalidad sean razonables, es decir, que guarden un adecuado y ponderado equilibrio y proporción entre los motivos y los fines que les han dado origen, y los medios puestos en juego para alcanzarlos, dentro del concepto que queda explicado en un parágrafo anterior.

Todo lo dicho hará a la validez y corrección de la policía frente a situaciones calificadas como de emergencia o necesidad.

12. Policía, función y carga pública

El orden público y, en definitiva, el interés público, en cuyo logro se ejerce la policía en sus diversas formas, no sólo puede necesitar la limitación o restricción de los derechos y las libertades individuales, sino que además puede exigir, en ciertos casos, que determinados individuos tengan que llevar a cabo un accionar positivo, es decir, una prestación personal.

Es que la policía, para cumplir su cometido, tiene que desplegar un actuar material muy complejo, en el cual, junto a los medios de que naturalmente dispone, debe utilizar, asimismo, otros con los que puede no contar, o recibir también la colaboración de los particulares, lo que amplía de esa manera su campo de acción.

Se trata, principalmente, de las funciones o servicios que son prestados bajo la forma de una carga pública o prestación personal obligatoria, categoría a la cual nos referimos en otra parte de la obra.

Allí se exponen las características propias de las prestaciones personales obligatorias, entre las cuales hemos de destacar ahora la de que sólo pueden resultar de una ley formal, que expresamente las imponga, tener carácter temporario, y consistir en la realización de tareas sencillas, asequibles a cualquier persona.

Los deberes de prestación pueden extenderse, igualmente, a la dación circunstancial de ciertos bienes materiales; pero, de cualquier manera, en uno u otros supuestos dichas obligaciones, nacidas de la ley, pueden ser precisadas por reglamentos que las concreten, exigir órdenes positivas de hacer o mandatos expresos de las autoridades competentes, a más de poder llegar a la imposición coactiva del hacer o de la dación de que se trate, y a una actividad sancionatoria respecto de quienes omitan su cumplimiento o persistan en resistirse a él (Garrido Falla).

Puede ocurrir, asimismo, que la colaboración del particular aparezca no ya como una prestación obligatoriamente impuesta, sino como una facultad otorgada, que aquél resuelve voluntariamente llevar a cabo, pero no como resultado de un constreñimiento jurídico, sino de un juicio valorativo de participación en finalidades que son de interés público.

Así, por ejemplo, el art. 3 del Código de Procedimientos en Materia Penal de la Capital Federal determina que "en caso de *in fraganti* delito, cualquier individuo del pueblo *puede* detener al delincuente, al solo objeto de presentarlo inmediatamente al juez competente o al agente de la autoridad pública más inmediato, jurando que lo ha visto perpetrar el delito", lo cual, en cambio, aparece en el art. 4 del mismo cuerpo legal como un "deber" impuesto al jefe de policía y a sus agentes.

En la actualidad el artículo 287 del Código Procesal Penal de la Nación determina que los particulares están facultados para practicar la detención debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial, en los casos previstos por los incisos 1º , 2º y 4º del artículo 284, referidos, respectivamente, a quien intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; al supuesto de quien fugare estando legalmente detenido y a quien fuere sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad, contemplándose que, si se tratara de un delito dependiente de instancia privada, quien pueda promoverla será informado inmediatamente y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad.

13. Los medios de acción de la policía

La policía, para poder cumplir su cometido, dispone de una serie de medios de diferente naturaleza, carácter y alcance, que pueden ser agrupados de la siguiente manera:

a) medios normativos o formales, que consisten en el dictado de normas de cumplimiento necesario para sus destinatarios, los cuales, a su vez, pueden ser de carácter general –el reglamento y la ordenanza- o de carácter individual, como son la orden y la autorización;

b) medios ejecutivos o de coacción, los cuales incluyen múltiples formas de actividad, que comprenden: 1) la actividad informativa y preventiva, en la cual la policía obtiene el conocimiento de los hechos y situaciones inherentes a su accionar (inspecciones, registros, revisaciones, vigilancias, etc.), y previene que se cometan violaciones o perturbaciones del orden público establecido; 2) la actividad coactiva y sancionatoria, que tiende a la ejecución directa y aun forzada de los actos y decisiones

policiales, por medio de una compulsión suficiente sobre los individuos, en virtud de actos de impulsión y manifestación física, actos de apremio sobre el patrimonio y a la represión de quienes, habiendo transgredido el orden normativo policial, deben ser sancionados conforme a él, etc. La actividad coactiva y la sancionatoria no deben ser confundidas entre sí, como a veces se ha hecho, porque, como enseguida se verá, difieren sensiblemente por su modalidad y finalidad inmediata.

13.1 Los medios normativos o formales

13.1.1 Medios normativos o formales de carácter general

13.1.1.1 Los reglamentos de policía

Los reglamentos de policía no son sino reglamentos caracterizados por la materia que regulan. En consecuencia, les son aplicables los principios que hemos expuesto, con respecto a los reglamentos en general, en un capítulo anterior, lugar al cual nos remitimos.

Los reglamentos de policía tienen gran importancia, pues no sólo constituyen una de las más frecuentes expresiones de la policía, sino porque, además, constituyen el antecedente y el fundamento necesario para la actividad concreta y ejecutiva de la policía.

Si la actividad policial aparece como una forma de la actividad administrativa, y si ésta se halla subordinada al derecho y regida por el principio de la legalidad, es natural que no pueda existir ninguna modalidad del accionar policial que no deba tener, a su vez, sustento y raíz en el orden normativo, incluso cuando constituye el ejercicio de un poder discrecional.

Los reglamentos de policía, por lo general, llevan a cabo, dentro de los límites que les corresponden, la regulación de las actividades o cuestiones sobre las cuales pueden versar, pero también pueden establecer prohibiciones generales, implantar la necesidad de autorizaciones o declaraciones previas, etc.

Los reglamentos de policía suelen, asimismo, disponer sanciones, respecto de quienes no acatan sus previsiones. En este aspecto, la aplicación del principio de legalidad es rigurosa, en cuanto debe coincidirse en que todo sistema de ese tipo debe resultar de la ley, en sentido formal, que es la única que puede imponerlos y convalidarlos.

Los edictos de policía constituyen un claro ejemplo de lo dicho. Estas normaciones sancionatorias sobre típicas materias de policía –ebriedad y otras intoxicaciones, vagancia y mendicidad, reuniones públicas, etc.- fueron atribuidas durante mucho tiempo a la iniciativa de los jefes de policía, que eran quienes las dictaban. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una primera posición, reconoció su validez, aunque con ciertas restricciones[132]; pero, posteriormente, con más

[132] CSJN, 1936, "Verdaguer, Luis", Fallos: 175:311; CSJN, 1941, "Arjones, Armando y otros", Fallos: 191:197.

fundamento, rectificó su posición[133], quedando los edictos de policía ratificados y convalidados por ley en 1956.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reputó, entonces, a partir del Decreto Ley 17.189/56, ratificado por la Ley 14467, salvada la deficiencia de apoyo normativo idóneo de los citados edictos[134]. Véase, asimismo, sobre la delegación legislativa y los edictos de policía lo expresado en el capítulo sobre las fuentes del Derecho Administrativo.

13.1.1.2 Las ordenanzas

Las ordenanzas son actos normativos de contenido general y abstracto e impersonal, cuya emisión ha sido legalmente atribuida a los municipios y algunas otras autoridades de nivel adecuado.

Las municipalidades, como es sabido, cumplen una importante función en materia de policía, y lo hacen por medio de las ordenanzas que dictan, cuyo cumplimiento se asegura con la policía municipal. Así ocurre, por ejemplo, en materia de tránsito urbano, abastecimientos, etc.

Las ordenanzas constituyen verdaderos reglamentos, dictados por los municipios, las cuales, como es obvio, deben mantenerse dentro de los límites fijados por el acto legal de atribución.

Es de recordar lo establecido en la actualidad por el artículo 123 de la Constitución y el fallo de la Corte dictado en la causa "Rivademar"[135] en la cual asignó a las ordenanzas municipales, aun antes de la reforma de 1994, el carácter de "legislación local". Ver, también, lo dicho al referirnos a los municipios en un capítulo anterior.

13.1.2 Medios normativos o formales de carácter individual

13.1.2.1 La orden de policía

La orden de policía consiste en una declaración de voluntad de un órgano en ejercicio de la función de policía, que tiene competencia para expedirla, y que aparece como un mandato concreto, dirigido a uno o varios administrados, para que éstos hagan o dejen de hacer ciertas cosas, o las hagan de manera determinada.

Las órdenes de policía, constituyendo siempre una restricción a la libertad individual, deben ser dictadas fundándolas en una norma legal, que les dé sustento y validez, de conformidad con las finalidades que resulten de dicha norma, y responder, asimismo, al principio de razonabilidad, aplicable a todo el accionar de policía.

Las órdenes pueden ser generales, cuando están dirigidas a un número indeterminado pero circunscrito de personas, a quienes se les imparte; o bien particulares, cuando están dirigidas a una o más personas individualizadas.

---

[133] CSJN, 1961, "Nación c/ Jockey Club de Santa Rosa Club Hípico Pampeano", Fallos: 249:42.
[134] CSJN, 1958, "Faskowicz, Israel, y otros", Fallos: 240:235; CSJN, 29/07/1958, "Álvarez, Maria Elena y otra s/ desórdenes y escándalos", Fallos: 240:235; CSJN, 1959, "Wachs, Mauricio Isaac", Fallos: 243:500.
[135] CSJN, 21/03/1989, "Rivademar, Angela Digna Balbina Martínez Galván de c/Municipalidad de Rosario", Fallos: 312:326.

Pueden consistir tanto en un mandato positivo de hacer, lo que significa que aquél que las recibe debe cumplir con lo que le es exigido; o en prohibiciones, de suerte que a aquellos a quienes se les imparten no hagan o dejen de hacer lo que les ha sido vedado por la orden.

Las órdenes de policía deben ser claras y precisas, y no contener ambigüedades, pudiendo adoptar, si la norma legal antecedente no prescribe otra cosa, cualquier forma, ya sea verbal, escrita, por gestos indubitados, o por señalamientos mecánicos, etc.

Deben ser hechas conocer y entender a aquellos a quienes se les imparte, ya sea mediante notificación directa, cuando son particulares, ya sea por actos fehacientes cuando son generales, asegurando de la mejor manera su conocimiento y comprensión por quienes quedarán obligados y ligados por la orden de que se trate.

Las órdenes de policía, siendo como son verdaderos actos administrativos, gozan de la presunción de su legitimidad, de modo que su cumplimiento no puede ser diferido, sin perjuicio del derecho de los legitimados a impugnarlas, por medio de los recursos y acciones que correspondan, si las consideran ilegítimas.

Pueden, igualmente, ser revocadas por la autoridad que las dictó, o por su superior jerárquico, siéndoles aplicables las normas comunes sobre extinción de los actos administrativos, ya considerados.

Se han efectuado distintas clasificaciones de las órdenes de policía, como las que distinguen las soberanas de las derivadas, las directas de las indirectas, las primarias de las secundarias, las simples de las compuestas, etc. Estas diferenciaciones carecen de verdadero valor jurídico y no producen efectos prácticos que deban ser tenidos especialmente en cuenta.

13.1.2.2 La autorización o permiso de policía

Los reglamentos de policía pueden establecer prohibiciones o restricciones absolutas, es decir, que no pueden ser desconocidas en ningún caso, o bien relativas, cuando en relación con la actividad a la que servicio se refieren, admiten la posibilidad de que la autoridad policial examine y aprecie las circunstancias que se den en cada supuesto, removiendo el obstáculo que para el administrado representaba la prohibición. Este es el efecto que producen las autorizaciones, licencias o permisos de policía (Garrido Falla).

No obstante que se utilizan, por lo general, con un sentido y alcance unívoco, doctrinalmente se han señalado las diferencias que existen entre la autorización y el permiso o licencia de policía.

En efecto, mientras que la autorización otorga una facultad de obrar, dentro de una esfera determinada, que incluso puede hacerse valer frente a los demás administrados, el permiso se da como una exención especial respecto de una prohibición general, tolerándose la realización de algo determinado, siendo oponible sólo respecto de la administración que lo otorga.

Tanto la autorización como el permiso se conceden en el interés particular de quienes lo solicitan, pero en la autorización existe una coincidencia más amplia de ese interés privado con el interés general que en el permiso, el cual es, por ello mismo, más circunscrito, específico y concreto (Diez).

La autorización de policía no concede a quien se beneficia con ella ningún derecho nuevo o diferente, que a éste no le correspondiera, sino que permite su ejercicio conforme al interés público, removiendo los obstáculos que pudieran oponerse a ello. Por eso, se ha dicho que la autorización no crea derechos, sino que influye en su ejercicio, asegurando su eficacia (Villar Palasí).

Si bien se ha reconocido que la autoridad de policía carece de poderes arbitrarios para conceder o denegar una autorización o un permiso, lo cual es coherente con su carácter de actividad administrativa subordinada, se ha discutido, en cambio, la amplitud y el alcance de ese poder de apreciación. Para algunos, en efecto, se debe constreñir a determinar si se dan, en la forma debida, las circunstancias que reglamentariamente se hayan previsto o resulten necesarias para el otorgamiento de la autorización, verificando su concurrencia; mientras que para otros, con criterio más amplio, esa apreciación aparece como de tipo discrecional, librada a la valoración administrativa. Esta diferenciación tiene especial importancia, por cuanto de aceptarse el primero de esos temperamentos, debe concluirse necesariamente que los interesados tienen un verdadero derecho subjetivo a la autorización, cosa que no ocurre si se sigue el otro, ya que entonces los particulares no podrán nunca aducir una pretensión fundada en un derecho subjetivo exigible.

No existe acuerdo, tampoco, respecto de si una autorización ya otorgada puede ser transmitida por su titular a otro administrado. Predomina la opinión de que se trata de una cuestión circunstancial y de apreciación concreta en cada supuesto, puesto que salvo el caso de las autorizaciones otorgadas *intuitu personae*, que no son transmisibles, las restantes pueden llegar a serlo, en cuanto estén incorporadas a la actividad del sujeto titular, y ésta, a su vez, sea también transmisible.

En materia de extinción de las autorizaciones y permisos, finalmente, deben aplicarse los principios que se explicitan en el capítulo referido a la actividad administrativa de coacción, respecto de la extinción de los actos administrativos, ya que tanto unas como otros constituyen actos de esa naturaleza, además de aquellas que siendo propias de cada instituto, estén previstas normativamente, como ocurre, por ejemplo, con la falta de utilización de la autorización o del permiso durante un plazo determinado, que priva de razón de ser a su útil existencia.

13.2 Los medios ejecutivos o de coacción

Los medios ejecutivos o coactivos, por medio de los cuales la policía logra su cometido, no son otra cosa que la ejecución forzosa o de oficio que es llevada a cabo para que las normas de policía se cumplan, y para que el orden público se mantenga efectivamente.

Es una actividad material, casi siempre agresiva de la libertad y de los derechos de los particulares, y que por ello mismo debe estar fundada en el ordenamiento normativo y sustentada por él. Los actos materiales de ejecución y coacción, en consecuencia, deben estar encuadrados en normas legales que los autoricen, o les den cabida, y llevarse a cabo, además, con arreglo al principio de razonabilidad. Si así no fuera, no sólo podrían ser atacados por ilegítimos, sino que además generarían responsabilidad, por los daños causados indebida o innecesariamente a los particulares.

La aceptación de un principio diferente, como se ha señalado con acierto, podría conducir a una intolerable situación de servidumbre de los particulares, que no es admisible ni siquiera en casos de excepción, urgencia o necesidad, ya que la ley y, en su consecuencia, los reglamentos, pueden prever tales posibilidades, asignando, dentro del marco constitucional, los poderes, atribuciones y facultades necesarios para solucionarlos adecuadamente.

Dentro de los actos materiales de policía, se distinguen los de vigilancia u observación, que sirven a la verificación de la conducta de los particulares, a fin de precisar si se mantienen dentro de los límites normativos previstos para cada actividad, y para precisar, igualmente, las conductas antijurídicas en que puedan haber incurrido, con el propósito de evitar que prosigan o impedir sus consecuencias dañosas. La actividad de vigilancia u observación es cumplida, generalmente, de manera unilateral por los órganos policiales, lo que no obsta a que también se produzca, en ciertos casos, una acción concurrente de los particulares, ya sea para facilitarla o completarla.

La actividad coactiva, propiamente dicha, comprende la coacción directa y la ejecución por coacción, también llamadas ejecución forzosa y ejecución inmediata, respectivamente (Merkl).

La coacción directa, por lo general, supone una orden preexistente, que es ejecutada forzadamente por la autoridad policial, porque el particular se resiste a cumplirla voluntariamente.

La ejecución por coacción, en cambio, no exige la preexistencia de una orden de policía, sino que se apoya inmediatamente en una norma jurídica que la condiciona, y da lugar a un procedimiento reglado, respecto de quien no cumple la norma que debe imponerse.

Si bien en ambas formas de la actividad coactiva se presenta, como nota común, el empleo de la fuerza, en la primera la falta de acatamiento origina su aplicación directa, sin intermediación alguna; en la segunda, al contrario, se adopta un procedimiento reglado normativamente, que excluye la decisión discrecional de la autoridad policial.

La actividad sancionatoria de policía, finalmente, sobre cuya importancia no es necesario insistir, será objeto de un detenido examen en los parágrafos finales de este mismo capítulo, lugar al cual nos remitimos.

14. Clasificación de la policía

La policía –entendido el concepto en su sentido más amplio- ha sido objeto de diversas clasificaciones, que interesan más que nada desde el punto de vista didáctico, pues no presentan un real valor científico.

Conviene recordar, entre las más importantes, las siguientes:

14.1 Por la jurisdicción

Esta clasificación atiende, exclusivamente, al ámbito jurídico-espacial en que actúa la policía, y responde, por tanto, a la organización institucional adoptada en cada

país, siendo diferente, por ejemplo, en un país federal que en un país de tipo unitario. Es por ello, una clasificación que sólo tiene un valor relativo.

Entre nosotros, y en este sentido, la policía puede ser nacional, provincial o municipal.

Policía nacional es la que actúa en el ámbito jurídico-espacial asignado por la Constitución nacional a la Nación, al gobierno federal, resultando de los poderes delegados por las provincias a la Nación, por lo que puede considerarse como especial o particular.

Policía provincial es la que actúa en el ámbito jurídico-espacial correspondiente a las provincias, y que éstas han conservado, siendo el ámbito originario y común de la policía, ya que a ella le corresponde todo lo que en esta materia no haya sido atribuido a la Nación.

Policía municipal, finalmente, es la que actúa en el ámbito jurídico-espacial correspondiente a las municipalidades creadas y organizadas por las provincias, conforme a sus respectivas leyes orgánicas, y en el de la Capital Federal de la Nación, según lo establecido por el Congreso nacional.

Actualmente, con la reforma de la Constitución nacional, fue consagrada la autonomía municipal y, también, se le reconoció autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, circunstancias que tiene importantes consecuencias en la materia. Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo sobre la articulación de los ordenamientos nacional, provincial y municipal.

Estas policías, así consideradas, pueden actuar en forma exclusiva y excluyente, o bien de manera concurrente.

14.2 Por sus fines

Atendiendo a sus fines o finalidades, se distinguen la policía judicial y la policía administrativa, conceptos que han quedado explicados antes.

Se puede citar, dentro de esta clasificación, la existencia de una llamada "policía de gestión", que sería aquella que vincula y atiende el buen funcionamiento de los servicios públicos (Teissier).

De cualquier manera, se entiende que no obstante algunas particularidades señaladas por los partidarios de esta forma de policía, ella se integra dentro del concepto, más vasto, de la policía administrativa.

14.3 Por la materia sobre la cual versa

Es, tal vez, la clasificación más amplia y variable entre todas las propuestas, ya que tiene en consideración los bienes o valores jurídicos que son objeto de su actividad.

Se diferencian así, a veces por sutiles distingos, la policía de seguridad, de prensa o imprenta, de culto, de la propiedad, de salubridad e higiene, de trabajo, industria y comercio, de moralidad y costumbres, de las comunicaciones, etc.

14.4 Por las formas de actividad.

Teniendo en cuenta las formas o medios de su actividad, la policía ha sido dividida en policía preventiva o de prevención, y policía represiva o de represión.

Es preventiva la policía que procura evitar la violación del orden público o su perturbación, actuando mediante la amenaza de la aplicación de la coacción de que es titular, o por medios que impliquen su aplicación directa.

Es policía represiva, en cambio, aquella que una vez ocurrida la violación o la perturbación del orden público, actúa mediante la efectiva imposición de la coacción, reprimiendo y sancionando a los autores responsables de la alteración. Hay, pues, una actualización de la coacción.

Se ha señalado que la prevención y represión constituyen dos momentos de una misma actividad policial, lo que indicaría que no se trata de dos modalidades distintas y separadas.

No obstante, es indudable que ambos momentos existen, al menos conceptualmente, y que guardan relación entre sí, ya que si la prevención es cumplida eficazmente, hace innecesaria la represión, que sólo pretende, a su vez, la restauración del orden jurídico afectado por la violación o perturbación del orden público.

14.5 Por el objeto de la coacción

Considerando el objeto de la actividad de coacción, se diferencia la policía personal de la policía real o material.

La primera es aquella que atiende a la defensa y mantenimiento del orden público, contra las alteraciones o perturbaciones que puedan resultar de los seres humanos; la segunda, por su parte, tiene en cuenta los peligros que para ese orden público puedan resultar de las cosas, en su sentido más amplio, como ciertos fenómenos naturales, etc. (Merkl).

Esta clasificación no reviste importancia práctica, ni está suficientemente fundada.

El cuadro siguiente resume lo dicho:

- POLICÍA
  - CLASIFICACIÓN
    - Por la jurisdicción
      - Nacional
      - Provincial
      - Municipal
    - Por sus fines
      - Judicial
      - Administrativa
        - Seguridad
        - Prensa o imprenta
        - Culto
        - Propiedad
        - Salubridad e higiene

Por la materia	Trabajo, industria y comercio Moralidad y costumbre Comunicaciones Reunión Edificios Inmigración Natalidad Registral Libertad, etc.
Por las formas de actividad	Preventiva o de prevención Represiva o de represión
Por el objeto de la coacción	Personal Real o material

15. Ámbito jurídico-espacial de la policía de nuestro país

Es sabido que dentro de la organización institucional establecida por nuestra Constitución nacional, las provincias conservan todo el poder que no han delegado al gobierno federal, tal como lo establece el art. 104 de nuestra carta fundamental (actualmente artículo 121).

Esta disposición constitucional es de gran trascendencia para comprender, en todo su sentido y alcance, el mecanismo adoptado por nuestra Carta magna al establecer las autoridades federales. En efecto, los poderes básicos, los originarios, son los que corresponden a las provincias, y han sido ellas, las que al concurrir a constituir el gobierno federal, se han desprendido de una parte de sus atribuciones y se las han conferido a la Nación, ya sea en forma exclusiva y excluyente, ya sea en forma concurrente, para que ésta las ejerza en pro del bienestar y prosperidad de todos.

Estos conceptos y bases constitucionales son también aplicables, como no podía ser menos, al poder de policía y a todo lo que se refiere, en general, con la policía.

De tal modo, y por principio, el poder de policía y las atribuciones y facultades de policía, pertenecen a las provincias, ya que constituyen una facultad que éstas no han delegado total y expresamente a la Nación y que, por tanto, se han reservado.

En consecuencia, el poder de policía y las atribuciones y facultades de policía sólo corresponden a la Nación cuando ésta ejerce atribuciones que le han sido conferidas por la Constitución nacional, expresa o implícitamente, o cuando el ejercicio

de idénticas funciones por las provincias resulta incompatible con un igual ejercicio de funciones conferidas a la Nación[136].

No se debe olvidar que si la Constitución nacional ha establecido el gobierno federal, su existencia como tal impone necesariamente que este gobierno tenga el ejercicio de la policía, en cuanto le es indispensable para llevar adelante el cometido que le ha sido asignado por la propia Constitución.

Surge de lo dicho que el poder y las atribuciones y facultades de policía pueden corresponder, según los casos, al gobierno federal o a las provincias, de manera exclusiva y excluyente, pudiendo suceder, también, que las potestades del gobierno central y las de las provincias, sean concurrentes, por existir una identidad de propósitos y finalidades y resultar ese ejercicio concurrente procedente y aun conveniente.

La determinación de una u otra de esas situaciones, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la distribución de poderes y atribuciones que resulta de la Constitución nacional y de la finalidad de bienestar general perseguida, en definitiva, por ésta.

Dentro de esta tónica, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que las provincias no pueden ejercer las facultades a que se refiere el art. 108 de la Constitución nacional (actualmente artículo 126), pero conservan todas las demás que son inherentes a su plena capacidad de gobierno y administración, sin otras limitaciones que las establecidas expresamente por la misma Constitución, o que sean consecuencia necesaria de la delegación de poderes hecha al gobierno federal[137].

El mismo alto tribunal ha señalado, asimismo, que pueden existir, en esta y en otras materias, concurrencia de poderes y facultades entre el gobierno federal y el de las provincias, no obstante lo cual, en caso de duda, debe estarse a la prevalencia de los poderes de la Nación, por sobre los de las provincias[138].

Según se desprende de la jurisprudencia más reciente, caso "Boto"[139], en los conflictos suscitados por el ejercicio de facultades concurrentes entre el Estado Nacional y los Estados locales deben prevalecer las primeras si la aplicación de las segundas interfieren con los objetivos de la normativa nacional, siendo ésta una manifestación del desplazamiento del poder hacia el centro del Estado Federal (Gelli). En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; sin que ello implique subordinación de los estados provinciales al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general[140].

Las existencia de poderes concurrentes resulta de lo establecido, respecto del gobierno federal, en el art. 67, inc. 16, de la Constitución nacional (actualmente artículo 75, inciso 18), y respecto de las provincias en su art. 107 (actualmente artículo 125), pudiendo reconocerse, no obstante, una tendencia del gobierno federal a ampliar sus atribuciones en virtud de lo preceptuado por el art. 67, inc. 12, (actualmente artículo 75, inciso 13) que se

[136] CSJN, 06/05/1942, "S.A. Laboratorios Suarry", Fallos, 192:234; CSJN, 1957, "Giménez Vargas Hnos., Soc. Com. e Ind. c/ Prov. de Mendoza", Fallos: 239:343.
[137] CSJN, 1869, "Empresa Plaza de Toros c/ Gobierno de Bs. As.", Fallos: 7:150.
[138] CSJN, 1957, "Giménez Vargas Hnos., Soc. Com. e Ind. c/ Prov. de Mendoza", Fallos: 239:343.
[139] CSJN, 06/05/1997. "Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros", Fallos: 320:786.
[140] CSJN, 18/11/1999, "Líneas de Transmisión del Litoral, S.A. (LITSA) c/ Corrientes, Provincia de", Fallos: 322:2862.

refiere a las facultades del Congreso nacional para arreglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí[141].

La reforma constitucional de 1994 ha consagrado en forma expresa la existencia de facultades concurrentes. Así, en el artículo 41 en materia de protección del medio ambiente, en tanto atribuye a la Nación competencia para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales, flexibiliza la cláusula de los códigos del artículo 75, inciso 12; y el artículo 125, último párrafo, que replica las atribuciones previstas para la Nación en el artículo 75, inciso 18, respecto del poder de policía de bienestar (Gelli).

En materia ambiental se hace necesario aplicar el denominado *federalismo cooperativo*, más allá del arrastre que, tras de sí, genera, en los hechos, la legislación nacional en perjuicio de las jurisdicciones locales, visible, por ejemplo, según se ha puntualizado, en el principio de *congruencia* instrumentado por la ley nacional 25.675 en virtud del cual la legislación provincial y municipal se debe adecuar en la materia a los principios y normas que ella determina (Gelli).

En concreto, nuestra Constitución nacional ha efectuado una razonable y correcta distribución de poderes y facultades entre el gobierno federal, creado por las provincias, y éstas mismas, conservando las provincias todo lo que no han delegado al gobierno central. Las atribuciones de la Nación son, por consecuencia, excepcionales, frente al poder general y originario de las provincias, pero en cuanto existen aquellas atribuciones se extienden a todo lo que es necesario para su exacto y eficaz ejercicio, incluyendo lo que es atinente al ejercicio del poder de policía y a las atribuciones de policía, en general, sin los cuales su aplicación no podría tener lugar.

16. Las sanciones administrativas

La existencia de la administración pública y el cumplimiento de su cometido, no serían posibles si aquélla no poseyera, por imperio de la ley, la facultad de imponer determinadas clases de sanciones a los administrados que no cumplan los preceptos administrativos vigentes, las órdenes o disposiciones que dicten las autoridades administrativas.

Ese poder sancionador, esa facultad de reprimir, es inherente y esencial para la existencia de la actividad administrativa, ya que ésta exige que el régimen o la regulación adoptada se impongan y se observen coactivamente, con independencia de la voluntad de los administrados, o aun contra esa misma voluntad.

Esta conclusión se hace más evidente aún en el cumplimiento de la actividad de policía que corresponde a la administración pública, y es así como la observancia y la preeminencia de esa actividad y de las normas jurídicas consecuentemente dictadas, se logra por medio de las sanciones administrativas.

Cabe distinguir, no obstante, la ejecución directa o por coacción de la actividad sancionatoria, ya que si la primera pretende el cumplimiento efectivo de aquello a lo que está obligado el administrado, sin tener en cuenta su voluntad para ello, la segunda, que se manifiesta mediante la imposición de las sanciones administrativas, se basa en la circunstancia de que el administrado no ha cumplido ni cumplirá su obligación, siendo

[141] CSJN, 1957, "Giménez Vargas Hnos., Soc. Com. e Ind. c/ Prov. de Mendoza" Fallos: 239:343; CSJN, 1962, "Acuña Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Prov. de Santiago del Estero", Fallos: 252: 39; CSJN, 1921, "Saenz Valiente, Samuel c/ Provincia de Corrientes", Fallos: 134:401; CSJN, 1944, "Pedro Inchauspe Hermanos, c/ Junta Nacional de Carnes", Fallos: 199:483; CSJN, 1963, "Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Mendoza", Fallos: 257:159.

ese incumplimiento, precisamente, el que da origen a la sanción, según lo previsto por la ley.

La sanción administrativa resulta de un acto administrativo expreso, que contiene un juicio de valoración jurídica y una decisión legal, acto al cual se denomina "acto punitivo", y también, por algunos autores, "acto jurisdiccional punitivo", que constituye una modalidad específica de la actividad administrativa, resultante de la potestad represiva del Estado, expresada en las normas jurídicas que la prevén, y que son sustento necesario del acto administrativo sancionatorio.

Una tendencia actual, en el sentido de ampliar las facultades sancionatorias de la administración, sólo resulta admisible si ese poder surge de la ley y es otorgado por ella, sin vulnerar garantías o preceptos constitucionales. En cambio, no es aceptable que sea la misma administración, por sus propios medios, la que aumente o altere las facultades punitivas que le fueron otorgadas por la ley. Mucho más reprochable es el hecho de que la administración ejerza actos punitivos, en ausencia de una ley formal que concurra a concedérselos.

Sobre tales bases aparecen, por un lado, la contravención o falta administrativa, y por el otro la sanción contravencional o penal administrativa, que es su consecuencia jurídica.

16.1 Aplicación de las sanciones administrativas

Las sanciones administrativas son impuestas, salvo raras excepciones, por las autoridades u órganos administrativos a los cuales se les ha otorgado competencia para aplicarlas, ya sea que compongan la administración activa, o bien que integren la administración jurisdiccional, o una administración particular, especialmente establecida para ello.

Se ha sostenido, pacíficamente, que la misma jurisdicción a la cual corresponde constitucionalmente el ejercicio del poder o la actividad de policía que ha sido asegurado mediante la imposición de una sanción administrativa, le corresponde también la atribución de imponer tal sanción. Dichas jurisdicciones podrán ser la nacional o federal, o la provincial o local, teniendo importancia, en este último ámbito, la que corresponde a las municipalidades, en las cuestiones que son de su incumbencia, por ejemplo moralidad pública, tránsito urbano, sanidad e higiene, etc.

Si la sanción que se debe aplicar sólo afecta derechos de sustancia administrativa, basta para ello el propio procedimiento administrativo, tal como esté estructurado, pero si llegare a afectar derechos individuales, como los de libertad y propiedad, se habrá de requerir, por lo menos en algún grado, la intervención de la autoridad judicial, es decir, el Poder Judicial, en salvaguarda de la integridad de tales derechos, sustentados por la Constitución nacional, correspondiendo el planteamiento, incluso, del recurso extraordinario, en los supuestos en que éste resulte admisible[142].

De cualquier manera, la aplicación de las sanciones administrativas exigirá, como condición ineludible, que se haya sustanciado un procedimiento en el cual se hayan observado las reglas del debido proceso adjetivo, las cuales implican para el

[142] CSJN, 1941, "Parry, Adolfo E.", Fallos: 193:408; CSJN, 03/05/1965, "Raúl Héctor García c/ Provincia de Santa Fe", Fallos: 261:361; CSJN, 1971, "Bunge y Born S.A.C.I. y F.", Fallos: 277: 474.

afectado por tal procedimiento, el cumplimiento de los siguientes recaudos generales: 1) la notificación al administrado afectado del carácter o fines del procedimiento entablado; 2) la oportunidad de preparar su alegación y defensa, lo que incluye el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; 3) el derecho a ser oído, y la oportunidad de presentar sus argumentos, y de ofrecer y producir las pruebas que sean procedentes; 4) el derecho a hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos u otras personas calificadas; 5) la notificación adecuada de la decisión que dicte la administración y de los motivos en que ella se funde; y 6) el derecho de recurrir la decisión adoptada, ya sea ante una autoridad administrativa distinta, generalmente superior, ya sea ante un tribunal de justicia, o ante ambos sucesivamente o a su opción[143].

Corresponde puntualizar que desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido legitimidad al otorgamiento de potestades sancionatorias a diversos órganos administrativos (v.gr. Policía Federal; Justicia Municipal de Faltas de la ex Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires; Administración Nacional de Aduanas; funcionarios policiales provinciales) siempre que quede garantizada la posibilidad de control judicial suficiente, al que sin perjuicio de considerarlo, en principio, siempre procedente y necesitado, al menos, de una instancia judicial (no satisfecha con la mera posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal), lo sujetó, sin embargo, en su configuración concreta, a las modalidades propias de cada situación jurídica (entre otros pronunciamientos los dictados en "Madala"[144]; "Derna"[145]; "Salort"[146]; "Schuster"[147]; "Di Salvo"[148]; "Castillo"[149]). Así, por ejemplo, mientras en un caso el Alto Tribunal decidió que ese control no existe si la sanción impuesta por el órgano administrativo es de inmediata ejecución y el recurso ante el Poder Judicial es al solo efecto devolutivo y en relación[150], en otro resolvió que en los procedimientos por faltas y contravenciones se cumple con la garantía de la defensa y la obligación elemental en ella implícita de contar con asistencia profesional, si quien está sometido a enjuiciamiento puede contar, al menos ante los tribunales de justicia, con esa asistencia[151].

Cabe, asimismo, recordar la gravitación atribuible en esta materia a los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el artículo 75, inciso 22, de la Carta Fundamental, que regulan aspectos vinculados con las garantías procesales y penales. En este sentido, es importante consignar que el Pacto de San José de Costa Rica impone, para el orden penal, la instancia plural (art. 8º, inciso 2, h) y que la Corte Suprema, ante la creación en el ámbito nacional de la Cámara de Casación, por un lado, y la instrumentación por la ley 23.774 del *writ of certioriari* negativo, por el otro, que le permite desechar discrecionalmente el conocimiento de ciertas causas, declaró inconstitucional el artículo 459, inciso 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto vedaba al imputado la admisibilidad del recurso de casación contra sentencias penales en razón del monto de la pena (Sagüés).

16.2 Derecho penal y derecho penal administrativo

La existencia, por un lado, de los delitos *stricto sensu*, y, por el otro, de las faltas o contravenciones y de las sanciones o penas administrativas previstas para reprimirlas, ha dado lugar a que los esfuerzos hechos para la sistematización de estas últimas,

[143] CSJN, 1944, "Bava, Agustín G. L.", Fallos: 199: 432.
[144] CSJN, 1983, "Madala, Adolfo Daniel", Fallos: 305:129.
[145] CSJN, 1986, "Derna, Graciela Mabel ", Fallos: 308:2133.
[146] CSJN, 1986, "Salort, María Cristina", Fallos: 308:2236.
[147] CSJN, 27/10/1987, "Casa Enrique Schuster S.A.I.C. c/ Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 310:2159.
[148] CSJN, 24/03/1988, "Di Salvo, Octavio s/ hábeas corpus", Fallos: 311:334.
[149] CSJN, 11/07/1996, "Castillo, Antonio María y otros p. ss.aa. de infracción art. 10 inc. b. ley 6393", Fallos: 319:1210.
[150] CSJN, 1972, "Dumit, Carlos José c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura", Fallos: 284:150
[151] CSJN, "Castillo", cit.

originaran el planteamiento de la existencia de una rama diferenciada del derecho, que es el derecho penal administrativo, el cual ha sido conceptualizado como la disciplina del poder represivo de la administración pública ante la antijuricidad que afecte los deberes impuestos hacia ella (Fiorini).

Si bien la doctrina, en su generalidad, coincide con ese criterio, la discusión aparece cuando se trata de precisar si el derecho penal administrativo es una disciplina autónoma, con todo lo que ello implica, o si constituye, en cambio, tan sólo un recuadro dentro del derecho penal clásico, un derecho penal especial.

La distinción tiene importancia, porque, en el primer caso, el derecho penal administrativo constituirá un todo diferenciado, que resolvería sus problemas y sus casos conforme a sus principios, y sin recurrencia alguna a los que son propios del derecho penal; mientras que en el segundo, esa recurrencia sería ineludible, en todo aquello que el derecho penal administrativo no haya expresamente previsto y resuelto.

Esta cuestión no puede considerarse aún como definitivamente resuelta, pero de cualquier manera no debe dejar de reconocerse que esa manifestación de la actividad administrativa que se trasunta en la existencia de actos administrativos punitivos, si bien está influida y asentada en bases que son, más que del derecho penal clásico, de nuestro ordenamiento constitucional, aparece también sustentada, en su especialidad, por principios y sistemas del derecho administrativo, que igualmente deben ser tenidos en cuenta. La influencia de una terminología adecuada es asimismo importante en la dilucidación de esta situación, por lo cual sería preferible utilizar las expresiones "contravención" o "falta administrativa" y "sanción administrativa", en vez de otras que señalan una referencia más directa entre el derecho penal y derecho penal administrativo.

Los orígenes del derecho penal administrativo se vinculan con la existencia de las simples faltas de policía y con la actividad policial, inicialmente de jurisdicción local o municipal, pero que posteriormente, con la ampliación de los cometidos estatales, ha llegado a ser también de jurisdicción federal[152].

La singularidad del derecho penal administrativo se funda en la especificidad de los bienes jurídicos protegidos y en la naturaleza del órgano que impone las sanciones con que se reprimen las faltas o contravenciones administrativas. De manera particular, lo que se atiende y protege es la actividad de la administración pública, como gestora del interés público, y no los bienes o derechos que son objeto o medios instrumentales de esa actividad. Es por ello que el derecho penal administrativo toma a los administrados no como titulares de derechos exclusivos, sólo limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, sino como componentes e integrantes de una comunidad social, donde son copartícipes en los bienes que la administración pública dirige y gestiona (Goldschmidt).

En la órbita represiva administrativa, el principio de legalidad, resultante del art. 18 de la Constitución nacional, mantiene su vigencia, como no podía ser menos, de suerte que la determinación de la conducta antijurídica que dará lugar a la sanción, y la especificación de esta misma, nunca podrán quedar al arbitrio del poder administrador, sino que deben resultar de la ley.

El principio de la tipicidad, tan importante en el derecho penal como instrumento para la defensa de la libertad individual, si bien se conserva, no mantiene totalmente su

[152] CSJN, 1929, "Banco de la Nación Argentina c/ Herrera de Arredondo, María Luisa y otro", Fallos: 154:208; CSJN, 1942, "Lotería de Beneficencia Nac.", Fallos: 193:517.

rigor, ya que en este campo no interesa tanto la estricta descripción formal de la infracción, como la concepción excluyente de lo que dará lugar a la incriminación.

La prohibición de la analogía, cuya aceptación llevaría a una indebida e incontrolada configuración de infracciones, y la no retroactividad de las normas incriminatorias, fundadas también en preceptos y principios constitucionales, tienen directa aplicación en el campo sancionatorio administrativo, al igual que la aplicación de la norma más benigna y el principio "*non bis in idem*·", con el mismo valor y extensión que en el derecho penal común.

Otros aspectos de importancia serán considerados al tratar de las faltas o contravenciones, y de los elementos que concurren a configurarlas, por lo que es innecesario adelantarlos en este parágrafo.

16.3 Las faltas administrativas o contravencionales.

Las faltas administrativas o contravencionales, también llamadas infracciones o transgresiones, consisten en una violación de una disposición de policía administrativa (Fiorini), o más concretamente, en una situación de hecho en cuya virtud una persona aparece en contradicción con lo dispuesto en una norma de policía (Marienhoff).

Puede también sostenerse que la falta administrativa o contravención es toda acción u omisión imputable a un administrado, que constituye una violación o trasgresión de una norma de policía, y que es, por tanto, antijurídica, que será reprimida mediante la aplicación de una sanción o pena administrativa.

Las faltas administrativas o contravenciones no deben ser confundidas con las faltas disciplinarias administrativas, ya que éstas sólo resultan de las relaciones que surgen del contrato administrativo de función o empleo públicos, y se vinculan con la violación de los deberes funcionales que los agentes públicos, en su carácter de tales, deben observar y cumplir.

Ver lo expuesto *infra*.

Pero si esta diferenciación es sencilla, la que existe entre el delito, *stricto sensu*, y las contravenciones, no aparece tan clara ni ha podido ser convincentemente fundada, no obstante que es indudable que delito y contravención son, verdaderamente, cosas diferentes.

Algunos autores, en efecto, se han adherido a una posición subjetiva, diferenciando una y otra categoría jurídica atendiendo a la naturaleza del órgano que impone o aplica la represión, de modo que si ese órgano integra el Poder Judicial se estará frente a un delito, mientras que si es administrativo se estará ante una falta administrativa o contravención.

Para otra parte la doctrina, el distingo entre delito y contravención resulta de la consideración de cuál es el sujeto pasivo de la acción antijurídica. En el delito, el sujeto pasivo inmediato es el titular del derecho afectado por la acción reprimida legalmente, que puede ser, incluso, la propia administración pública, mientras que la sociedad, la comunidad, sólo aparece afectada de modo mediato. En la contravención, al contrario, el sujeto pasivo es sólo la comunidad, perjudicada de manera inmediata por la acción violatoria de una norma de policía, acción que no agrede, en cambio, a nadie en particular.

También se ha sostenido, con cierto fundamento constitucional, que los delitos son las infracciones previstas de modo general para toda la Nación, mientras que las contravenciones son infracciones de orden puramente local; o que los delitos se caracterizan por ser de mayor gravedad que las contravenciones, por lo que la sanción es también mayor en los primeros que en las segundas.

Todos estos criterios, como fácilmente se advierte, no son satisfactorios, pues no alcanzan a explicar cuál es la razón esencial por la cual ciertas acciones son reprimidas como delitos, mientras que otras lo son como meras faltas administrativas o contravenciones.

Sebastián Soler, con mucho acierto, expresó que la diferencia entre delito y contravención sólo debe buscarse en la ilicitud intrínseca y la peligrosidad de las acciones que son incriminadas jurídicamente de una u otra manera, criterio que además tiene la ventaja de adecuarse a las variaciones de tiempo y lugar que son advertidas en cuanto a la calificación y tipificación de ambas.

Partiendo de esta idea, pensamos que debe aceptarse que el delito y la contravención, que desde el punto de vista estructural guardan entre sí grandes semejanzas, no son sino la expresión de una diferente reacción jurídico-social frente a conductas que aparecen como antijurídicas y pasibles de punición, de las cuales algunas, que se consideran especialmente graves y peligrosas, son configuradas como delitos, mientras que otras, de menor entidad son calificadas como simples contravenciones.

Será, pues, la ley -como expresión de la conciencia jurídica en un lugar y en un momento dados- la que determinará qué conductas configuran delitos y cuáles contravenciones, lo cual reafirma aquella semejanza estructural, a que nos hemos referido en el párrafo anterior.

16.4 Configuración de las contravenciones

Si bien se sostuvieron en el pasado sistemas dispares, en la actualidad ya no se discute que la configuración de las contravenciones y de las sanciones que habrán de corresponder a quienes las cometan, no puede resultar sino de una ley formal anterior al hecho de que se trate, conforme con el dogma "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", reconocido por nuestra Constitución nacional (Villegas Basavilbaso-Fiorini-Marienhoff).

En consecuencia, las autoridades administrativas, cualquiera que sea su clase y jerarquía, ya sean nacionales o provinciales, carecen de la posibilidad de crear figuras contravencionales y prever su sanción, todo lo cual corresponde, exclusivamente, al legislador. A las autoridades administrativas, dentro de lo que les es propio, sólo les cabrá la reglamentación de esas leyes para su ejecución o cumplimiento, sin que puedan por esa vía alterar o contradecir su espíritu.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1957, estableció definitivamente esta doctrina, en la causa "Mouviel, Raúl Oscar, y otros; sobre desórdenes"[153], después de un extenso y meduloso dictamen del entonces procurador general de la Nación, Dr. Sebastián Soler.

[153] CSJN, 1957, "Mouviel, Raúl Oscar, y otros; sobre desórdenes", Fallos: 237:636.

Dijo entonces el alto tribunal: "Esta Corte ha establecido también en causas que versaban sobre materias análogas, que es una de las más preciosas garantías consagradas por la Constitución, la de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso[154]; que toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas, ni el Poder Judicial aplicarlas, si falta la ley que las establezca[155]; y que la configuración de un delito, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a las esencia del Poder Legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas". "De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta, por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención, para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18). Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido (art. 86, inc. 2)[156].

Sobre tales y otras bases, la Corte Suprema concluía que el régimen contravencional debe tener carácter legislativo y emanar, por ende, del Congreso nacional como legislatura local para la Capital y Territorios Nacionales, y de las legislaturas provinciales para sus respectivas jurisdicciones, sin lo cual carecerían de validez constitucional[157].

Ésta es la sana y correcta doctrina, que surge de nuestra Constitución nacional y debe ser respetada por las autoridades administrativas, y aplicadas por los tribunales de justicia.

16.5 Elementos componentes de la contravención

De manera similar a lo que ocurre con el delito, se han señalado como elementos componentes de la contravención, los siguientes: 1) un sujeto activo; 2) un sujeto pasivo; 3) una acción; 4) su antijuricidad; 5) la culpabilidad del sujeto activo.

16.5.1 Sujeto activo

Puede ser sujeto activo de una contravención tanto una persona de existencia visible como una persona jurídica, lo cual señala una diferencia entre la falta disciplinaria y el delito, ya que la sanción penal, en su conjunto, sólo puede aplicarse a las personas físicas, puesto que a una persona jurídica sólo podrían imponérseles aquellas penas que sean compatibles con su condición de tales.

[154] CSJN, 1922, "Jensen, Carlos c/ Provincia de Mendoza", Fallos: 136:200.
[155] CSJN, 1937, "Escudero, Manuel (Suc.) c/ Obras Sanitarias de la Nación", Fallos: 178:355.
[156] CSJN, 1941, "Cimadamore, Esio Bruno", Fallos: 191:245.
[157] CSJN, 1957, "Mouviel, Raúl Oscar, y otros", Fallos: 237:636.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido favorable en general a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas[158] con arreglo a las particularidades propias de las leyes especiales que la contemplen. La flexibilización de los principios clásicos del derecho penal común, se muestran, pues, en esta materia, como una consecuencia, entre otras, de los cambios operados en la concepción del papel del Estado, que ven en éste un instrumento transformador (Oyhanarte).

Una persona plenamente capaz, como es obvio, puede ser responsable de cualquier tipo de contravenciones, mientras que la aptitud de los incapaces para ser sujetos activos de faltas administrativas dependerá de si la comisión de la contravención requiere o no voluntariedad en el autor de la acción sancionada. Si la falta administrativa exige voluntariedad, es menester, para que la sanción proceda, que el sujeto activo tenga capacidad suficiente como para ser imputable, teniéndose en cuenta lo que al respecto disponga la legislación de fondo, en especial el Código Civil.

Por ello, el incapaz de hecho no podrá ser responsabilizado por la comisión de contravenciones de esa clase, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar, según el caso, conforme a las normas del derecho de fondo.

16.5.2 Sujeto pasivo

Como ya se ha dicho, el sujeto pasivo en materia contravencional es la sociedad o comunidad, como tal, afectada directamente por la violencia o trasgresión a la norma de policía legalmente establecida.

16.5.3 La acción

Para que la contravención se configure, es preciso que se produzca la acción cuya existencia ha sido prevista en la norma de policía, que asocia a ella, como resultado necesario, la imposición de la sanción prevista.

En el régimen contravencional, al igual que en el derecho penal, la acción es por lo común un hecho o acto humano, pero las contravenciones también pueden resultar de hechos o actos que sean imputables a personas jurídicas o de existencia ideal, las cuales, en consecuencia, si para la mayoría de la doctrina no pueden delinquir, pueden, y frecuentemente sucede, incurrir en faltas administrativas.

La acción debe ser siempre expresión o manifestación de la personalidad de quien la ejecuta, y, además, debe ser capaz de producir el resultado previsto como sancionable en la norma de policía, debiendo entenderse que ese resultado, más bien que físico debe ser jurídico.

La acción, como tal, puede consistir tanto en una acción, propiamente dicha, o en una omisión, es decir, en un hacer o en un no hacer o dejar de hacer.

16.5.4. La antijuridicidad

[158] CSJN, "Wlodavsky", LL 1978-431-A.

La antijuridicidad consiste en la relación de contradicción que existe entre la acción cometida por el sujeto activo y la norma de policía que la prevé, la describe y asocia a ella la imposición de una sanción contravencional determinada.

Se trata, en consecuencia, del resultado de un juicio de valoración jurídica, que da lugar a que una acción sólo pueda ser considerada como contravención, cuando aparece como transgrediendo la norma de policía, o sea, cuando es antijurídica, resultado respecto del cual juegan las llamadas causas de justificación.

16.5.5 La culpabilidad

La culpabilidad consiste en la determinación de si un sujeto, que tiene capacidad para ser culpable, la ha puesto en juego en el momento de cometer la acción que le es reprochada. Es, pues, una situación psicológica del sujeto que resuelve ejecutar la acción, a pesar de que sabe o debe saber su antijuridicidad.

La culpabilidad comprende dos formas o modalidades de manifestación, que son el dolo y la culpa.

El dolo existe cuando en el momento de la acción, quien la ejecuta se representa el resultado reprochable, cierto o posible, de ella, a pesar de lo cual en primera o última instancia, igualmente quiere o acepta llevarla a cabo.

La culpa, en cambio, no es más que la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto, o que se confió en evitar, obrando en consecuencia (Fontán Balestra).

La culpabilidad, que puede resultar excluida por la existencia de causas de inculpabilidad, como el error, la ignorancia, la violencia moral o la coacción, es condición ineludible para la punibilidad, en el derecho penal: no hay pena sin culpabilidad.

La situación no es tan clara en la esfera contravencional, puesto que una parte importante de la doctrina sostiene que puede aplicarse una sanción de policía a quien no haya actuado ni dolosa ni culposamente (Marienhoff). Ello significa que la contravención se configuraría por la mera inobservancia de la norma de policía, dejando de lado toda referencia a la voluntariedad o culpa del infractor.

Se argumenta, al respecto, que de otro modo resultaría imposible la represión de gran parte de las contravenciones, con lo que la acción de policía perdería su eficacia, disminuyéndose la posibilidad de llegar a disciplinar a los administrados.

La aplicación de este criterio, no obstante, ha llevado a resultados que no siempre son beneficiosos, pues contradicen la real y plena vigencia del derecho en este campo, dando lugar a abusos, que en modo alguno pueden justificarse, por aquellos motivos.

Pensamos, por ello, que partiendo del hecho de que en todo sistema contravencional, además de sancionarse la existencia de un daño o perjuicio cierto, también se reprime la posibilidad, incluso no cumplida, de un daño potencial o indeterminado, bastaría con establecer la presunción *juris tantum* de la existencia de culpabilidad, introduciendo al mismo tiempo la amplia posibilidad de que el infractor pueda demostrar su inculpabilidad, mediante un procedimiento de conocimiento y decisión de las causas contravencionales que respete realmente la regla del debido

proceso adjetivo, quedando entonces excluida la aplicación de las sanciones o penas de policía.

Finalmente, y respecto del requisito de "tipicidad", que tanta gravitación tiene en el derecho penal moderno, ya se ha dicho que no mantiene ese mismo rango en la configuración de las contravenciones, pues respecto de éstas no interesa de manera tan estricta la enunciación formal de la acción que configura la infracción, sino la conceptualización de aquello que habrá de dar lugar a la incriminación, para escindirlo del común actuar del individuo.

16.6 Ámbito de las contravenciones

Así como el ejercicio del poder de policía y de la actividad de policía están distribuidos entre la Nación y las provincias, como ya hemos tenido ocasión de señalarlo, siendo por esencia de índole local, la facultad de crear y establecer contravenciones, como natural correlato de esos poderes, corresponde también a la Nación y a las provincias, en la misma medida y en los mismos casos en que les corresponde el ejercicio de aquellas atribuciones.

Se trata, en consecuencia, de una cuestión que se resuelve atendiendo a la distribución de poderes efectuada por la Constitución nacional, sobre la base de que todos los poderes no delegados por las provincias a la Nación, son poseídos por aquéllas, que pueden ejercerlos con arreglo a lo previsto en sus propias constituciones, las cuales, a su vez, deben ajustarse a la Carta fundamental de la Nación (arts. 31 y 106 de la Constitución nacional –ahora, artículo 123).

Queda así fijado el ámbito y los límites de la potestad de la Nación y de las provincias para legislar en materia contravencional, potestad que siendo originaria y propia de las provincias, la Nación sólo puede ejercer en todo aquello que le es necesario para el debido cumplimiento de las atribuciones que le han sido conferidas por la Constitución.

16.7 Clasificación de las contravenciones

En forma similar a lo que ocurre con los delitos, las contravenciones pueden ser calificadas atendiendo a ciertos aspectos o condiciones, a saber: el tiempo de la acción, la naturaleza del resultado requerido, y el carácter de la acción incriminada.

Considerando el tiempo de la acción en que consiste la contravención, éstas pueden dividirse en instantáneas, permanentes y continuas.

Son instantáneas las contravenciones cuya consumación tiene lugar en su solo momento, o sea, aquellas que se agotan al cumplirse la acción que las configura. Se cita, como ejemplo, el adelantarse en el tránsito a otro vehículo en un lugar prohibido (por ejemplo, en una curva).

Son permanentes, en cambio, las contravenciones que se consuman en un tiempo que el infractor puede prolongar voluntariamente, en forma tal que sea igualmente violatoria de la norma de policía transgredida en cada uno de los momentos de ese tiempo, en cualquiera de los cuales el infractor está consumando la contravención. Así

ocurre, por ejemplo, en el caso de un comerciante que mantiene abierto su local al público, más allá de la hora en que las normas de policía lo admiten.

Alguna parte de la doctrina distingue también la existencia de las llamadas contravenciones de efectos o resultados permanentes, que serían aquellas en que el efecto de la acción perdura, a veces indefinidamente, pero esta clasificación carece, en realidad, de verdadero interés jurídico.

Son continuadas, por último, las contravenciones en las que existe una serie de acciones idénticamente violatorias de la norma de policía, las cuales son ejecutadas con una misma unidad de resolución, vinculándose este concepto al de la unidad o pluralidad de acción de los delitos.

Teniendo en cuenta la naturaleza del resultado requerido, las contravenciones se distinguen en materiales o formales, y de daño o de peligro.

Las contravenciones son materiales cuando su consumación exige la producción de un efecto determinado, previsto por la norma de policía, y que es distinto de la acción misma cumplida por el sujeto activo. Así ocurre, por ejemplo, con la contravención que resulta del hecho de pintar leyendas o carteles en el frente de los inmuebles, cuando está reprimido policialmente, puesto que la sanción de pintar origina un efecto distinto que es la pared pintada.

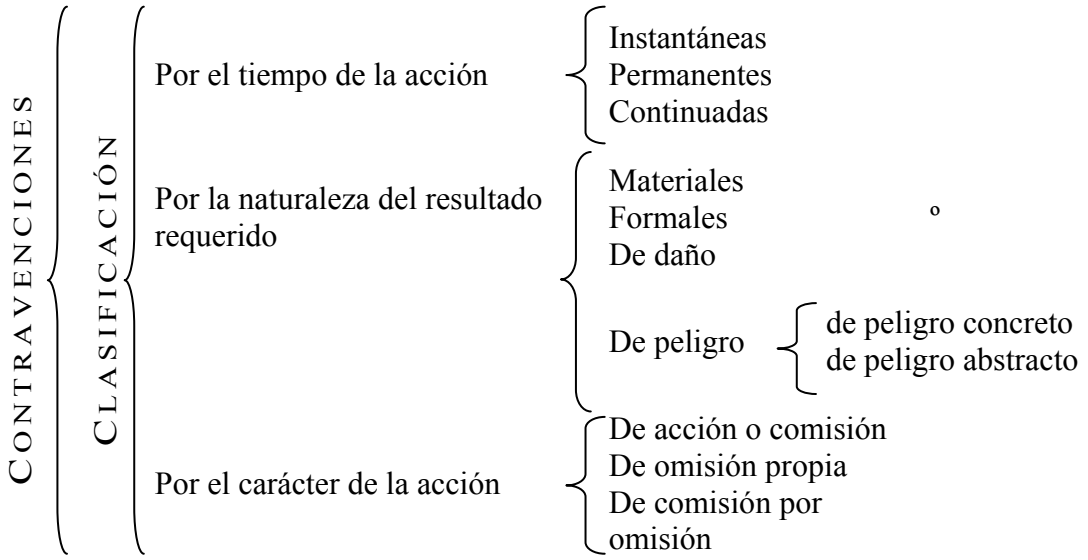
Las contravenciones son formales, al contrario, cuando su consumación no demanda una consecuencia independiente de la acción misma, por cuanto son de pura actividad. Es el caso del conductor de un automóvil que no acata la indicación de un agente de tránsito para que detenga la marcha.

Las contravenciones son de daño cuando para su configuración se requiere la efectiva lesión del bien jurídico protegido por la norma de policía; mientras que son de peligro, cuando sólo se requiere para consumarlas que con la acción del sujeto activo simplemente se cree un riesgo al bien jurídico protegido, sin que sea menester el efectivo daño de él, para que la sanción proceda.

Las contravenciones de peligro, a su vez, pueden distinguirse en contravenciones de peligro concreto, en las cuales es indispensable que el peligro haya existido efectivamente, con la posibilidad más o menos cierta de su concreción; y contravenciones de peligro abstracto, en las que basta la posibilidad eventual del peligro, lo cual depende, como es lógico, de la naturaleza de la acción incriminada y de la forma de la incriminación.

Atendiendo, por último, al carácter de la acción que constituye la contravención, éstas pueden ser de acción propiamente dicha o comisión, lo que ocurre cuando su consumación requiere de actos positivos del individuo, necesarios para violar la norma de policía; de pura omisión u omisión propia, que son aquellas en que lo incriminado es no hacer o dejar de hacer algo que la norma impone, sin que sea indispensable, no obstante, una pura y total inactividad; y de comisión por omisión, que aparecen cuando la omisión por sí sola no es sancionable, si no se produce también el resultado previsto para una contravención por comisión.

El cuadro siguiente resume lo expuesto:



16.8 Tentativa, concurso y reincidencia en las contravenciones.

Los principios vigentes en el derecho penal respecto de la tentativa, del concurso y de la reincidencia en materia de delitos, tienen aplicación en el derecho contravencional.

La tentativa sólo se admite en relación con las contravenciones que exigen dolo en el sujeto activo, estando descartada en las que son meramente culposas. De cualquier manera, es preciso que la punición de la tentativa, en las contravenciones, esté prevista especialmente por las normas de policía, pues de otro modo no habría lugar a la aplicación de sanciones.

En cuanto al concurso de contravenciones, que puede ser tanto ideal como real, a falta de disposiciones expresas del derecho contravencional se tienen en cuenta las normas que para la materia prevé el derecho penal.

Respecto de la reincidencia, también a falta de normas expresas en el régimen específico de las contravenciones, se aplicarán los principios propios del derecho penal.

Tanto en materia de concurso como de reincidencia la posibilidad de que un mismo individuo puede cometer contravenciones en diferentes jurisdicciones –por ejemplo, en distintas provincias o municipios- y la carencia de un registro único de contraventores, resta eficacia a su aplicación, la que verdaderamente sólo tendrá lugar, conforme a los principios explicados, cuando las contravenciones se hayan cometido en una misma jurisdicción, o ante una misma autoridad de policía, donde ese registro casi siempre existe y se lleva con buenos resultados.

16.9 Las sanciones administrativas. Continuación.

Ya hemos tenido ocasión de expresar, en un parágrafo anterior, la diferencia que existe entre la acción directa y coactiva de policía, que pretende la ejecución de lo que la norma de policía impone, y la sanción administrativa o contravencional, que se aplica cuando la norma de policía no ha sido ni será cumplida por su destinatario.

Sanción administrativa, contravencional o de policía es la sanción que ha sido establecida por la ley para quien incurra en una falta administrativa o contravención.

Se ha dicho, también, que es el medio represivo que se pone en marcha, cuando han resultado incumplidas las obligaciones nacidas del ordenamiento jurídico administrativo, en relación con el administrado (Garrido Falla), es decir, que constituye el medio indirecto con que cuenta el poder público para obtener la observancia final de las normas, restaurar el orden jurídico violado, y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a lo por ella mandado (Dromi).

Igualmente, ya se ha explicado que las sanciones administrativas o contravencionales resultan de la relación jurídica que se establece entre la administración y los administrados, mientras que las sanciones disciplinarias administrativas son las referentes a las relaciones que existen entre la administración pública y sus agentes, en virtud del contrato administrativo de función o empleo públicos.

La imposición de una sanción contravencional constituye un acto administrativo, y como tal no está cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, ya que siendo producto de la actividad de una autoridad administrativa, no sólo será recurrible en sede administrativa, cuando ello proceda, sino también revisable en sede judicial, en la forma y por los medios que existan normativamente previstos.

Las sanciones contravencionales pueden concurrir con sanciones penales, sin que la exclusión de la sanción penal, por causa legal, deba producir también la de la sanción contravencional, y viceversa.

Las sanciones contravencionales pueden ser principales, cuando son previstas como sanción directa y especial por la trasgresión de policía; accesorias, cuando aparecen como un complemento necesario de la sanción principal, recayendo generalmente sobre los objetos y los medios con que la contravención se ha realizado; y subsidiarias, cuando el contraventor en vez de la sanción principal, puede cumplir otra distinta, incluso a su elección, también normativamente prevista.

Asimismo, se reconoce la existencia de sanciones paralelas, lo que ocurre cuando la norma sancionatoria prevé dos o más especies de sanciones, correspondiendo al órgano que sanciona determinar cuál habrá de aplicarse en el caso; sanciones alternativas, cuando las previstas no tienen la misma naturaleza ni magnitud; y conjuntas, cuando se trata de dos sanciones distintas que deben ser ambas aplicadas, sin que ello implique quebrar la regla del "*non bis in idem*".

16.10 Diferentes clases de sanciones contravencionales

El ordenamiento normativo contravencional contempla, normalmente, diferentes clases o tipos de sanciones, distintas en cuanto a su índole, naturaleza y magnitud, lo cual permite la más adecuada y razonable represión de las contravenciones.

Examinaremos seguidamente, de manera somera, las sanciones contravencionales más comunes.

16.10.1 Amonestación

Tratándose de contravenciones leves, es muy frecuente que se recurra a la aplicación de la sanción de "amonestación", que consiste en una seria advertencia o conminación al infractor, de la cual se toma nota, y que da lugar a reincidencia. Así ocurre con ciertas faltas al régimen policial de tránsito urbano.

16.10.2 Sanciones privativas de la libertad.

Una de las sanciones más frecuentes, en materia contravencional, es el arresto, el cual consiste en la privación de la libertad impuesta al infractor, durante el tiempo previsto por la norma de policía. Es una sanción principal, que a veces se aplica en forma conjunta o alternativa con la de multa.

El arresto no debe confundirse con la prisión, que es pena del derecho penal, ni mucho menos con la reclusión. Los arrestos deben cumplir su sanción en lugares especiales, diferentes de aquellos en que se cumplen las penas, y sin que deban estar sujetos a trabajos obligatorios. Los contraventores, en efecto, no son delincuentes, ni deben ser tratados como tales.

El arresto, como sanción, no debe tampoco confundirse con la facultad, que a veces tiene la autoridad policial, de detener transitoriamente a las personas para hacer cumplir un mandato u orden de policía –por ejemplo, para hacer cesar un desorden o tumulto públicos- o para identificar o individualizar a los responsables de ciertos hechos.

16.10.3 Multa administrativa

La multa como sanción contravencional, es la obligación impuesta al infractor de pagar una suma determinada de dinero, con total desvinculación del daño que la contravención haya causado o podido causar.

La multa es, pues, típicamente una sanción, aunque no una sanción penal, ya que si bien tiene una naturaleza similar a la de la multa penal, se impone por la comisión de una contravención, y no de un delito.

Su monto debe ser siempre razonable, y nunca confiscatorio, y una vez impuesta genera un crédito a favor de la administración pública, lo cual, no obstante, y para hacerlo efectivo, debe recurrir a los medios jurídicos comunes o especiales que estuvieran previstos.

Si la conversión de la multa no pagada en arresto no estuviere normativamente prevista, la privación de libertad sustitutiva no podrá imponerse, ya que de otro modo se trataría de una verdadera prisión por deudas, no admitida entre nosotros.

Junto con el arresto, la multa es una de las sanciones más típicas y frecuentes en materia contravencional. Debe ser pagada por el infractor sancionado, y no por cualquier otra persona, aunque alegue algún interés en hacerlo.

En los autos "Microómnibus Barrancas de Belgrano"[159] la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, haciendo mérito de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa "Airey", que la exigencia del previo pago de una multa impuesta administrativamente (*solve*

[159] CSJN, 21/12/1989, "Microómnibus Barrancas de Belgrano SA. s/ impugnación", Fallos: 312:2490.

et repete) para acudir a la instancia judicial no es violatorio de lo dispuesto por el artículo 8º, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto el apelante no invoque la imposibilidad del acceso a la justicia a causa del excesivo monto del depósito exigido. La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal consideró, en cambio, inconstitucional esa exigencia por contradecir principios básicos reconocidos en la Constitución y en pactos internacionales como por ejemplo la presunción de inocencia y el acceso llano y expedito a la justicia[160], aunque posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender en la causa, revocó el fallo de la Cámara ratificando su postura sostenida en el mencionado caso "Microómnibus Barrancas de Belgrano"[161].

16.10.4 Decomiso o comiso

El decomiso o comiso es la sanción contravencional que consiste en la pérdida definitiva de la propiedad o simple tenencia de una cosa mueble, que debe sufrir el infractor, como resultado de la trasgresión en que ha incurrido de una norma de policía, es decir, de una contravención.

Por lo común, el comiso recae sobre los medios utilizados para cometer la contravención, o sobre los que ésta versa, y sobre los frutos o resultados obtenidos por el responsable, con motivo de la falta administrativa cometida.

Este tipo de comiso no se debe confundir con aquél otro que consiste en una limitación a la propiedad privada, impuesta por razones de interés público, como ocurre cuando se dispone respecto de quienes, sin ser realmente contraventores, poseen sustancias nocivas o peligrosas.

El comiso no genera derecho a indemnización a favor del titular de las cosas comisadas, en ningún caso, excepto cuando haya existido una ilegal o irrazonable aplicación de esa medida.

16.10.5 Inhabilitación

Consiste en la incapacitación del sancionado, para el ejercicio de ciertos derechos de que era titular y podía ejercer. Puede ser sanción principal, accesoria o conjunta, y de carácter perpetuo o temporario.

16.10.6 Clausura

La clausura, que es, por lo ordinario, una sanción accesoria o conjunta, y que puede revestir el carácter de temporaria, definitiva, o por tiempo indeterminado, consiste en la cesación o suspensión de una actividad determinada, casi siempre industrial o comercial de cualquier tipo, y recae sobre el lugar, local o establecimiento en que dicha actividad se lleva a cabo.

Algunos autores entienden que la clausura no puede ser perpetua, por cuanto violaría expresas garantías constitucionales. A veces, al mismo tiempo que una sanción,

[160] CNCAF, Sala IV, 28/12/1998, "Frimca S.A. –RQU- v. res. 836/1997 SAGYPA", LL 1999–E, 239.
[161] CSJN, "Frimca S.A. –RQU- v. res. 836/1997 SAGYPA", publicada en RDA 2002-826.

constituye una medida de prevención, pues impide la continuación o reiteración de actividades consideradas ilícitas.

Corresponde aclarar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los recursos normativamente previstos contra los actos que dispongan la sanción de clausura deberán serlo con efecto suspensivo, pues el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de normas que los preveían con efecto devolutivo[162].

16.10.7 Caducidad

Si el contraventor, a quien se ha aplicado una sanción de inhabilitación, ejercía su actividad sobre la base de una autorización administrativa, la medida puede provocar la extinción de esa autorización, en virtud de la caducidad de ella (Marienhoff).

16.10.8 Retiro de la personería

La inhabilitación impuesta a una persona jurídica puede dar lugar, complementariamente, al retiro de la personería jurídica que se hubiera otorgado, con motivo del ejercicio de la actividad que ha dado lugar a la sanción.

16.11 La ejecución condicional en materia contravencional

La condena de ejecución condicional, también llamada condena condicional, como es sabido, es aquella que se produce cuando el sentenciante deja en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta, por un lapso determinado, de manera que si el condenado no incurre, durante ese tiempo, en otra infracción, la condena se tiene por no pronunciada.

La condena de ejecución condicional, y la libertad condicional, tienen cabida y pueden ser aplicadas en materia contravencional, excepto cuando un texto legal expreso lo prohíba.

Como bien se ha dicho, no habría razón en negar a los contraventores lo que se otorga a los delincuentes.

Si la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no estuvieren prohibidas, se aplicará a su respecto las normas propias del derecho penal, si no estuvieren contempladas en el ordenamiento normativo respectivo, aunque es necesario destacar que la poca duración de las sanciones contravencionales privativas de la libertad, impedirían la aplicación de la libertad condicional.

16.12 Extinción de la acción contravencional

[162] CSJN, 28/04/1998, "Lapiduz, Enrique c. DGI", Fallos: 321:1043; CSJN, 08/11/1972, "Dumit, Carlos José c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura", Fallos: 284:150.

Acción contravencional es la que se pone en movimiento a fin de que se conozca, juzgue y decida la existencia de una contravención, y su imputación a una persona determinada, así como la aplicación de la sanción que normalmente corresponda.

La acción contravencional es siempre pública, ya que –como se ha dicho- el sujeto pasivo de la contravención es la comunidad toda, de modo que cualquier persona, además de la administración pública, tiene interés legítimo en que las faltas administrativas sean reprimidas, a fin de salvaguardar y mantener el orden público y el respeto, en general, de las normas de policía.

Son causas habituales de extinción de la acción contravencional, las siguientes:

1) La imposición de la sanción al infractor: el proceso contravencional llega a su término, ya sea con la imposición de la sanción al infractor, cuando así corresponda, o con la declaración de que no hay lugar a su aplicación;

2) la muerte del infractor, cuando sucede estando pendiente la decisión de la causa contravencional;

3) respecto de aquellas contravenciones sancionadas con multa, como sanción principal, el pago voluntario de ellas, cuando todavía no se ha decidido la causa contravencional;

4) la condonación, que consiste en el perdón o remisión de la sanción que hubiera podido corresponder, antes de que hubiera recaído decisión en la causa contravencional;

5) la prescripción de la acción, en la forma y dentro de los términos que haya previsto la regulación normativa contravencional aplicable.

En general, todas estas causas de extinción conviene que se hallen previstas por la normativa contravencional. De no ser así, serán aplicables los principios que rigen en materia penal, en especial respecto de la prescripción, puesto que si son suficientes para extinguir la acción penal, mucho más grave, también deben serlo respecto de la acción contravencional.

16.13 Extinción de las sanciones contravencionales

Existiendo condenación en el proceso contravencional, las sanciones previstas por la represión de las contravenciones se extinguen, por lo común, por las siguientes causas.

1) por el cumplimiento de la sanción impuesta, ya que en ese momento cesa toda pretensión de punición;

2) por la muerte del condenado, que hace imposible el agotamiento de la sanción;

3) por la condonación de la sanción, o sea, su perdón o remisión;

4) por la prescripción de la sanción impuesta.

La extinción de las sanciones, al igual que la de la acción contravencional, conviene que esté prevista en el ordenamiento normativo sancionado respecto de las contravenciones.

Si así no ocurriera, no cabe sino aplicar las normas propias del derecho penal, en cuanto sea posible, pues es obvio que si una causal determinada produce la extinción de una pena, con mayor razón habrá de producir semejante efecto respecto de una simple sanción contravencional.

Algunos autores han negado la procedencia de la prescripción de las sanciones contravencionales, cuando el ordenamiento especial vigente en la materia no lo ha contemplado expresamente.

Las razones invocadas –la no aplicación de la analogía respecto de las contravenciones, y el hecho de que la prescripción no tiene raigambre de garantía constitucional- carecen de verdadero sustento, y no pueden ser aceptadas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que las disposiciones generales del Código Penal se aplican a las infracciones de naturaleza penal administrativa (Cassagne).

16.14 Los tribunales de faltas

Tal como ocurre en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (el autor se refiere a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires), es ya común que el conocimiento y decisión de las causas contravencionales, y la aplicación de las sanciones respectivas, sea confiado a organismos administrativos, especialmente constituidos para ello, que se conocen por la denominación genérica de "tribunales de faltas".

En esos tribunales, sobre la base de un procedimiento adecuado, en el cual se cumplen y respetan los principios del debido proceso adjetivo, se instruyen las causas contravencionales, y se alcanzan, finalmente, la decisión de ellas, admitiéndose la existencia, siempre en la esfera administrativa, de tribunales de primera y segunda instancia, llegándose en estos últimos a la concreción del acto administrativo definitivo, que cierra la causa en esa sede.

Contra la decisión final de los tribunales de faltas procede el recurso extraordinario que autoriza el art. 14 de la ley 48, al igual que contra cualquier otro acto administrativo definitivo, como lo tiene decidido reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual se ha expedido, asimismo, sobre la constitucionalidad de estos órganos administrativos, que ejercen una actividad de tipo jurisdiccional[163] (téngase en cuenta lo señalado en la actualización del punto 16.1 de este capítulo).

No obstante lo dicho, lo cierto es que los tribunales de faltas, en la práctica, y salvo excepciones, no han dado resultados aceptables, puesto que ya sea por una concepción excesivamente formalista de las contravenciones, ya sea por la existencia de un muy crecido número de causas en los grandes centros urbanos, o por otras causas que se derivan de ellas, no ofrecen al infractor todas las posibilidades de un procedimiento en el cual pueda demostrar su inculpabilidad o la improcedencia, en su caso, de la punición.

El sistema, en sí mismo, es conveniente, pero es indudable que deben otorgársele todos los medios personales y materiales que sean necesarios, para que pueda cumplir su cometido de la manera más eficaz posible.

[163] CSJN, 1942, "Parry, Adolfo E. ", Fallos: 193: 408; CSJN, 1945, "Koch, Alfredo E. ", Fallos: 202:524.

17. Jurisdicción en materia de policía.

Puede ocurrir que los administrados se consideren afectados por el ejercicio del poder de policía o por la actividad de policía que cumpla el Estado, fuera porque entienden que la norma de policía sancionada es ilegítima, o porque estiman que su aplicación se ha llevado a cabo de manera irregular.

En tales casos, y siempre con arreglo a lo que disponga el ordenamiento normativo general o especial, si este último existe, podrán hacer uso de los siguientes remedios legales:

a) El planteamiento de los recursos administrativos, reglados o no reglados, que sean admisibles, con el propósito de llegar a obtener una decisión definitiva de la autoridad administrativa.

b) Si por tal vía no llegaren a obtener satisfacción, podrán deducir la acción contenciosoadministrativa, ante los tribunales judiciales de ese fuero, o ante los tribunales que tengan atribuida esa competencia.

En todos los casos, y mediando acto definitivo, ya sea de la autoridad administrativa, o de la judicial en su caso, corresponderá el planteamiento del recurso extraordinario, conforme a lo previsto en el art. 14 de la ley 48, cuando se hubieran violado derechos o garantías constitucionales, o cuando el pronunciamiento objetado lo fuere por alegarse que es arbitrario.

Cabe tener presente que a tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad no satisface la exigencia del control judicial suficiente de la actividad administrativa de la índole en cuestión[164]. La posibilidad de acudir a la sede judicial planteando la ilegitimidad del obrar administrativo resulta presumida y sólo cabe descartarla, ha dicho el Alto Tribunal, cuando una ley expresamente así lo declare, sin perjuicio en el caso ocurrente de su posible inconstitucionalidad[165].

También podría proceder, en situaciones especiales, y según esté legalmente previsto, la acción de amparo o el recurso de hábeas corpus.

La acción de amparo ha sido acogida expresamente por el artículo 43 de la Constitución Nacional, después de la reforma de 1994.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Abad Hernando, Jesús, El poder de policía municipal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, nº 70, Buenos Aires, 1963.
2. Aftalión, Enrique, Derecho penal administrativo, Buenos Aires, 1955.
3. Aftalión, Enrique, El derecho penal administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en LL t. 40.
4. Alessi, Renato, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, 1970.
5. Alessi, Renato, Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano, 1953.
6. Altamira, Pedro G., Policía y poder de policía, Buenos Aires, 1963.
7. Andreozzi, M., Derecho tributario argentino, Buenos Aires, 1951, t. II.

[164] CSJN, 1983, "Madala, Adolfo Daniel", Fallos: 305:129.
[165] CSJN, 1986, "Derna, Graciela Mabel", Fallos: 308:2133.

8. Andreozzi, M., Facultades implícitas de investigación legislativa y privilegios parlamentarios, Buenos Aires, 1943.
9. Baena de Alcázar, M., Sobre el concepto de fomento, "Revista de la Administración Pública", nº 54.
10. Benoit, Francis P., El derecho administrativo francés, Madrid, 1977.
11. Bernard, P., La notion d'ordre public en droit administratif, Paris, 1962.
12. Bidart Campos, Germán, Derecho constitucional, Buenos Aires, 1966.
13. Bielsa, Rafael, Cuestiones de administración municipal, Buenos Aires, 1930.
14. Bielsa, Rafael, Cuestiones de jurisdicción. Acciones y recursos, Buenos Aires, 1956.
15. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947.
16. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1964, t. IV.
17. Bielsa, Rafael, Derecho constitucional, Buenos Aires, 1959.
18. Bielsa, Rafael, El Estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo, en "Anuario de Derecho Público", Rosario, 1940.
19. Bielsa, Rafael, El orden público y las garantías jurisdiccionales, Buenos Aires, 1943.
20. Bielsa, Rafael, Naturaleza jurídica de la multa administrativa, en JA, t. 60.
21. Bielsa, Rafael, Régimen jurídico de policía, Buenos Aires, 1957.
22. Bosch, Jorge T., El art. 67, inc. 27, de la Constitución nacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en LL t. 131.
23. Brandao Cavalcanti, T., Tratado de direito administrativo, Río de Janeiro, 1942-43.
24. Bullrich, Rodolfo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1932.
25. Bullrich, Rodolfo, Nociones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1925.
26. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Lisboa, 1965.
27. Campbell Blak, cit. por González Calderón.
28. Canda, Fabián O., Régimen jurídico de la actividad de policía, en Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2004.
29. Carnelutti, Teoría general del delito, Madrid, ed. de "Revista de Derecho Privado".
30. Carré de Malberg, R., Teoría general del Estado, México, 1948.
31. Cassagne, Juan C., La intervención administrativa, Buenos Aires, 1994.
32. Castagne, Juan, Le contrôle juridictionnel de la legalité des actes de police administrative, Paris, 1964.
33. Castejón, F., Faltas penales, gubernativas y administrativas, Madrid, 1950.
34. Comadira, Julio R., (Laura M. Monti-colaboradora), Procedimientos administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada, Buenos Aires, 2002, t. 1.
35. Demogue, René, Des obligations en général, Paris, 1925.
36. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, t. IV.
37. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1963, t. I.
38. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1967.
39. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1969.
40. Do Carmo Braga, Manual de habeas corpus, Rio de Janeiro, 1917.
41. Dromi, José R., Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1978.
42. Duez y Debeyre, Traité de droit administratif, 3ª ed., 1964.
43. Elguera, Alberto, Policía municipal, Buenos Aires, 1963.

44. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1965.
45. Escola, Héctor J., Cursillo constitucional, Buenos Aires, 1965.
46. Fernández de Velasco, Recaredo, La noción de policía, Revista General de Legislación, 1927, Madrid.
47. Fernández de Velasco, Recaredo, Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración, Barcelona, 1930.
48. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1973.
49. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976, t. II.
50. Fiorini, Bartolomé A., Poder de policía. Buenos Aires, 1957.
51. Fiorini, Bartolomé A., Poder de policía. Teoría jurídica, Buenos Aires, 1963.
52. Fleiner, Fritz, Derecho administrativo, Madrid, 1939.
53. Fleiner, Fritz, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, 1933.
54. Fontán Balestra, Carlos, Manual de derecho penal, Parte general, Buenos Aires, 1949.
55. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1958.
56. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1944.
57. Freund, The police power. Public policy and rights, Chicago, 1904.
58. Galateria, Luigi, Teoria giuridica degli ordini amministrativi, Milano, 1950.
59. García de Enterría, Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos, en "Revista de Administración Pública", nº 27, Madrid, 1958.
60. García Oviedo, Carlos, Derecho administrativo, Madrid, 1957.
61. García Oviedo-Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 7ª ed.
62. Garrido Falla, Fernando, La evolución del concepto jurídico de policía administrativa, en "Revista de Administración Pública", nº 11, 1953.
63. Garrido Falla, Fernando, Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas, en "Revista de Administración Pública", nº 28.
64. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1966.
65. Gascón y Marín, José, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1941, t. I.
66. Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2004.
67. Goicoa, Locaciones urbanas en la jurisprudencia de la Corte, Buenos Aires, 1964.
68. Goldschmidt, Roberto, La teoría del derecho penal administrativo y sus críticas, en LL t. 74.
69. González Calderón, Juan A., Curso de derecho constitucional, Buenos Aires, 1943.
70. González Calderón, Juan A., Derecho constitucional argentino, Buenos Aires, 3ª ed.
71. González Roura, Octavio, Derecho penal, Buenos Aires, 1922.
72. González, Joaquín V., Manual del la Constitución argentina, Buenos Aires, 9ª ed.
73. Gordillo, Agustín A., Derecho administrativo de la economía, Buenos Aires, 1967.
74. Gordillo, Agustín A., El derecho administrativo de la economía, Buenos Aires, 1967.
75. Gordillo, Agustín A., Estudios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1963.
76. Hauriou, Maurice, La jurisprudencia administrativa de 1892 à 1929, Paris, 1929, t. III.
77. Hauriou, Maurice, La jurisprudencia administrativa, Paris, 1929.

78. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif, 11ª ed., 1927.
79. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif, 8ª ed.
80. Heller, J., Teoría del Estado, México. 1942.
81. Herrera, Julio, La reforma penal, Buenos Aires, 1911.
82. Ihering, Rudolhp von, El fin en el derecho, Buenos Aires.
83. Imaz, Esteban, Acerca de las sanciones administrativas, JA 1950-III.
84. Jarach, Dino, Las multas fiscales y la teoría del derecho penal administrativo, en "Revista Jurídica de Córdoba", nº 20, Córdoba, 1947.
85. Jellinek, W., Werwaltungsrecht, 3ª ed., 1931.
86. Jèze, Gaston, Principios generales del derecho administrativo, Buenos Aires, 1948, t. I.
87. Jordana de Pozas y Entrena Cuesta, Apuntes de derecho administrativo, Curso, 1958-59.
88. Kelsen, Hans, La teoría pura del derecho, Buenos Aires, 1941.
89. Klein, C., La police du domaine public, Paris, 1966.
90. Laband, Paul, Le droit public de l'Empire allemand, Paris, 1901, t. II.
91. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Précis Dalloz, 3ª ed., 1965.
92. Le Clere, Histoire de la police, 1947.
93. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires, 1953-63.
94. Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes (el debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina), Buenos Aires, 1970.
95. Lucifredi, Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni, Padova, 1934.
96. Lutveaux, G. E., y Durand, C., Fonctions administratives. La police administrative. Théorie générale, en "Juris Classeur", t. 4.
97. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1933-39.
98. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1973, t. IV.
99. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1970, t. I.
100. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1903-06.
101. Méndez, Aparicio, La jerarquía administrativa, Montevideo, 1950.
102. Merkl, Adolf, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, 1935.
103. Miele, Principi di diritto amministrativo, Padova, 1953.
104. Moncada, Lorenzo A., La significación y técnica jurídica de la policía administrativa, en "Revista de Administración Pública", nº 28.
105. Montoro Puerto, Miguel, La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción, Barcelona, 1965.
106. Moreno, R., El Código Penal y sus antecedentes, Buenos Aires, 1922.
107. Muñiz, Carlos M., Bases nacionales para una política internacional, Buenos Aires, 1969.
108. Nielsen, Federico, Algunas cuestiones controvertidas en el régimen sancionatorio previsto en la ley de migraciones, Revista de Derecho Administrativo, Depalma-Lexis Nexis, Año 16, 2004.
109. Núñez, Ricardo C., Derecho penal argentino, Buenos Aires, t. I.
110. Oderigo, Código Penal anotado, Buenos Aires, 1930.
111. Offidani, Studio sull'ordiinamento giuridico speciale, Torino, 1953.
112. Orgaz, Alfredo, El acto ilícito, LL t. 140.

113. Orgaz, Alfredo, Estado de necesidad, LL t. 148.
114. Oyhanarte, Julio, Poder Político y cambio estructural en la Argentina, un estudio sobre el estado de desarrollo, Buenos Aires, 1969.
115. Papanicolaidis, Introduction générale à la théorie de la police administrative, Paris, 1960.
116. Papanicolaidis, R., Introduction générale à la théorie de la police administrative, Paris, 1960.
117. Parada Vázquez, R. F., El poder sancionador de la administración y crisis del sistema judicial penal, en "Revista de Administración Pública", nº 67.
118. Pearson, Policía de las costumbres, función del gobierno municipal, LL t. 102.
119. Peco, José, La reforma penal argentina de 1917-20, Buenos Aires, 1921.
120. Podestá Costa, Derecho internacional público, Buenos Aires, 1960-1961, t. II.
121. Presutti, Errico, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Roma, 1931.
122. Puccio, A., La falta, Santa Fe, 1936.
123. Ranelletti, O., La polizia di sicurezza, en Tratado de Orlando, t. IV.
124. Recasens Siches, Luis, Vida humana, sociedad y derecho, México, 1945.
125. Rivarola, Derecho penal argentino, Buenos Aires.
126. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1962.
127. Roddi, La polizia di sicurezza, Milano, 1953.
128. Rojas Pellerano, Héctor F., Diferencia entre delitos y contravenciones, JA 1967-IV.
129. Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Paris, 1947.
130. Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Dalloz, 10ª ed., 1951.
131. Sagüés, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, tercera edición actualizada y ampliada, 1° reimpresión.
132. Sánchez Viamonte, Carlos, El hábeas corpus, Buenos Aires, 1927.
133. Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de derecho constitucional, Buenos Aires, 1958.
134. Sarmiento García, Jorge H., El poder de policía; las leyes de policía y la policía, "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nac. de La Plata", 1963.
135. Sarría, Félix, Derecho administrativo, Córdoba, 1961.
136. Schönke, A., La doctrina del derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana, en "Revista de Derecho Procesal", 1951-II.
137. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1944-46.
138. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 2ª ed., t. I.
139. Spota, Alberto, El derecho de reunión y el derecho penal administrativo, en JA, 1941.
140. Tejera, El hábeas corpus, Madrid, 1927.
141. Valeri, N. E., Implicancias constitucionales del instituto de policía, Santa Fe, 1961.
142. Vázquez, Ramón, Poder de policía, Buenos Aires, 1940 y 1957.
143. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1976.
144. Villar Palasí, J. L., La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo, en Revista de Administración Pública, nº 3.
145. Villar Palasí, José L., Naturaleza y regulación de la concesión minera, en Revista de Administración Pública, nº 1.

146. Villar Palasí, José L., Poder de policía y justo precio. El problema de la tasa de mercado, en Revista de Administración Pública, nº 16.
147. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1956.
148. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
149. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1947.
150. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1955, t. V.
151. Zanobini, Guido, Le sanzioni amministrative, Torino, 1924.

Capítulo XI
Fomento[166]

1. Concepto

Se ha expresado que la actividad administrativa es, en sentido general, el conjunto de hechos, actos y procedimientos realizados por la administración pública, caracterizada por ser una actividad teleológica, es decir, enderezada al logro de una finalidad que no es otra que la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado.

La actividad administrativa, por lo común, tiende a alcanzar las finalidades hacia las cuales está encaminada de manera directa e inmediata, y en esos casos el accionar administrativo es el que produce y alcanza el fin buscado. Sin embargo, existen otros supuestos en que la actividad administrativa se manifiesta por medio de hechos, actos y procedimientos que en sí mismos no tienden a obtener tales finalidades, sino de manera indirecta y mediata, las cuales, en ese supuesto, se logran por conducto de ciertas actividades de los particulares, que a ese objeto son protegidas o promovidas, sin que intervenga para nada la coacción, como medio para alcanzar o aún forzar que éstos cumplan dichas actividades.

Nace así la actividad administrativa de fomento, la cual ha sido definida diciendo que es la acción de la administración encaminada a proteger o promover las actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares, que satisfacen necesidades públicas o estimadas de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos (Jordana de Pozas); o más concretamente, como aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares, y aun las de otros entes públicos que directamente las satisfacen (Garrido Falla).

Contrariamente a lo que se podría suponer, las técnicas administrativas de fomento no son actuales, sino que, al contrario, reconocen antecedentes lejanos, habiendo recordado Villar Palasí que eran ya conocidas durante la Edad Media, por lo menos en lo que se refiere a la construcción de obras públicas, siendo el concepto desarrollado bajo el despotismo ilustrado, apareciendo en la legislación, con alcance general, hacia comienzos del siglo XVIII.

Si bien es cierto que la actividad de fomento no es sino una de las modalidades operativas de que puede echar mano la administración para la consecución de las finalidades que deben alcanzarse, no lo es menos que la valorización y el auge de esa actividad está unida a la aparición del moderno Estado social de derecho, que yendo mucho más allá de la simple garantía del orden público, procura atender y satisfacer una serie de necesidades y exigencias de la comunidad, que son de interés público, y que pueden ser adecuadamente logradas por medio de la actividad particular, que es por ello mismo protegida y estimulada por la administración.

La actividad administrativa de fomento, como tal, aparece caracterizada por las siguientes notas diferenciativas:

[166] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira.

1) Es una actividad administrativa, y como tal es llevada a cabo por la administración pública, con el propósito de alcanzar determinadas finalidades, que le son propias.

2) Tales finalidades, como es obvio, son de interés público, y se refieren a la satisfacción de las necesidades colectivas y a la obtención de los fines del Estado.

3) La actividad administrativa en que consiste el fomento no se encamina a alcanzar en forma directa e inmediata esas finalidades, sino a lograr que sean llenadas y satisfechas por la actividad particular, o sea, a alcanzarlas de manera indirecta y mediata.

4) Para ese objeto, la actividad administrativa se dedica a proteger o promover esas actividades particulares, utilizando para ello diferentes medios, de entre los cuales se hallan excluidos los coactivos.

5) La actividad de los particulares, en consecuencia, es prestada por propia decisión de éstos, los que aparecen así como colaboradores de la administración pública, en virtud de una participación voluntaria.

En consecuencia, puede establecerse la noción conceptual de la actividad administrativa de fomento diciendo que es aquella actividad de la administración pública que pretende la satisfacción de necesidades colectivas y el logro de fines del Estado de manera indirecta y mediata, mediante la participación voluntaria de los particulares, que desarrollan por sí mismos actividades tendientes a ese objeto, las cuales son, por ello, protegidas y estimuladas por la administración por diversos medios, de los cuales está excluida toda forma de coacción.

Con fundamento en el fallo de la Corte recaído en la causa "Metalmecánica"[167] la doctrina ha sostenido en general el carácter bilateral del acto de concesión de beneficios promocionales (Cassagne-Fonrouge-Winkler), aunque se ha expuesto también la categorización unilateral (de la Riva), habiéndose indicado en el mismo sentido la índole reglamentaria, como regla, de las relaciones jurídicas generadas por las medidas de fomento (Sacristán).

Dentro de este concepto, como se advierte, no se incluye, como lo pretenden algunos autores, la posibilidad de una acción de fomento dirigida hacia ciertos órganos o entes administrativos, puesto que estando delimitada la actividad de éstos por la competencia que normativamente les ha sido asignada, cuyo ejercicio y cumplimiento constituyen siempre no sólo una atribución sino también un deber, tal fomento no sería doctrinalmente admisible, pudiendo revestir, en cambio, el carácter de una coparticipación interadministrativa, para la obtención de finalidades comunes.

En los últimos años se ha postulado una reformulación conceptual del fomento y, correlativamente, un cambio también terminológico. Se propone, en ese sentido, abandonar la idea teleológica (promoción o protección) y la técnica (persuasiva) como elementos definitorios y centrar la atención en la afectación de los bienes otorgados a la actividad particular en razón del interés público en ésta involucrado. La *ayuda pública* sería, entonces, la nueva terminología a emplear para designar el aspecto jurídicamente configurador de la noción, constituido por la entrega de bienes por el Estado a las actividades a cargo del beneficiario (de la Riva, y sus citas).Y se ha indicado la existencia de ciertos principios rectores de la actividad, tanto materiales (subsidiariedad; igualdad; proporcionalidad) como formales (reserva de ley; transparencia; control) (de la Riva).

En un ilustrativo estudio referido al fomento en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, se han individualizado como principios de interpretación en la materia, sentados por el referido organismo asesor, los siguientes: prioridad del fomento y autonomía calificadora promocional; interpretación dinámica (ajustada al principio de la realidad económica);

[167] CSJN, 23/09/1976, "Metalmecánica S.A.C.I c. Nación", Fallos: 296:672.

flexibilidad de los proyectos dispuesta por la autoridad de aplicación; intercambiabilidad de medios; destinatarios privados del fomento; carácter subsidiario; otorgamiento a proyectos futuros; temporalidad, uniformidad y moderación de los beneficios; no afectación de la industria instalada; discrecionalidad administrativa en su otorgamiento y control (Rodríguez).

2. Clasificación de los medios de fomento

Los múltiples y diversos medios de que puede servirse la administración pública para llevar a cabo su actividad de fomento, han sido objeto de clasificación, teniendo en cuenta la forma de actuación sobre la voluntad de los particulares, a quienes se encamine el fomento, o los tipos o clases de ventajas que se otorgan para la protección o promoción de las actividades de que se trate.

Teniendo en cuenta la forma de actuación sobre la voluntad particular, los medios de fomento han sido distinguidos en positivos y negativos.

Son positivos aquellos que tienden a lograr que los particulares inicien, prosigan, acentúen, o lleven a cabo de manera determinada ciertas actividades que la administración ha decidido fomentar, consistiendo, por lo común, en ventajas, prestaciones o bienes que se otorgan en favor de quienes llevan a cabo esas actividades, o las cumplen del modo querido por la administración.

Son negativos, en cambio, aquellos medios que tienden a obstaculizar o desalentar a los particulares que desarrollan actividades que la administración pública desea disminuir o aun llegar a hacer cesar, por considerarlas contrarias al interés general, sin llegar a prohibirlas. Como ejemplo de este tipo de medios, se citan los impuestos que gravan a las bebidas alcohólicas o a los tabacos, los cuales tienden a combatir el alcoholismo y el tabaquismo.

Debe destacarse, sin embargo, que cierta parte de la doctrina ha entendido que los medios negativos de fomento no son, en sentido estricto, medidas de fomento, ya que no es tanto la finalidad perseguida, sino más bien el carácter formal de la medida empleada lo que da lugar a su calificación jurídica (Garrido Falla-Entrena Cuesta).

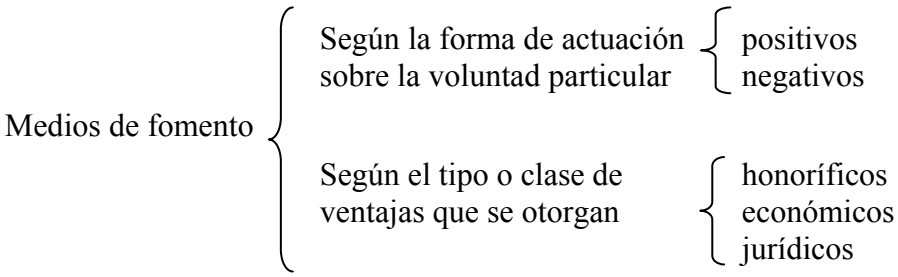
Atendiendo al tipo o clase de las ventajas que se otorgan, los medios de fomento han sido diferenciados en honoríficos, económicos y jurídicos.

Los medios de fomento honoríficos son aquellos que consisten en estímulos que actúan sobre el sentimiento de honor de los particulares, y se manifiestan por medio de distinciones, recompensas o menciones que se conceden como reconocimiento público de una actividad que se ha considerado conveniente y loable.

Los medios de fomento económicos, por su parte, son los que actúan sobre los propósitos de provecho que es dable suponer en los particulares, y que se traducen, de modo directo o indirecto, en ventajas pecuniarias para éstos, hacia quienes se dirige la acción administrativa. Como ejemplo de este tipo de medios, que son los más frecuentes, se citan los premios, anticipos, préstamos especiales, exenciones impositivas y, particularmente, las subvenciones.

Los medios de fomento jurídicos, en cambio, actúan sobre la posición o condición jurídica de los particulares fomentados, y consisten en situaciones de ventajas o privilegios de ese carácter, que dan lugar a que el particular llegue a beneficiarse por la utilización o el empleo de medios jurídicos excepcionales.

El cuadro siguiente traduce lo expuesto:



2.1 Medios de fomento honoríficos

Los medios de fomento honorífico, como queda dicho, son aquellos que buscan promover o acentuar el ejercicio de ciertas actividades de los particulares, que son de interés público, actuando sobre el concepto y el sentimiento del honor existentes en toda persona, o con expresiones más actuales, sobre el afán de prestigio que caracterizaría, de un modo u otro, al hombre de hoy.

Con anterioridad al advenimiento de la Revolución Francesa de 1789, el uso de las distinciones honoríficas era muy frecuente, y éstas implicaban, además, determinados privilegios, siendo ambas cosas transmisibles a los descendientes del titular, a su fallecimiento. Ejemplo típico de este tipo de distinciones honoríficas son los títulos nobiliarios, que antaño otorgaban los reyes y príncipes, cuyos beneficiarios llegaron a constituir una clase social destacada e influyente.

La Revolución alteró sustancialmente ese estado de cosas, y la adopción del gran principio de la igualdad, hizo que tales distinciones fueran miradas, en general, con gran recelo, e incluso llegaran a suprimirse. Esta tendencia, con más o menos altibajos, se ha prolongado en el tiempo, y ha recibido, incluso, reconocimiento constitucional, citándose el caso de la Constitución de Weimar, que en su art. 109 establecía que el Estado no otorgaría condecoraciones ni distinciones honoríficas.

A pesar de todo, este tipo de recompensas y distinciones ha subsistido, llegándose al convencimiento de que, privadas de todo sentido de privilegio supralegal, y de connotación social, son compatibles con la existencia de los regímenes más liberales y democráticos. Ello es así, porque el honor y el prestigio siguen constituyendo actualmente acicates suficientes, que debidamente estimulados pueden llevar a las personas a cumplir determinadas actividades, o a cumplirlas de una manera dada, tal como el interés comunitario y los fines del Estado lo requieren.

Claro está que las distinciones honoríficas, para ser admisibles, deben estar acordes con lo que al respecto se haya establecido o resulte del régimen político vigente en cada país. En ese sentido, los títulos de nobleza no tienen cabida entre nosotros, por estar expresamente prohibidos por el art. 16 de la Constitución nacional. Son viables, en cambio, las condecoraciones, las menciones honoríficas, las felicitaciones o recomendaciones públicas, los sistemas de calificación, etc.

A veces se ha citado como un medio de tipo honorífico, o más bien de índole psicológica, a la propaganda que lleva a cabo el Estado, a fin de mover a los particulares a cumplir ciertos actos o desarrollar determinadas acciones (Pelise).

Sin embargo, la propaganda no aparece, realmente, como una medida de fomento, puesto que no significa ninguna ayuda o ventaja, ni ningún trato diferenciativo respecto de aquél a quien se dirige, sino que simplemente busca mover la voluntad de cada persona, por medio de la apreciación que cada una de ellas haga de su propia conveniencia, gusto o deseo.

El otorgamiento de los medios de fomento honoríficos está sujeto, por lo general, a regulaciones normativas, que asegurando la obtención de las finalidades que con ellos se desea alcanzar, dejan, no obstante, suficiente margen de apreciación discrecional, en cuanto a su concesión en cada caso, debiendo siempre acreditarse que el beneficiario reúne las condiciones y exigencias requeridas para alcanzar la medida. No es raro, tampoco, que dichas regulaciones contengan prohibiciones o restricciones, que constriñan la acción de fomento a sus justos límites.

Concebido el beneficio, puede reportar ciertos derechos, así como determinadas obligaciones, para quien lo recibe, según lo que al respecto se haya previsto. Así se cita que el otorgamiento de una condecoración otorga, por un lado, el derecho de usar las insignias y distintivos de ella, y puede generar, por el otro, algunas obligaciones fiscales, como el pago de una contribución especial a cargo de sus usuarios (Garrido Falla).

2.2 Medios de fomento económicos

Los medios de fomento económicos son aquellos que buscan proteger, promover o acentuar el ejercicio de ciertas actividades de los particulares, relativas al interés público, mediante determinadas ventajas patrimoniales, que son otorgadas en favor de aquellas personas o entidades que cumplen o se proponen prestar esas actividades.

Los medios de fomento económicos se han distinguido en reales o financieros, clasificándose estos últimos en directos o indirectos (Jordana de Pozas).

Los medios reales son aquellos que consisten en la prestación o dación de cosas o servicios de la administración a los particulares, sin cargo para éstos, que las reciben o utilizan en esas condiciones.

Dentro de este tipo de medios de fomento se incluye el uso o aprovechamiento de cosas del dominio público o del dominio privado de la administración, la utilización gratuita de ciertos servicios científicos o técnicos propios de la administración o que ésta ha establecido, etc.

Los medios financieros, en cambio, son aquellos que consisten en ayudas o ventajas que reciben los destinatarios de la actividad de fomento, ya sea cuando la administración efectúa determinados desembolsos a favor de ellos, ya sea porque los exime, total o parcialmente, de algunas de las obligaciones de carácter fiscal que, de otro modo, hubieran tenido que afrontar.

Los medios financieros directos, por su parte, se configuran cuando la administración lleva a cabo un desembolso, en dinero o en otros títulos que lo representen, que es recibido por las personas o entidades a las cuales se desea fomentar, para que presten las actividades queridas por la administración.

Dentro de los medios financieros directos se incluyen los anticipos, que no son sino préstamos que los beneficiarios deben reintegrar al cabo de cierto tiempo,

generalmente sin interés o con tasas de interés muy bajas; los premios y primas y los subsidios, que no están sujetos a la obligación de reintegro; y los seguros de beneficios industriales y comerciales o de garantía de intereses, con los cuales se asegura a los beneficiarios el logro de determinados rindes, que si no son logrados, son compensados por la administración hasta el monto garantizado.

Los medios financieros indirectos, finalmente, no consisten en desembolsos que la administración debe llevar a cabo a favor de las personas o entidades fomentadas, sino en la privación de algunos ingresos a que tenía derecho, que aquélla acepta soportar, y que deja de percibir sobre la base de exenciones normativamente establecidas.

Entre los medios financieros indirectos, que en definitiva suponen un beneficio patrimonial para el fomentado, figuran las exenciones fiscales, que pueden extenderse a cualquier gravamen que incida sobre las actividades de los beneficiarios, las desgravaciones, y las admisiones aduaneras temporales, entre otros.

Los medios de fomento económicos se otorgan en virtud de regulaciones legales y reglamentarias que los establecen, previendo no sólo su carácter y tipo –lo cual por lo general requiere ley formal-, sino también las condiciones impuestas para tener derecho a gozar de ellos, quedando un margen muy escaso de discrecionalidad a favor de la administración, por la propia índole y sustancia de tales medios, que no deben ser desviados de la finalidad que da razón de ser a su existencia.

2.3 Medios de fomento jurídicos

Los medios de fomento jurídicos son los que buscan promover, proteger o acentuar el desarrollo de actividades de interés público, y cuyo cumplimiento está a cargo de los particulares, en virtud de ciertas situaciones jurídicas diferenciadas, dispuestas a favor de esos particulares, y que se traducen en beneficios o ventajas, que éstos pueden utilizar o a las cuales tienen derecho.

En algunos casos, los medios de fomento jurídicos son resultado del empleo, por la administración pública, de algunos de sus poderes y prerrogativas, respecto de las actividades que se desea fomentar, o del hecho de ponerlos a disposición de los particulares que las llevan a cabo; en otros, en cambio, aparecen como el otorgamiento directo a los beneficiarios de determinadas posiciones jurídicas, casi siempre consistentes en la dispensa, exención o suspensión, a su respecto, de prohibiciones establecidas por las leyes o reglamentaciones aplicables.

Se ha discutido si estos medios constituyen, estrictamente, una actividad de fomento, puesto que en ellos aparece de manera a veces muy activa la coacción estatal, y porque, como ya se dijo anteriormente, no es la finalidad perseguida, sino la forma de esa actividad la que permite calificarla como tal.

De cualquier manera, los medios de fomento jurídicos sólo pueden ser establecidos por los modos y maneras que jurídicamente sean admisibles para ello, y que deben concordar no sólo con el orden normativo general, sino muy especialmente con los principios, derechos y garantías establecidas por la Constitución nacional, sobre todo teniendo en cuenta su condición de situaciones jurídicas especiales de beneficio o ventaja.

Dentro de este marco, pueden ser utilizados y llegar a constituirse en formas de fomento activas y eficaces.

2.4 Las subvenciones

Las subvenciones constituyen uno de los medios más usados por la administración pública para ejercer su acción de fomento, habiéndose señalado que es un modo de dirección económica de extraordinaria eficacia, que sirve para llevar a cabo, en definitiva, la configuración social que la administración se haya propuesto alcanzar en el cumplimiento de los fines que le son propios (García de Enterría).

No obstante esa importancia, la bibliografía elaborada en torno de las subvenciones, su naturaleza jurídica y su régimen legal puede considerarse como escasa, lo cual atenta contra su mejor conocimiento y consideración.

En sentido general, se entiende por subvención a todo tipo de auxilio económico, directo o indirecto, otorgado por la administración, concepto que se aproxima –en este sentido- al de los medios de fomento económicos, no obstante lo cual –y como se verá- se ha discutido y se discute aún cuál es la verdadera naturaleza de las subvenciones.

Al respecto, algunos autores la consideran como un acto administrativo y, como tal, unilateral, mientras que otros ven en ella un acto administrativo necesitado de aceptación. No faltan, tampoco, quienes la entiendan como una forma de colaboración necesaria del administrado.

De cualquier manera, la subvención es solicitada por el beneficiario y otorgada por la administración, lo que no ha impedido que, por lo menos en ciertos supuestos, se le reconozca, asimismo, una modalidad contractual, ya que puede establecérsela a causa de un procedimiento de esta clase.

Las subvenciones han sido objeto de clasificación, atendiendo a su finalidad, al grado de libertad con que se las otorga, y a la determinación de su cuantía.

Teniendo en cuenta su finalidad, las subvenciones han sido divididas en: 1) económicas, que son las que procuran influir o condicionar la coyuntura económica, actuando de ese modo sobre los particulares y entes que se pretende fomentar, como ocurre cuando se procura el sostén de precios de productos agrarios, si ha habido grandes cosechas; 2) públicas, que son aquellas que se otorgan a personas o entes que con sus actividades persiguen fines de interés general, como sucede en el caso de las compensaciones otorgadas a los concesionarios de servicios públicos que han aceptado limitar sus tarifas; y 3) administrativas, caracterizadas por consistir en subvenciones que una entidad pública superior otorga a otras de condición jurídica inferior, como en el caso de las subvenciones que el Estado nacional concede a organismos locales.

Considerando el grado de liberalidad en que consiste la subvención, éstas pueden ser puras, lo que se da cuando se otorgan sin subordinarlas a ninguna condición, modo, o comportamiento que deba cumplir el subvencionado; y condicionales, en el supuesto en que esa subordinación existe.

Finalmente, y atendiendo a la forma o manera como se determina la cuantía de la subvención, se las distingue en subvenciones a cantidad fija, en las cuales el monto del auxilio económico prestado, como su nombre lo indica, se halla fijado de manera precisa e inamovible; y subvenciones a tanto por ciento, en las que la cuantía de ese

auxilio resulta fijado en proporción o relación con determinados aspectos de las prestaciones que deben cumplir los subvencionados, como cantidad de producción o servicios que deben prestarse, calidad de ellos, etc.

Las subvenciones, que son siempre soportadas y costeadas por la administración pública y que deben contar y aplicar fondos regularmente previstos para ello, están sometidas a regímenes normativos que establecen, principalmente, lo atinente a su otorgamiento, determinación y selección del beneficiario, condiciones y requisitos para concederlas, materialidad del auxilio económico en que consistan, deberes y derechos del subvencionado, y revocabilidad de la concesión, siendo de advertir en tales regímenes tanto elementos reglados como discrecionales.

En todas las subvenciones, incluso en las puras, la administración pública conserva un amplio poder de control sobre la actividad que cumple la persona o entidad subvencionada, sobre la base de que su otorgamiento y mantenimiento se halla directamente vinculado con la necesidad de que aquella actividad sirva realmente al interés público que se desea atender con tal accionar, así prestado.

Cuando esa relación desaparece, la administración puede disponer la revocación de la subvención, ya que en tal caso no se daría o mantendría la razón de ser de su concesión.

Se ha criticado el hecho de que en ciertos casos el otorgamiento de determinadas subvenciones se ha hecho servir para el logro de ciertas finalidades políticas. Pero, en realidad, esa desnaturalización no debe ser achacada al sistema en sí de las subvenciones, sino a quienes se sirven de él, de esa irregular manera.

3. Convertibilidad de los medios de fomento

Se ha señalado que las técnicas de fomento son entre sí convertibles, indicándose de ese modo que una única y misma finalidad puede procurarse alcanzarla mediante la aplicación de distintas medidas de promoción o protección.

Tal posibilidad no sólo implica que la administración pública puede utilizar, en un mismo momento, o en períodos sucesivos, diferentes técnicas de fomento, sino también que tal equivalencia puede proyectarse a la situación jurídica de los beneficiarios.

La administración pública utiliza el principio de convertibilidad de las técnicas de fomento, para asegurarse la obtención de las finalidades que con el fomento se ha propuesto, evitando anulaciones por futuros incumplimientos, con lo que el sistema actúa, en definitiva, como una forma eficaz de garantía (Villar Palasí).

4. Diferenciación entre la actividad de fomento y el servicio público

En ciertas situaciones, sobre todo aquellas que son marginales o muy conexas, se ha podido identificar una actividad de fomento con la prestación de un servicio público.

Tanto una como otra actividad, se asemejan en cuanto a que ambas llegan a producir un aumento en la esfera de acción de los particulares, y en cuanto a que las técnicas que utilizan se basan en la persuasión, no obstante poder darse el caso de

algunos servicios públicos impuestos coactivamente, como ocurre, en ciertos países, con la educación primaria.

Sin embargo, cabe señalar las siguientes notas diferenciativas, que habrán de servir para posibilitar su distingo:

a) la actividad de fomento siempre procura obtener el logro de las finalidades propuestas por la administración pública de manera indirecta y mediata; los servicios públicos, en cambio, pueden desarrollarse ya sea de manera directa e inmediata, o de manera indirecta y mediata, como sucede cuando son prestados por medio de un concesionario de servicios públicos;

b) los servicios públicos constituyen, casi siempre, una prestación obligatoria de la administración pública, que ésta debe asumir, ya sea directamente, ya sea por medio de un particular, a quien se ha otorgado la concesión de uno o varios servicios; la actividad de fomento, al contrario, no constituye una actividad obligatoria para la administración, sino meramente potestativa, a la cual puede llegarse por criterios de oportunidad y conveniencia. Por ello, si los servicios públicos pueden ser exigidos, la actividad de fomento sólo puede ser pretendida o solicitada (Villar Palasí-Diez).

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Alessi, Renato, Le prestazioni amministrative ai privati, 2ª ed., Milano, 1957.
2. Altamira, Pedro Guillermo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1971.
3. Baena de Alcázar, M., Sobre el concepto de fomento, "Revista de la Administración Pública", nº 54, Madrid.
4. Barker, E., Los servicios públicos en Europa, trad. española, Barcelona, 1946.
5. Boquera Oliver, José M., Derecho administrativo y socialización, Madrid, 1965.
6. Boulois, J., Contribution à l'étude de l'administration au moyen de subvention, en "Rev. Int. des Sciences Adm.", nº 2, Bruselas, 1952.
7. Boulois, J., Essai sur la politique des subventions, Paris, 1951.
8. Cammeo, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1901.
9. Cassagne, Juan C., Las relaciones de promoción industrial, en Cuestiones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1987, p. 155.
10. de la Riva, Ignacio M., Ayudas públicas, Buenos Aires, 2004.
11. de la Riva, Ignacio M., La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual, en Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2004, p. 453.
12. De Valles, Arnoldo, I servizi pubblici, en Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, de V. E. Orlando, Milano, 1930, t. 6.
13. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1967, t. II.
14. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1969, t. IV.
15. Entrena Cuesta, Rafael, Apuntes de derecho administrativo, Curso 1958-1959.
16. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976, t. II.
17. Fiorini, Bartolomé A., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1968, t. 2.
18. Fonrouge, Máximo, Las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito de la promoción industrial: un mero derecho en expectativa, RDA N°7/8, Buenos Aires, 1991, p. 439.

19. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, traducción española, Madrid, 1959.
20. García de Enterría, Sobre la naturaleza de las tasas y las tarifas de los servicios públicos, en "Revista de Administración Pública", nº 12, 1953.
21. García Oviedo-Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 1959, t. I.
22. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962, t. II.
23. Guaita, A., Derecho administrativo especial, Zaragoza, reimpresión, 1965.
24. Guaita, A., La administración de fomento, separata de la revista "Las Ciencias", 1959.
25. Jordana de Pozas, Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo, "Revista de Estudios Políticos", nº 48, 1949.
26. Kistler, B., Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales, Lausanne, 1956.
27. Manheim, Karl, Libertad y planificación, 1ª ed., México.
28. Nieves Borrego, J., Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención, en "Revista de Administración Pública", nº 42, Madrid.
29. Pelise, El fomento, en Nueva enciclopedia jurídica Seix, Madrid, 1960, vol. X.
30. Presutti, Errico, Instituzioni di diritto amministrativo italiano, Messina, 3ª ed.
31. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1962.
32. Rodríguez, María José, El fomento como forma de la intervención administrativa: la promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, en Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2004, p. 679.
33. Romano, Santi, Corso di diritto amministrativo, Padova, 3ª ed.
34. Romano, Santi, Principi di diritto amministrativo, ed. 1912.
35. Sacristán, Estela B., El problema de la fuente en las relaciones de fomento, RDA, 2003, año 15.
36. Sieyès, Gaston, Ensayo sobre los privilegios, editado por el Instituto de Estudios Políticos, juntamente con ¿Qué es el estado llano?, Madrid, 1950.
37. Villar Palasí, José L., La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo, en "Revista de Administración Pública", nº 3, 1950.
38. Villar Palasí, José L., Las técnicas administrativas de fomento y el apoyo al precio político, "Revista de Administrativo Pública", nº 14, Madrid, 1954.
39. Villar Palasí, José Luis, La intervención administrativa en la industria, Madrid, 1962, t. I.
40. Waline, Marcel, Manuel élémentaire de droit administratif, Paris, 4ª ed., 1946.
41. Winkler, Dora P., Régimen de promoción económica industrial, Buenos Aires, 1983.
42. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, ediciones 3ª, 4ª, 6ª y 8ª.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

PARTE SEXTA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Capítulo XII

Los contratos administrativos en general[1]

1. Los contratos: concepto general y evolución

Se puede aceptar, con fundamento, que desde que existieron las primeras formas de sociedad se realizaron acuerdos entre dos o más personas, sobre determinados aspectos de sus actividades, acuerdos cuyo objeto era reglar ciertas situaciones, precisando de antemano los efectos que habrían de producirse, con motivo y como consecuencia de ellas.

Estas convenciones debieron estar reducidas, en un principio, a términos muy simples, sin que existiera la posibilidad de hacer cumplir coactivamente sus estipulaciones, como no fuera por la propia acción de quienes las celebraban, pero con el transcurso del tiempo debió ir surgiendo la idea de regular de modo más cierto y preciso tales convenciones, así como la necesidad de arbitrar los medios para asegurar su fiel y completo cumplimiento.

Fue así como, con la aparición de un efectivo orden jurídico, nació también la teoría de las convenciones, que originó casi directamente el régimen general de los contratos, tal como hoy lo conocemos.

En el derecho romano, la convención (*conventio, pactum* o *pactio*) era el acuerdo de voluntad de varias personas, sobre un asunto cualquiera, siendo su objeto, desde el punto de vista jurídico, crear, modificar o extinguir derechos, especialmente de crédito. Las convenciones, así entendidas, no producían efectos jurídicos perfectos, dando lugar tan sólo a excepciones y a obligaciones naturales, según resulta del análisis de algunos textos del Digesto.

Los contratos, en cambio –siempre en el derecho romano-, eran aquellas convenciones sancionadas por el derecho civil por medio de acciones y que tenían un nombre determinado, o más bien, las convenciones que tenían una denominación especial o, en su defecto, una causa civil obligatoria y que eran sancionadas por una acción, aplicándose la expresión "*contractus*" (elipsis de "*contractus negotii*" o "*negotium contractum*") más que al acuerdo, al negocio o a la relación, causa del vínculo obligatorio, ya que la relación objetiva tenía mayor peso e importancia que en el régimen contractual posterior.

En el derecho moderno, la teoría de los contratos está dominada por el principio básico de la formación de ellos por el sólo acuerdo de las partes, sin depender del empleo de formalidades, más o menos rigurosas, como las que imperaban en el derecho romano, las cuales quedan así definitivamente abolidas, tendencia que aparece, en sus orígenes, en el antiguo derecho francés de mediados del siglo XIII.

[1] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira.

Los contratos van evolucionando hacia un campo cada vez más amplio y más ágil, y con la aparición del Código Civil francés tales ideas obtienen una expresa consagración. La voluntad individual de los contratantes se torna soberana, correspondiéndole un poder creador, jurígeno, desarrollándose así la teoría de la "autonomía de la voluntad", que ha predominado en la elaboración moderna del derecho privado, y en especial en la exposición del régimen general de los contratos.

Ese régimen se estructura sobre dos bases inconmovibles: *a*) el acuerdo de las voluntades individuales, como medio eficaz para establecer los vínculos contractuales, su contenido y sus efectos; y *b*) la vigencia de ese acuerdo entre las partes, con una fuerza semejante a la de la ley. A esos principios debe agregarse que la celebración de los contratos exige que sean concertados entre las partes que actúen en un mismo nivel y en completa libertad, rigiendo y aplicándose sus estipulaciones a las partes que los consintieron, sus herederos y sucesores universales, sin que sus efectos, salvo casos muy particulares, puedan extenderse a terceros.

En el derecho argentino, el Código Civil ha regulado en forma por demás minuciosa el régimen de los contratos, incorporando los principios que, nacidos con el derecho romano, fueron aceptados por el derecho francés, cuyo Código Civil aparece frecuentemente citado por Vélez Sársfield en las notas con que acompañó el articulado de su obra. El Código de Comercio, por su parte, trata también el régimen de los contratos, pero manteniendo la estructura general impuesta por el Código Civil, excepto algunas alteraciones, que no la desnaturalizan ni desvirtúan.

En nuestros días, la teoría de los contratos aparece conmovida por la influencia de una nueva orientación, aparecida años atrás, cuyas características principales son las siguientes: *a*) debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad; *b*) implantación de fórmulas contractuales redactadas con carácter general y de antemano; y *c*) aparición de los contratos reglamentarios, que contemplan la regulación de relaciones de carácter general, como ocurre en los contratos colectivos.

Es que los contratos han tenido que adaptarse a nuevas exigencias, a nuevas modalidades, a nuevos requerimientos, experimentando mutaciones imprescindibles para que puedan continuar jugando su preponderante papel en las relaciones jurídicas interindividuales, lo que llevó a afirmar, con razón, que el contrato es la oculta lámpara de Aladino, que operó el milagro del siglo XIX (Berçaitz).

Estas nuevas tendencias han dado lugar a que se sostuviera que se asiste a una verdadera crisis del contrato, pero un más atento y realista enfoque de la situación permite concluir que en realidad, más que una crisis, lo que se ha producido es una evolución del régimen de los contratos, que procura adaptar una doctrina en muchos aspectos ya superada, a las nuevas y apremiantes exigencias de las relaciones jurídicas actuales, que se llevan a cabo en un medio social muy distinto del que existió en el pasado.

Esta conclusión aparece confirmada por el hecho de que los contratos continúan, hoy como ayer, manteniendo su vital rol en nuestra sociedad y en nuestra economía, cobrando un nuevo impulso acorde con el que ha tomado, también, el derecho civil, y en general, todo el derecho.

2. Los contratos administrativos

2.1 Introducción

La administración pública, se caracteriza por desarrollar una actividad, es decir, un conjunto de acciones y procedimientos continuados, cuyas notas distintivas son las de consistir en una actividad práctica o material, que es espontánea, y que aparece como una actividad discrecional.

En el cumplimiento de esa actividad, la administración pública dicta actos unilaterales, es decir, actos generados exclusivamente por la actuación de la acción administrativa, y que en su conjunto constituyen los actos administrativos, y actos plurilaterales, en los cuales participan distintos órganos de la administración o en los que ésta se vincula directamente con los particulares, que originan verdaderas convenciones, en los cuales la doctrina distingue los actos convencionales o simples convenciones, de los actos contractuales o contratos.

Los actos convencionales se distinguen por resultar de dos o más voluntades que concurren al logro de un fin coincidente y resultan casi siempre de la acción conjunta de dos o más entidades administrativas, que reglan así una actividad común; los contratos, en cambio, se generan cuando la administración llama al acuerdo a los particulares, dándose lugar de ese modo a un acto de voluntad común, por el cual ambas partes reglan sus derechos y obligaciones, y estos contratos, en los cuales la administración tiene siempre en mira el logro de una finalidad de interés público, son los llamados contratos administrativos.

El contrato administrativo es, pues, uno de los diversos medios jurídicos de que puede hacer uso la administración pública en el desarrollo de su actividad propia, ocupando en la vida administrativa un lugar cada vez más importante, que se acrecienta en la misma proporción en que aumenta la presencia de la administración en los diversos sectores del quehacer general.

La existencia de los contratos administrativos –la posibilidad en sí misma de la administración pública para contratar- se funda en que ésta no está obligada a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares, sino que también puede obtener su colaboración voluntaria, y por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes y servicios personales (Fraga).

Pero si no existen discrepancias en cuanto a aceptar que la administración tiene la capacidad necesaria para celebrar contratos, la cuestión no aparece tan clara cuando se trata de determinar la naturaleza y carácter de esos contratos, y principalmente cuando se busca precisar la existencia de un tipo especial de contrato, distinto del conocido en el derecho privado, y que sería justamente el contrato administrativo, propio del derecho público.

En algunos países, la legislación positiva ha puesto término a esa discusión, precisando la existencia de contratos administrativos, distintos de los del derecho privado; pero, de cualquier modo, las divergencias doctrinales se mantienen, y así es posible establecer la existencia de tendencias que niegan la posibilidad de la presencia de los contratos administrativos –como contratos diferentes de los del derecho civil- y de doctrinas que afirman, en contraposición, la realidad de tales contratos y precisan sus caracteres y efectos especiales.

2.2 Resumen de las teorías negativas y positivas del contrato administrativo

El análisis de las distintas posiciones que especialmente dentro de la doctrina alemana, italiana, española y aún francesa, han pretendido negar la existencia de los contratos administrativos, permite concretar las notas básicas en que se basan, de modo de poder luego compararlas con las teorías afirmativas de tales contratos.

De manera general, las teorías negativas concurren a señalar lo siguiente:

1) En las relaciones establecidas entre la administración y los particulares, aquélla actúa en una posición de supremacía, a veces muy ostensible. En esos casos, falta la debida igualdad entre las partes en relación, la cual es indispensable para poder hablar de la existencia de un vínculo contractual es decir, de un contrato. Al contrario, cuando existe tal igualdad entre la administración y los particulares, ésta actúa como si fuera otro particular, y entonces se está frente a un contrato de derecho privado, a un contrato civil.

2) Todo contrato exige que lo que en él se establece sea el resultado de la voluntad libre de las partes que lo celebran. Es la clásica teoría de la autonomía de la voluntad. En las relaciones entre la administración y los particulares tal autonomía de la voluntad no es posible. En primer lugar, porque la administración sólo puede actuar con arreglo a las normas que la rigen, y en cuanto a los particulares, porque éstos sólo pueden aceptar o rechazar los términos fijados por la administración, resultantes del orden normativo vigente, sin posibilidad de discutirlos, alterarlos o dejarlos sin efecto.

3) Los presuntos contratos administrativos versan sobre objetos que están, naturalmente, fuera del comercio, y el objeto de los contratos, al contrario, conforme a la doctrina común, debe ser siempre cosas que estén en el comercio, como resulta, entre nosotros, por aplicación de los arts. 1167 y 953 del Código Civil.

4) El concepto unitario del derecho, que rechaza la existencia de la dualidad derecho público-derecho privado, impide distinguir entre contratos civiles y contratos administrativos. Si hay contrato, éstos son iguales en uno y otro caso.

Las teorías negativas propician, en reemplazo de la categoría de los contratos administrativos, otras distintas, como el "acto administrativo bilateral", el "acto administrativo necesitado de coadyuvante", los "actos unilaterales coligados", los "actos-condición", etc.

Las teorías positivas del contrato administrativo, por su parte, que son hoy predominantes, según las distintas posiciones preconizadas, especialmente en el derecho francés, han buscado caracterizar esa categoría contractual, atendiendo a los siguientes aspectos:

1) En primer lugar, hay contrato administrativo siempre que una de las partes que lo celebran sea la administración pública, obrando como tal. Esta concepción, esencialmente subjetiva, es la más simple, y ha sido objeto de justificadas críticas, ya que no permite determinar con precisión cuándo la administración celebra un contrato administrativo y cuándo no.

2) Para una segunda posición, se puede afirmar la existencia de los contratos administrativos cuando se trata de contratos cuyo conocimiento es de competencia de la jurisdicción contenciosoadministrativa. Esta teoría, sin embargo, no puntualiza cuándo y por qué un contrato es sustraído a la jurisdicción común, para ser transferido a aquella jurisdicción especial.

3) También se ha procurado caracterizar a los contratos administrativos atendiendo a la observancia de ciertas formas muy especiales que se cumplen para su concertación, como la existencia de pliegos de bases y condiciones, la exigencia de licitación, etc., pero esta tendencia tropieza con el inconveniente de que en la actualidad muchos contratos indiscutiblemente de derecho privado son concertados adoptando esas mismas formas.

4) No faltan quienes reconocen a los contratos administrativos, sobre la base de la determinación del fondo mismo del contrato, de su esencia, de su sustancia, derivada de los fines que con su celebración se persiguen o de los intereses que afectan o pueden llegar a afectar.

Como una variante que se puede incluir dentro de este grupo, está la de quienes vinculan la existencia de los contratos administrativos a la idea de que son celebrados con motivo, en ocasión o en razón de la prestación de un servicio público, concepto que luego fue ampliado al de la utilidad pública, mucho más vasto, pero que igualmente llegó a resultar insuficiente.

5) Finalmente, para otra tendencia los contratos administrativos existen y se caracterizan por la inserción, en sus disposiciones, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no concebirían ni se admitirían en un contrato de derecho privado.

Es de señalar que no faltan, tampoco, las posiciones eclécticas, en las cuales para fundar la existencia de los contratos administrativos se echa mano de varios de los elementos de caracterización mencionados precedentemente, haciéndolos actuar en forma conjunta.

Todos estos criterios positivos del contrato administrativo han sido utilizados, al mismo tiempo, para llegar a diferenciar estos contratos del derecho público de los contratos de derecho privado.

Un estudio de la jurisprudencia nacional, formada en torno de la distinción de los contratos administrativos de los de derecho privado, permite comprobar que en ella tienen cabida todos los criterios de diferenciación a los cuales se ha hecho referencia, si bien la mayor parte de los pronunciamientos parece inclinarse hacia la teoría del objeto, es decir, a aquella que califica al contrato administrativo por su vinculación finalista con el servicio o la utilidad pública.

En casi toda esa jurisprudencia es dable advertir la existencia de una confusión de conceptos y de terminología, que hace muy difícil la interpretación y valoración de las decisiones judiciales, lo cual indica un aparente distanciamiento entre la doctrina nacional de derecho administrativo y la elaborada por la vía judicial.

En fecha relativamente reciente se produjo en la doctrina argentina un debate doctrinario sobre la categoría del contrato administrativo y la sustantividad de ésta, de la que fueron principales protagonistas Mairal, Cassagne, Barra y Bianchi.

2.3 El contrato administrativo y su valor jurídico

Sea cual fuere la posición que se adopte frente a la existencia de los contratos administrativos, y aun prescindiendo de toda idea sobre tal cuestión, lo cierto es que la praxis administrativa pone de manifiesto la presencia de ciertos actos, en los cuales

participa la administración pública, que presentan caracteres especiales, que los acercan al concepto que de los contratos se tiene en el derecho privado.

La actividad administrativa se compone de una serie de hechos, con trascendencia jurídica, y de declaraciones de voluntad de distinto tipo, con la particularidad de que ambas categorías producen efectos y relaciones jurídicas administrativas, o sea, relaciones en las cuales, al menos, una de las partes es la misma administración pública.

Los hechos con trascendencia jurídica que realiza la administración participan del concepto genérico con que son conocidos los hechos jurídicos en el derecho civil, tratándose, en consecuencia, de actos materiales, casi siempre de carácter voluntario, que pueden ser llevados a cabo en cumplimiento o en ejecución de un acto administrativo o con prescindencia de todo acto precedente, y que no tienen por finalidad inmediata producir efectos o alteraciones en las relaciones jurídicas, aun cuando los produzcan.

Además de los hechos con valor jurídico de la administración, en la actividad que ésta desarrolla es posible comprobar la existencia de verdaderas declaraciones de voluntad administrativa, cuya finalidad específica es la de producir, de modo inmediato, efectos jurídicos. Estas declaraciones de voluntad administrativa participan del concepto genérico con que son conocidos, en el derecho privado, los actos jurídicos, y tienen por objeto crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos y obligaciones. Entre ellas se halla la importante categoría de los actos administrativos, sobre cuya idea se ha estructurado el moderno derecho administrativo, constituidos por aquellas declaraciones unilaterales de la administración que producen efectos jurídicos subjetivos. Las declaraciones unilaterales de voluntad de la administración que producen efectos jurídicos generales, impersonales y objetivos, componen, a su vez, la gran categoría de los reglamentos, una de las fuentes más activas, como ya hemos visto, del derecho administrativo.

Resta por considerar, dentro del amplio concepto de las declaraciones de voluntad con efectos jurídicos administrativos, aquellas que no son unilaterales sino plurilaterales, y en las cuales existe cierto grado de coincidencia, cierto acuerdo o concierto, entre la voluntad de la administración y la de los particulares, o entre distintos órganos administrativos.

Dentro de estos actos jurídicos plurilaterales, se comprenden las simples convenciones y un gran grupo de actos de carácter contractual, que son precisamente aquellos que son designados bajo la denominación de “contratos administrativos”.

2.4 La noción esencial de contrato

El art. 1137 de nuestro Código Civil, como se sabe, dispone que “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Teniendo en cuenta esta disposición legal, es posible señalar que los caracteres esenciales del contrato, conforme a la doctrina más tradicional, son los siguientes: *a*) acuerdo de voluntades, debiendo actuar las partes intervinientes en un pie de igualdad y con completa libertad de acción; *b*) vigencia de los términos contractuales con un valor semejante al de la misma ley; el contrato es la ley de las partes. A estas notas se

agrega otra: limitación de los efectos de los contratos a las partes que los celebraron, sus herederos y sucesores universales.

Un análisis de la situación actual de la teoría de los contratos no sólo evidencia la evolución habida en este campo, sino que permite efectuar observaciones que, poniendo de manifiesto la existencia de nuevas formas contractuales, señalan una alteración de aquellos principios esenciales. La figura del autocontrato o contrato consigo mismo y la de los contratos de adhesión son ejemplos que permanentemente se traen a colación para demostrar lo dicho.

Las nuevas formas contractuales, empero, a pesar de que difieren o se alejan de la concepción clásica de este instituto, no por eso han dejado de ser consideradas como verdaderos contratos, lo cual indica que la caracterización del contrato resulta, actualmente, de otras notas diferenciativas, que sirven, frente a un juicio bilateral, para determinar si es o no un contrato.

En concreto, cabe afirmar que lo que singulariza esencialmente al contrato es:

a) la existencia de un acuerdo de voluntades, o sea, la existencia de dos o más voluntades individuales que concurren respecto de una declaración de voluntad que se acepta como común para todas ellas;

b) que esa declaración de voluntad común esté destinada a reglar los derechos de las partes.

Otros caracteres propios del contrato, vigentes en su tradición más clásica, como la igualdad y la libertad de las partes, la inmutabilidad de sus cláusulas y la limitación de sus efectos, han sufrido en nuestra época alteraciones más o menos profundas, sin que por ello se haya perdido la idea básica del contrato, lo que ha dado lugar a que se consideren como contractuales actos que en el pasado no hubieran sido reconocidos como tales.

En consecuencia, cuando se trata de precisar si una institución jurídica dada, si cierto acto jurídico plurilateral, es o no un contrato, no puede partirse ya de la concepción tradicional, sino que es menester basarse en la noción moderna del contrato, con plena vigencia en estos momentos.

De tal modo, al tratar la caracterización de los contratos administrativos es preciso, en primer término, considerar si éstos reúnen los caracteres esenciales de todo contrato, tal como quedan puntualizados, para luego estudiar cuáles son las notas que le dan su propia fisonomía, diferenciándolos de los contratos de derecho común.

2.5 La noción del contrato administrativo

Al tratar de esclarecer cuáles son las notas que concurren a diferenciar al contrato administrativo, otorgándole una singularidad específica dentro del derecho administrativo, es preciso dejar aclarado, en primer término, que si el contrato administrativo existe como tal y tiene características propias es porque no puede ser asimilado a la figura clásica y bien conocida del contrato de derecho privado.

Es sobre tal base que hemos de comenzar por referirnos, brevemente, a los distintos criterios aceptados por la doctrina para diferenciar el contrato administrativo del contrato de derecho privado.

En tal sentido, cabe destacar lo siguiente:

a) Criterio subjetivo

Según este criterio, el contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, o por una de sus partes, obrando como tal y relacionándose por ese conducto con los particulares.

Es el criterio más elemental de todos, y es en sí mismo insuficiente para caracterizar la noción esencial del contrato administrativo, ya que no permite precisar cuándo la administración obra como tal, celebrando un contrato administrativo, y cuándo actúa como una persona de derecho privado, celebrando entonces contratos de derecho común.

b) Criterio de la jurisdicción

En esta posición, se entiende que son contratos administrativos aquellos cuyos diferendos y controversias deben ser sometidos a la decisión de los tribunales contenciosoadministrativos, mientras que los contratos de derecho privado serían aquellos que quedan sometidos, en esos mismos supuestos, a la decisión de la jurisdicción común.

La escasa consistencia doctrinal de este criterio se pone de manifiesto en cuanto se recuerda que la jurisdicción no puede alterar ni afectar la esencia de los contratos, ni mucho menos mudar su naturaleza (Fernández de Velasco), a lo que se agrega que para que los contratos administrativos sean una verdadera categoría jurídica sustantiva, no basta con afirmar determinada competencia jurisdiccional, sino que habría que demostrar, al mismo tiempo, que esa competencia no es sino la obligada consecuencia de una diferencia de naturaleza (Garrido Falla).

La existencia de una jurisdicción específica para considerar las cuestiones derivadas de un contrato, resulta, en efecto, de que ese contrato es administrativo, y no a la inversa, con lo que el criterio de la jurisdicción no sirve para fundar aquello que se proponía evidenciar.

c) Criterio formal

El hecho de que el contrato administrativo esté sujeto, como en efecto lo está, en cuanto a su celebración, a formalidades concretas y especiales, precisadas por normas propias del derecho administrativo, no sirve tampoco como criterio cierto que permita otorgarle a este contrato su propia individualidad.

Tales procedimientos particulares, como la realización de una licitación, privada o pública, la formulación de pliegos de condiciones, los procedimientos de preadjudicación, adjudicación, aprobación, etc., en efecto, no son en realidad exclusivos del contrato administrativo, sino que la práctica jurídica pone de manifiesto que tales procedimientos son cada vez más utilizados para concluir contratos de indudable carácter privado, como son los que celebran las grandes empresas comerciales e industriales, que en sus giros adoptan normas muy semejantes, en estos aspectos, a los que rigen en la administración pública.

d) Criterio de la cláusula exorbitante

Otra de las opiniones propuestas para diferenciar el contrato administrativo, que ha sido aceptada por el Consejo de Estado francés, es la que señala que la nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia en ellos de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no tendrían cabida ni podrían ser aceptadas

dentro del derecho común, las que vendrían a poner de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público.

A estas afirmaciones se ha respondido señalando que aun en los casos en que no existen, en forma expresa, cláusulas de este tipo, la administración mantiene siempre, en los contratos de naturaleza administrativa, una posición predominante, que se manifiesta en la existencia de poderes y atribuciones que en su conjunto no son sino manifestaciones de las distintas potestades administrativas.

Además, lo que no se explica en esta posición doctrinal es por qué la administración, en los contratos administrativos, tiene prerrogativas especiales o exorbitantes, mientras que no las tiene, o por lo menos no las pone de manifiesto, cuando celebra contratos de derecho privado.

De tal modo, la existencia de cláusulas exorbitantes aparece más bien como una consecuencia, como un resultado, de otras causas más esenciales, que serían justamente las que darían su especial fisonomía al contrato administrativo.

El criterio de la cláusula exorbitante, por tanto, no es tampoco suficiente, ni permite, en sus términos absolutos, caracterizar a los contratos administrativos, como tales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación introduce, en el año 1984, la noción de cláusula exorbitante para la caracterización de un contrato como administrativo en una serie de pronunciamientos en los cuales dirimió conflictos de competencia (Coviello y su cita de los fallos recaídos en las causas "Gas del Estado"[2], "Ferrocarriles Argentinos"[3], y "López"[4]).

No es posible dejar de hacer referencia, por último, al criterio que trata de fijar la noción básica del contrato administrativo, echando mano, por extensión, a la teoría que procura diferenciar al derecho público del derecho privado, haciendo referencia a la existencia de relaciones de subordinación o de coordinación. La relación jurídica es de coordinación cuando los sujetos actúan en un mismo plano, es decir, en una situación de igualdad, concurriendo paralelamente a la formación de esa relación; es de supraordinación o subordinación, en cambio, cuando los sujetos no actúan en un plano de igualdad, o sea, no son jurídicamente iguales, teniendo una de las partes superioridad sobre la otra, la cual le está, consecuentemente, subordinada.

De tal modo, el derecho privado se caracteriza por referirse a relaciones jurídicas de coordinación, mientras que el derecho público trataría de las relaciones que se establecen bajo la forma de la supraordinación o subordinación, correspondiendo la posición preeminente, como es obvio, a la administración pública, al Estado.

Dentro de ese concepto, los contratos administrativos serían aquellos en que la relación jurídica creada adopta la forma de la supraordinación-subordinación, y en los cuales los particulares, por un acto de propia voluntad, se relacionan con la administración, subordinándose a ella, subordinación que no es personal, sino de contenido patrimonial. Los contratos comunes o de derecho privado, en cambio, serían aquellos en que las relaciones jurídicas creadas se establecen bajo la forma de la coordinación.

Al igual que en casos anteriores, el criterio de la subordinación no sirve, en sí mismo, para fundar la noción del contrato administrativo, ya que no alcanza a explicar

[2] CSJN, 26/04/1984 "Gas del Estado c. Lindoro ICSA", Fallos: 306:328.
[3] CSJN, 06/12/1984, "Ferrocarriles Argentinos c. Papadópulos", Fallos: 306:333.
[4] CSJN, 1984, "López, Juan Mauel y otra c. Nación Argentina", Fallos: 306:731.

por qué en algunos casos esa subordinación existe, y por qué en otros –los contratos de derecho privado que celebra la administración- no se presenta. La subordinación no es, pues, una causa, sino una consecuencia de otra nota esencial, que es justamente lo que hay que desentrañar.

2.6 El contrato administrativo como actividad administrativa

En este propósito de tratar de establecer la nota caracterizante de los contratos administrativos, es menester reiterar que el contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal cuyo objeto es la realización de los cometidos estatales que requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales (Sayagués Laso).

La actividad administrativa es, en su esencia, una actividad teleológica, que en todos los aspectos en que se desenvuelve exige que cuente, para que sea eficaz, con ciertos poderes, facultades o jurisdicción, de cierta prerrogativa o potestad, cuyo conjunto es estudiado al tratar de la llamada teoría de las "potestades administrativas".

Se ha dicho, con verdad, que la gran empresa administrativa, como ocurre con toda empresa, está integrada por un elemento objetivo o funcional –el conjunto de actividades y elementos que realizan el fin administrativo- y un elemento formal, el elemento poder, sin el cual no sería factible aquél, que participa del poder general del Estado, y que se fracciona en facultades particulares, que se agrupan en tres clases de potestades: la de mando, la reglamentaria y la jurisdiccional (García Oviedo).

La actividad administrativa es una actividad no homogénea, siendo posible reducirla a un concepto unitario al referirla al poder del Estado, del cual emana, en la que siempre estará presente esa idea de poder, de potestad o prerrogativa especial.

En consecuencia, es posible extraer una primera conclusión: los contratos administrativos son una forma de la actividad administrativa (actos jurídicos plurilaterales), y como tales, en ellos debe estar presente, de alguna forma, el poder o potestad administrativo, en todo o en algunos de sus aspectos más importantes.

En los contratos administrativos, por tanto, se ha de advertir la vigencia de las prerrogativas propias de la administración pública; cuando ésta actúa como tal, la presencia de esas potestades es necesaria y constante.

2.7 La finalidad de los contratos administrativos

El hecho de que los contratos administrativos sean una forma de actividad administrativa, permite considerar otro elemento que existe en ellos en forma constante: la finalidad propia de tales contratos.

Todas las definiciones que en la doctrina se han dado de la administración, a pesar de sus divergencias más o menos profundas, coinciden en expresar que la administrativa es una actividad que está dirigida a satisfacer, en forma directa, los intereses públicos, las necesidades colectivas, las necesidades del grupo social.

Los contratos administrativos participan, pues, de ese carácter, o sea, que en ellos existe también –por lo menos para la administración- un específico objeto o finalidad: la satisfacción del interés público, de las necesidades colectivas.

A fin de centrar acabadamente el concepto que se ha expresado, deben formularse varias observaciones.

En primer lugar, puede recordarse que la actividad administrativa, siendo concreta, tiende a satisfacer esas necesidades e intereses en forma directa e inmediata, siendo una acción que está ligada en forma bien perceptible a ese logro, que procura alcanzar sin dilación y sin intermediación.

Por otra parte, la idea de interés público, de necesidad colectiva, debe ser entendida en sentido amplio, acorde con el alcance que modernamente tiene en la administración, que no lo restringe a aquellos fines que son de estricto carácter jurídico, sino que lo extiende al servicio de los más amplios intereses sociales, o sea, a todo aquello en lo que el interés público esté, en cierta forma, directamente implicado.

Algunos autores han afirmado que cabe decir que está en juego el interés público siempre que la administración actúa respecto de un objeto que le ha sido atribuido como competencia propia por el ordenamiento vigente, que le concede simultáneamente poderes de ejecución (Zwahlen-Laubadère-Garrido Falla).

No faltan quienes al considerar la finalidad de los contratos administrativos, afirman que éstos tienen por tal el "servicio público", usando así una terminología que ha tenido un sentido dominante y tradicional en el derecho administrativo, pero enseguida aclaran que al hablar de servicio público lo hacen dando a esta expresión su sentido más amplio posible, o sea, asimilándola a la noción de interés público, e identificando ambos conceptos, de modo que el empleo de aquella expresión aparece como vicioso y no conveniente.

De todo lo expuesto puede extraerse una nueva conclusión, para ser tenida en cuenta al caracterizar los contratos administrativos: estos contratos tienen por objeto directo, por finalidad específica, la satisfacción del interés público, de las necesidades colectivas.

2.8 La noción de interés público

Uno de los conceptos dominantes que se reconocen en la génesis del derecho administrativo es el de "interés público", aún cuando sus referencias pueden ser variadas e incluso muy distintas (Bielsa).

Es común, incluso en el curso de esta obra, el utilizar expresiones tales como servicio público, necesidad o interés colectivo, general, o público, etc., para referirse a un concepto que, en apariencia, no sería suficientemente concreto y preciso.

Ese concepto, no obstante, tiene perfiles bien caracterizados, por lo cual sólo se requeriría alcanzar una terminología adecuada para designarlo, evitando referencias que puedan dar lugar a interpretaciones discordantes o a confusiones ideológicas.

De ahí que después de analizar todas las expresiones citadas, nos ha parecido más correcto utilizar, para referirnos a la noción que ahora nos ocupa, el vocablo "interés público", en el cual se perfila: *a*) un interés, o sea, un provecho, utilidad, o valor que en sí tiene una cosa, una conveniencia o necesidad en el orden moral o

material; y *b*) la circunstancia de que ese interés es el interés público y no cualquier otro, siendo público aquello que pertenece al pueblo, a los vecinos, lo que se vincula con la población en el sentido lato.

Adoptada esta terminología, conviene concretar en qué consiste, con precisión, este interés público, de tan vital rol en todo el derecho administrativo, como ya ha podido advertirse.

Son muchas las consideraciones que la doctrina ha hecho con ese propósito, y en virtud del examen de todas ellas es que se puede sostener, con fundamento, que el interés público consiste y es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo.

Este último concepto adquiere especial importancia, pues completa la idea común que se acepta del interés público, adicionándole aquellos supuestos, de gran trascendencia en nuestra vida moderna, en que no se puede hablar, con exactitud, de una suma mayoritaria de intereses individuales coincidentes, sino de la existencia de un interés de la propia comunidad, como tal, en el cual a cada individuo le es dable escindir su propio interés, pero como componente e integrante de aquella comunidad.

El autor escribió después una obra titulada "El interés público y el derecho administrativo", en la que desarrolla su idea sobre el interés público como fundamento unitario de la disciplina.

2.9 Definición de los contratos administrativos

Teniendo en cuenta todas las consideraciones efectuadas en el curso de este capítulo, referentes a la caracterización de los contratos administrativos, corresponde fijar la definición de este tipo especial de contrato, propio del derecho público, de modo de determinar claramente su concepto, y el de los elementos esenciales que habrán de tenerse presentes, al tratar su régimen jurídico y establecer sus connotaciones específicas.

En virtud de lo expuesto, cabe definir los contratos administrativos diciendo que son "aquellos contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ella".

En primer lugar, se dice en la definición –para reafirmar el concepto y aun a riesgo de redundancia- que los contratos administrativos son "contratos", es decir, que están identificados con la noción esencial de contrato, válida en el derecho privado, aunque puedan presentar caracteres específicos, de modo que participan y contienen elementos básicos en ese instituto.

De tal modo, se desechan los criterios que admiten que los contratos administrativos no son sino meros actos administrativos bilaterales, o simples actos administrativos, etc.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "El Rincón de los Artistas"[5] resolvió que la inexistencia de regulaciones especiales referentes a los contratos sobre las materias regidas por el título

[5] CSJN, 30/09/2003, "El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario",

III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, relativo a los actos administrativos, lleva a que aquéllos deban considerarse regulados por la misma normativa aplicable a los actos administrativos.

Los contratos administrativos son verdaderos contratos, y lo son porque en ellos es posible reconocer: *a*) la existencia de un acuerdo de voluntades, aun cuando tal acuerdo pueda ser muy peculiar, del mismo modo como lo es en ciertos modernos contratos admitidos por el derecho civil; *b*) que esa declaración de voluntad común está destinada a reglar los derechos de las partes que intervienen en la celebración del contrato.

Pero para que exista un contrato administrativo es preciso que una de las partes, por lo menos, que lo celebra sea la administración pública.

Este elemento de caracterización no implica una adhesión al criterio subjetivo –que hemos desechado expresamente-, sino la repulsa de la posición de quienes sostienen que un contrato puede ser administrativo por su fin, aunque ninguna de las partes que lo celebran sea la administración pública.

Por nuestra parte, aceptamos el criterio de que la existencia de un contrato administrativo exige, ineludiblemente, que una de las partes contratantes deba ser, en todos los casos, la administración pública, o sea, uno cualquiera de sus órganos, con capacidad suficiente para ello.

Pero el hecho de que la administración pública concurra a celebrar un contrato no es, como sabemos, razón suficiente para concluir que dicho contrato deba ser administrativo, pues es común que en tales condiciones el contrato pueda ser un contrato típico del derecho privado y regido por sus normas.

Lo que concurre a perfilar el contrato administrativo, a darle específica caracterización, es la finalidad que con su concertación persigue la administración pública, el objeto del contrato, que no es otro que la satisfacción del interés público, debiendo darse a esta última expresión el alcance establecido en el parágrafo precedente.

El contrato administrativo es, pues, un contrato celebrado por la administración pública con una finalidad de interés público.

Por esta definición, en los contratos administrativos es dable reconocer una situación de derecho público o prevalecientemente de derecho público, y es posible advertir, normalmente, la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado (y, por tanto, propias del derecho público) o que coloquen al cocontratante de la administración en una situación de subordinación respecto de ésta.

Pero conviene aclarar enseguida que la existencia de tales cláusulas en los contratos administrativos se acepta como factible, y no como necesaria, con lo que se admite la posible existencia de contratos administrativos en los cuales no haya cláusulas exorbitantes del derecho privado –al menos en forma expresa- o en que el otro cocontratante no esté en relación explícita de subordinación. Lo cual no debe entendérselo como que la administración pública se haya privado de manera absoluta, en esos casos, de sus poderes y potestades, a los que no puede ni debe renunciar

---

Fallos: 326:3700, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2003, en LL del 29/04/2004, pág. 3 con comentario de E. Mertehikian y analizado por nosotros en "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo" en Comadira, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo,* Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 665 y sigts.

mediando una circunstancia de interés público. Aun en ausencia de tales cláusulas expresas, la posición de la administración será siempre de supraordinación.

La presencia de este tipo de cláusulas ayudará a reconocer la existencia de un contrato administrativo, unido este elemento a los demás que han sido reseñados.

La caracterización de los contratos administrativos resulta, en conclusión, de las siguientes notas básicas:

a) son verdaderos contratos, es decir, participan de la noción esencial de contrato;

b) los celebra la administración pública, o sea, alguno de sus órganos, con capacidad suficiente para hacerlo;

c) tienen como finalidad el interés público;

d) pueden contener cláusulas expresas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración en una posición de subordinación respecto de ésta;

e) al perseguir la administración pública el cumplimiento de una finalidad administrativa, de interés público, actuará con las prerrogativas especiales que le son propias para el cumplimiento de esas funciones.

En un profundo estudio doctrinario sobre la noción de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha señalado que, para el Alto Tribunal Nacional, existe contrato administrativo cuando una de las partes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y/o contiene explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (Coviello, con cita del voto del Ministro Fayt en "Dulcamara"[6]; "Cinplast"[7]; "YPF"[8]; "S.A. Organización Coordinadora Argentina"[9]). En este ilustrativo estudio es posible también hallar una reseña clara y completa de la teoría del contrato administrativo en el derecho comparado en la actualidad.

2.10 Elementos del contrato administrativo

Admitida la existencia de los contratos administrativos, con una entidad jurídica específica, habiéndolos distinguido y diferenciado del contrato propio del derecho privado, y formulado su definición, es natural que esta posición nos lleve a determinar la existencia de los elementos esenciales del contrato administrativo, desde un punto de vista también especial.

Los tratadistas del derecho civil se ocuparon, desde antiguo, en precisar qué se debía entender por "elementos" de un contrato, tratando asimismo de determinar cuáles eran esos elementos.

Por "elementos" de un contrato se entendió, en sentido amplio, aquellos principios que concurren a constituirlos y que son, por tanto, parte integrante de ellos.

Al comienzo sólo se distinguían los elementos esenciales y los accidentales, pero posteriormente se aceptó la clasificación tripartita, que distingue los elementos

[6] CSJN, 29/03/1990, "Dulcamara**, S. A. c. ENTel**", Fallos: 313:376.
[7] CSJN, 02/03/1993, "Cinplast S.A. c. ENTel", Fallos: 316:212.
[8] CSJN, 03/03/1992, "YPF", Fallos: 315:158.
[9] CSJN, 17/02/1998, "S.A. Organización Coordinadora Argentina", Fallos: 321:174, publicado en ED 177-749 con nuestro comentario.

esenciales, los naturales y los accidentales, que es la que ha prevalecido, llegando a ser recogida, incluso, por la legislación positiva.

Dentro de esa tónica, los elementos esenciales son aquellos indispensables para la existencia de los contratos, y en ausencia de los cuales el contrato no existe, o es otro tipo distinto de acuerdo. Los elementos naturales, en cambio, son aquellos que ordinariamente existen en todo contrato y forman parte de él de pleno derecho, pero que los contratantes pueden lícitamente excluir por una cláusula expresa, sin afectar la existencia del contrato. Los elementos accidentales, por último, son aquellos que normalmente no corresponden a un contrato, pero que las partes pueden válidamente incluir en él.

Con referencia ya a los contratos administrativos, consideramos elementos esenciales aquellos que son indispensables para la plena existencia del contrato como tal, o sea, aquellos que concurren a integrar y determinar su específica y propia naturaleza. En consecuencia, bastará la ausencia de uno solo de esos elementos para que el contrato administrativo no exista.

Dentro de los elementos esenciales del contrato administrativo es posible efectuar una diferenciación, que distingue, por un lado, los elementos esenciales propiamente dichos, que son aquellos sin los cuales el contrato no puede existir de ninguna manera; y por el otro los elementos esenciales presupuestos, que son aquellos que están implícitos o son necesarios para la configuración de los elementos esenciales básicos, o contribuyen a su perfeccionamiento de un modo o en una forma especial, y, por ende, a la del propio contrato.

Coincidiendo con un criterio imperante en la doctrina propia del contrato privado, consideramos elementos esenciales básicos del contrato administrativo al "consentimiento" y al "objeto". Sin ellos, en efecto, no hay contrato administrativo posible, no se concibe su existencia.

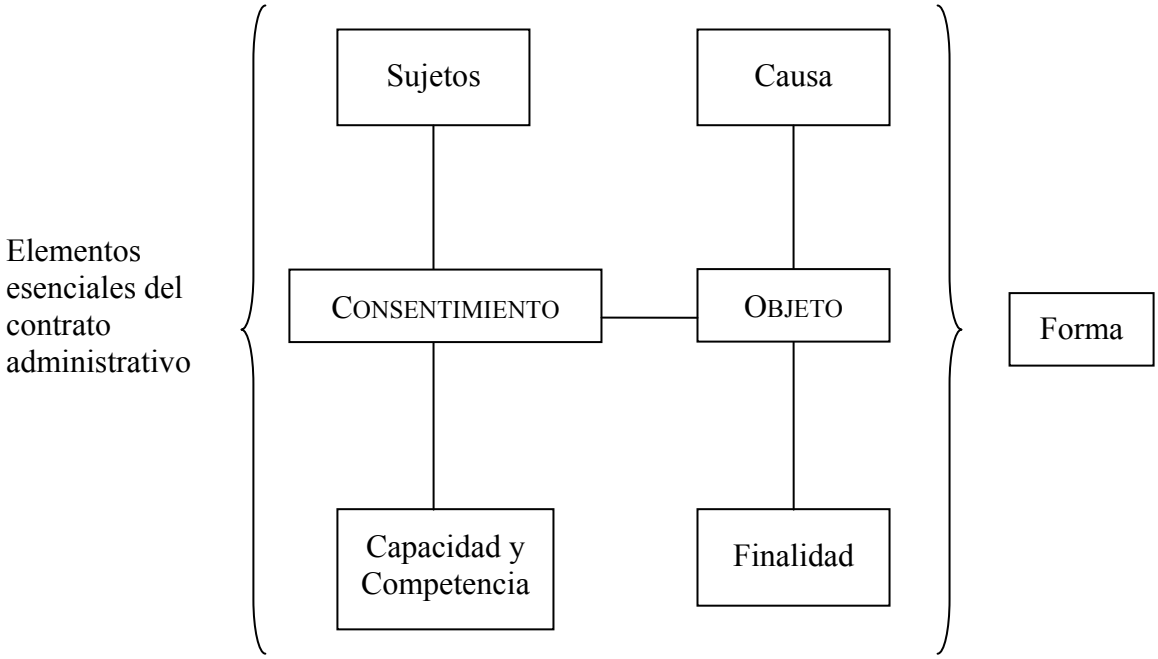
La presencia del consentimiento presupone, indispensablemente, la de los "sujetos" de los cuales dimana, y además, para que el consentimiento tenga plena validez y eficacia, es preciso que aquellos sujetos hayan obrado con "competencia" y "capacidad", según se trate del sujeto administrativo o del sujeto particular, respectivamente.

La existencia del objeto, a su vez, implica la de una "causa" y la de una "finalidad", implícitos en él y condicionados, en cuanto a su ser, por los mismos sujetos.

Como elemento esencial complementario, concurrente a veces para la existencia y en otras para la mejor eficacia del contrato administrativo, aparece la "forma", tan trascendente siempre en el derecho administrativo.

En consecuencia, en el contrato administrativo es posible distinguir dos elementos esenciales básicos –el consentimiento y el objeto-, cuatro elementos esenciales presupuestos, que son los sujetos, la competencia y capacidad, la causa y la finalidad, y un elemento esencial complementario: la forma.

El cuadro siguiente resume y ejemplifica lo dicho:



2.10.1 Los elementos esenciales básicos

2.10.1.1 El consentimiento

El consentimiento, en el régimen de los contratos, significa el acuerdo o la coincidencia de dos o más voluntades, sobre una misma cuestión. Ese consentimiento, así constituido y formado, tiene por finalidad propia establecer entre las partes, cuyas voluntades lo han integrado, vínculos obligacionales, siendo, de tal modo, el *substratum* mismo del contrato.

Para que se produzca el consentimiento es preciso, a su vez, que existan las voluntades, formadas y expresadas, de los sujetos actuantes, es decir, de la administración pública y de los sujetos particulares que con ella formalizan el contrato.

La voluntad administrativa no es sino la intención razonada y expresa de la administración de concurrir a producir un acto determinado, voluntad que es exteriorizada por una declaración o manifestación concreta del órgano correspondiente, adoptando las formas previstas para el caso.

En el proceso volitivo del órgano administrativo es posible diferenciar la existencia de distintos momentos, que para algunos autores son: la intención, la determinación y la declaración, aunque con la aclaración de que la intención es, en realidad, tan sólo un momento preparatorio del querer.

Todo proceso de formación de la voluntad administrativa está jurídicamente regulado por normas de distinto nivel, ordenamiento en el cual no sólo se determinan los órganos administrativos que necesariamente deben intervenir, sino incluso los límites y la extensión de tal participación y el valor decisorio o el asesoramiento de cada una de esas intervenciones.

El hecho de que la formación y la expresión de la voluntad administrativa estén normativamente reguladas, da lugar a que las transgresiones a dicho ordenamiento se traduzcan, en general, en verdaderos vicios, que afectan la validez y la eficacia de dicha voluntad.

El consentimiento, en efecto, se resuelve en una cuestión de procedimiento y competencia, concepto que incluye, asimismo, el proceso de formación del contrato como tal (Garrido Falla).

Entre los vicios que pueden afectar a la voluntad administrativa, y a semejanza de lo que ocurre en el derecho privado, se mencionan el error, el dolo y la violencia.

Cierta parte de la doctrina insiste en que el derecho administrativo guarda, en esta materia, cierta similitud con el derecho civil, cuyos principios podrían resultar directamente aplicables, pero en realidad tal aplicación lisa y llana no es posible, por cuanto la administración pública tiene condiciones y potestades que la distinguen especialmente y que exigen, también, normas igualmente especiales.

De cualquier modo, en el derecho administrativo se han estructurado una serie de principios que regulan, de manera adecuada, los vicios de la voluntad administrativa y sus efectos, en el régimen de los contratos administrativos.

Con respecto al error, hay acuerdo en que afecta la voluntad administrativa cuando se refiere al objeto inmediato sobre el cual versa. Iguales efectos produce el error en la persona, en los contratos que son *intuitu personae*, el error sobre la naturaleza del contrato (*error in negotio*), y el error sobre la identidad de la cosa objeto del contrato (*error in corpore*) aun cuando en estos supuestos las opiniones no son unánimes.

En cuanto a la violencia, como vicio de la voluntad administrativa, se acepta que la violencia, fuerza o intimidación, ejercidas contra el funcionario administrativo o contra quienes integran el órgano administrativo que debe adoptar la decisión, vicia la voluntad administrativa, pues en tales condiciones el funcionario o el órgano coaccionados no generan voluntad administrativa eficaz. Sin embargo, si la voluntad expresada en tales condiciones coincide con el interés público comprometido en el caso, se la debe considerar válida y eficaz, pues no habría ninguna razón que justificara su desconocimiento.

Con relación al dolo, son aplicables, en principio, los conceptos generales admitidos en el derecho civil, pero teniendo en cuenta que el dolo raramente puede presentarse en el derecho público, por la propia estructura de la administración, aunque invalidaría la voluntad administrativa si fuera esencial, en relación con la declaración administrativa.

El silencio de la administración o la manifestación tácita de la voluntad administrativa no pueden generar consentimiento y, por tanto, contrato administrativo, aun cuando cierta parte de la doctrina se inclina a sostener que puede llegar, en algunos supuestos especiales, a configurarse tal consentimiento, como ocurre cuando una norma expresa así lo dispone, o cuando, como en el caso del contrato de suministro de entrega única, la actitud de la administración hace presumir indubitablemente la existencia de una voluntad administrativa acorde con la concertación y ejecución del contrato.

En cuanto a la formación y expresión de la voluntad del sujeto particular que concurre a la celebración del contrato administrativo, toda esta materia está sometida, como es natural, a las previsiones propias del derecho privado, excepto cuando normas

administrativas expresas hayan dispuesto otra cosa, respecto de algunos aspectos o particularidades, generales o especiales, de esa formación y expresión, en cuyo caso estas últimas deben aplicarse.

¿Cómo se produce el consentimiento?

Teóricamente, nada se opone a que el acuerdo de voluntades entre la administración pública y el sujeto particular resulte de una libre discusión del contenido y las particularidades del contrato, pero la posición prevaleciente que en el contrato administrativo tiene reservada la administración, y la finalidad de interés público ínsita en toda contratación de ese tipo, han hecho que en la práctica, y en la mayoría casi absoluta de los casos, la conjunción de voluntades se logre adhiriéndose el sujeto particular cocontratante a cláusulas y condiciones prefijadas por la administración, para cada contratación. Lo excepcional es que el consentimiento resulte de una libre discusión entre las partes, y esto puede ocurrir en ciertos contratos muy particulares, en los cuales son tenidas especialmente en cuenta las condiciones y aptitudes del cocontratante de la administración.

2.10.1.2 El objeto

En el derecho civil, el objeto de un contrato, al igual que el de todo acto jurídico, puede ser una cosa o un hecho, una prestación que esté en el comercio o que por un motivo especial no se hubiera prohibido que fuera objeto de algún acto, o un hecho que no sea imposible, o ilícito, o contrario a las buenas costumbres, o prohibido por las leyes, o que se oponga a la libertad de las acciones o la conciencia o que perjudique los derechos de un tercero (arts. 1167 y siguientes del Código Civil).

El derecho administrativo, al tratar del objeto de los contratos administrativos, introduce algunas modificaciones a esa doctrina, que es menester destacar especialmente.

En primer lugar, y tal como ocurre respecto del acto administrativo, dentro del objeto, como elemento propio de los contratos administrativos, es posible diferenciar dos aspectos o facetas, según el punto de mira que se adopte: el contenido y el objeto, pero ambos íntimamente vinculados.

El "contenido" sería aquello en lo que el contrato en sí mismo consiste, sus propios elementos constitutivos y caracterizantes, mientras que el "objeto" sería, en cambio, el efecto que se propone alcanzar la administración al concertar el contrato de que se trate. Este objeto, así concebido, debe ser distinguido del motivo o causa, y también de la finalidad.

Otra parte de la doctrina administrativa da especial preferencia al "contenido", sosteniendo que el "objeto" está necesariamente comprendido dentro de aquél.

En materia de contratos administrativos, es preferible el temperamento que subsume el "contenido" y el "objeto" de esos contratos, designando el resultado bajo la denominación genérica de "objeto".

El objeto de los contratos administrativos puede ser, sin lugar a dudas, una cosa que esté fuera del comercio, al revés de lo que ocurre en el régimen de derecho privado, bastando recordar, en ese sentido, los contratos administrativos que versan sobre bienes que integran el dominio público. Ello no significa desconocer que existen ciertas

limitaciones especiales, como ocurre con la que consagra el art. 1839 del Código Civil, según el cual el usufructo no puede establecerse sobre bienes del Estado, sin una ley autorizativa previa, pero estas restricciones no sirven sino para confirmar el principio general antes citado.

Se suele afirmar, asimismo, que en el contrato administrativo el objeto no es inmutable, como ocurre en el contrato de derecho común, ya que en el primero puede ser variado, en forma unilateral, dentro de ciertos márgenes y por razones de interés público, por la misma administración pública.

Finalmente, cabe tener presente que el objeto de los contratos administrativos, como en el contrato de derecho privado, debe ser cierto, determinado y lícito, conceptos que en el ámbito administrativo adquieren mayor significación, por estar vinculados al accionar de la administración pública, sujeta a reglas propias, orientadas a la gestión final del interés público.

2.10.2 Los elementos esenciales presupuestos

2.10.2.1 Los sujetos

No se concibe la existencia del consentimiento sin la de los "sujetos" cuyas voluntades, al coincidir, generan ese consentimiento.

Es por ello que en todo contrato administrativo, al igual que lo que ocurre en los contratos de derecho privado, es factible determinar la presencia de por lo menos dos sujetos que concurren a conformarlos.

Pero la contratación administrativa presenta la especial característica de que uno de esos sujetos debe ser siempre, necesariamente, la administración pública, o más concretamente, uno de sus órganos, actuando como tal, es decir, en cumplimiento de una función administrativa.

En algún caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró administrativo a un contrato celebrado por una cooperadora escolar y un empresario particular, al entender que, en la ocasión, la cooperadora había actuado por delegación del Ministerio de Cultura y Educación (Coviello, cita de la causa "Schirato"[10]).

Se ha observado, con todo acierto, que los contratos administrativos son celebrados, en su gran mayoría, por el Poder Ejecutivo –que es el poder administrador por antonomasia-, pero ello no quita que el Poder Legislativo y el Poder Judicial, por medio de sus órganos competentes puedan también celebrar verdaderos contratos administrativos, constituyéndose así en sujetos de este tipo de contratos (Marienhoff), en aquellos casos en que actúan en el cumplimiento de una verdadera función administrativa, cuya realización, como se debe recordar, no es exclusiva de los órganos que integran el Poder Ejecutivo.

Es obvio que los contratos administrativos pueden ser celebrados tanto por órganos de la administración centralizada como de la administración descentralizada, incluyendo, como es natural, a los entes autárquicos, siempre que todos ellos actúen dentro de su específica competencia, como enseguida se verá.

---

[10] CSJN, 15/04/1982, "Schirato**, Gino c. Gobierno nacional -Ministerio de Cultura y Educación- y otra**", Fallos: 304:490.

El otro sujeto actuante en la contratación administrativa puede ser –y lo será por lo común- una persona particular, que podrá ser física o jurídica, bastando a este fin que reúna las condiciones necesarias para ser considerada, en derecho, como tal.

Lo dicho precedentemente no implica desconocer que si uno de los sujetos del contrato administrativo debe ser siempre un órgano administrativo, actuando como tal, puede ocurrir que el otro cocontratante sea, también, otro órgano administrativo, configurándose de ese modo el caso de los llamados "contratos interadministrativos" –que no son sino aquellos contratos administrativos en que todos los sujetos son órganos administrativos-, los cuales presentan ciertas particularidades, que en su momento serán expuestas.

Existen algunas objeciones doctrinales que se oponen al reconocimiento de los contratos interadministrativos, pero la práctica cotidiana de nuestra administración pone de manifiesto que tales contratos tienen efectiva realización, y que en esos supuestos la vinculación de las partes no se lleva a cabo a título de colaboración o interrelación en el cumplimiento de las funciones administrativas, sino que se establecen mediante un real acuerdo de voluntades, que genera consentimiento, o sea, un nexo contractual.

Lo más corriente es que esos contratos interadministrativos se celebren entre órganos de distintas administraciones, como ocurre en los concertados entre diferentes municipios, o en los que el cocontratante es un ente autárquico, para el logro de un objeto de interés público.

2.10.2.2 La competencia y la capacidad

Para que el contrato administrativo adquiera plena validez, para que exista en toda su plenitud, es menester que los sujetos que lo celebran –el órgano administrativo o, en general, la administración, por una parte, y el sujeto particular, por la otra- hayan actuado dentro de su aptitud legal para obligarse, aptitud que para la administración se denomina "competencia", mientras que para el sujeto particular constituye su "capacidad".

La competencia, que se define diciendo que es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos, especificándose así los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente unos y otros, tiene, respecto de los órganos de la administración pública, un rol equivalente al que corresponde a la capacidad e las personas de existencia visible en el derecho privado.

Pero si para éstas la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, que debe resultar de textos legales expresos, en el derecho público, y para los órganos administrativos, centralizados o descentralizados, la incapacidad es la regla común, mientras que la capacidad o "competencia" sólo existe en tanto y en cuanto los textos legales la atribuyan, con jerarquía jurídica suficiente como para concederla. Es decir, que la competencia de los órganos administrativos –en el caso para celebrar contratos administrativos- debe resultar siempre de textos normativos expresos.

Sin embargo, y por razones relativas a la mejor marcha de la administración, se ha aceptado –y así lo hizo la jurisprudencia francesa- que no es posible una estricta aplicación del principio precedentemente consignado, que traería aparejados serios tropiezos prácticos, sino que cabe una amplia interpretación de las normas legales que establecen la competencia, mediante la aplicación del criterio de la "especialidad".

Sobre el criterio a emplear para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes del Estado véase lo expuesto *supra.*

Por otro lado, no se debe olvidar que la competencia no es una simple atribución de facultades y poderes, ni una mera aptitud de obrar. Al contrario, la competencia entraña, para la autoridad que la tiene, un deber de obrar, que hace que ningún órgano administrativo pueda rehuir actuar respecto de una cuestión que es propia de su competencia, ni dejar de celebrar los actos jurídicos correspondientes para el cumplimiento de esa competencia, siendo esa actuación, de tal modo, una obligación ineludible.

Por último, la competencia atribuida por las normas jurídicas aplicables, a un órgano administrativo determinado, no puede ser atribuida ni transferida por ese órgano a otro distinto, excepto en aquellos casos en que esa atribución o transferencia se halla prevista o admitida por el mismo ordenamiento normativo. Es que la distribución de atribuciones y poderes ha sido hecha no sólo por razones de distribución de trabajo, sino también por motivos de aptitud, de mejor cumplimiento de las finalidades administrativas, de mayor eficiencia, y por ello mismo con mira al interés público.

En cuanto a la capacidad del sujeto particular que concurre a celebrar un contrato administrativo, ella se rige, en principio, por las normas del derecho privado que en el caso sean aplicables. No obstante, se debe tener muy en cuenta que la capacidad del sujeto particular puede y suele estar regulada, también, por normas específicas del derecho administrativo, que pueden modificar, ampliándola o restringiéndola, aquella capacidad genérica de las personas. En caso de que tales normas administrativas existan, deben ser aplicadas con prioridad a las que son propias del derecho privado.

Resulta innecesario señalar que en el caso de los contratos interadministrativos, el cocontratante administrativo debe actuar dentro de su propia competencia y ceñirse a ella, conforme a las normas que la rijan. Asimismo, en la contratación interadministrativa es corriente que el cocontratante administrativo quede exceptuado de ciertos requisitos impuestos por las leyes administrativas al cocontratante particular, y que limitan, en ciertos aspectos, la aptitud de éste para contratar.

2.10.2.4 La causa

Es opinión aceptada la de que si bien respecto del acto administrativo no es adecuado hablar de la teoría de la causa en su sentido tradicional, siendo más conveniente sustituirla por la noción de "motivo", en el campo de los contratos administrativos, en cambio, aquella teoría, tal como actualmente está expuesta en el derecho privado, readquiere gran parte de su predicamento, aun cuando presentando particularidades que la singularizan.

De tal modo, la causa, como razón determinante de la voluntad de quienes concurren al contrato, dirigida a la realización del acto, considerado como una totalidad, e incorporada a su régimen por mención expresa en su título, o por la común intención de los otorgantes, constituye un elemento del contrato administrativo, con caracteres semejantes a los que ofrece como elemento componente de los contratos del derecho privado.

A pesar de ello, es necesario señalar que en los contratos administrativos la causa adquiere mayor importancia que en los de derecho común, ya que en el contrato administrativo está fuertemente influida por la finalidad –elemento al cual enseguida nos referiremos- que hace que esté siempre presente e implícito el interés público, cuya satisfacción o realización es la razón de ser de la contratación administrativa.

Por tanto, la existencia de la causa, con todos sus defectos y consecuencias, tiene especial gravitación en el ámbito de los contratos administrativos, y así debe considerársela.

Sin embargo, la teoría de la causa, en su aplicación a los contratos administrativos, presenta una importante alteración, que es la que resulta del principio de que si en los contratos de derecho privado sólo se requiere que la causa haya existido en el momento de celebrarse el contrato, sin que su ulterior desaparición afecte la vigencia y la validez de él, en los contratos administrativos, al contrario, para que no caigan y mantengan su existencia, es preciso que la causa subsista con la misma plenitud, ya que si desaparece, el contrato administrativo se extingue.

Es que la administración pública sólo actúa y sólo se justifica que actúe cuando con su acción procura el logro de finalidades administrativas, de interés público, de modo que si ese interés o ese fin desaparecen, y como consecuencia cesa la causa del contrato, no hay razón alguna que imponga que aquél siga manteniendo su eficacia, siga rigiendo.

Cesante la causa, el contrato administrativo desaparecerá, siendo ésta una condición que el cocontratante particular tiene que aceptar desde un principio, como formando parte de su especial posición jurídica frente a la administración, sin perjuicio de que se establezcan, por otro lado, los efectos que se derivarán para ambas partes de la caída del contrato, insubsistente por falta de causa.

2.10.2.5 La finalidad

En forma conexa con la causa, influyéndola directamente y gravitando en todo su contexto, aparece la "finalidad" de los contratos administrativos, que no es otra cosa sino la condición de subordinación al fin de interés público de que se trate en cada caso, y que el contrato administrativo debe procurar satisfacer.

Lo dicho significa que el contrato administrativo reconoce una causa y, además, una finalidad, que es esa directa y plena relación con el fin de interés público, con la actividad administrativa en concreto, que domina todo el panorama de ese accionar, y, por ende, el del contrato que se celebra para concurrir o alcanzar su logro.

Doctrinalmente, se ha concretado muy claramente la idea de "finalidad" (aunque referida al acto administrativo) diciendo que con la finalidad se expresa "porque se desea obtener determinado objeto" (Marienhoff), y esa idea puede ser trasladada en la esfera de los contratos administrativos, expresando que con ella se aclara por qué se busca alcanzar aquello en que el contrato consiste, y que debe estar conforme con los fines de cada actividad o servicio, los que a su vez están directa o indirectamente señalados por el ordenamiento jurídico.

El reconocimiento de la finalidad del contrato administrativo tiene efectos importantes, ya que la irregularidad en la finalidad vicia la contratación, llegando a producir su invalidez.

Así, si la administración celebra un contrato procurando un fin ilícito, dicho contrato es ineficaz, y lo mismo ocurre cuando con el contrato se persigue un fin oculto indebido, supuesto este último en el cual tendría cabida la aplicación de la doctrina de la "desviación de poder", aunque con las naturales reservas y restricciones resultantes de trasladar una teoría formulada respecto de los actos administrativos, a actos de naturaleza contractual y, por tanto, plurilaterales, lo cual se pone de manifiesto, especialmente, cuando se considera la situación del cocontratante particular, que participa en un contrato administrativo afectado por esa "desviación de poder".

La causa y finalidad son así, en la teoría del contrato administrativo, dos elementos que se complementan e interconexionan directamente, adquiriendo una trascendencia que supera, como queda dicho, incluso a la que la teoría de la causa ha adquirido en el régimen de los contratos de derecho común.

2.10.2.6 El elemento esencial complementario: la forma.

Ya es sabido que a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en el cual, por lo común, los actos jurídicos no están sujetos a formas predeterminadas impuestas por la ley, en el derecho administrativo la observancia de la forma es la regla, lo cual resulta, principalmente, de la especial naturaleza del sujeto de que emana la actividad administrativa, es decir, de la administración pública. Las formas, además, cumplen también, en el derecho administrativo, una innegable función de garantía, tanto en favor de los administrados como en salvaguarda del interés público (Marienhoff).

También nos hemos referido, en páginas anteriores, al distingo que se ha hecho entre la "forma" propiamente dicha y las "formalidades". Mientras que la primera es el modo como se documenta la voluntad administrativa, conforme a las prescripciones legales y reglamentarias, las segundas, en cambio, son los requisitos que deben cumplirse para expresar la voluntad administrativa en el acto de que se trate, pudiendo ser anteriores, concomitantes o aún posteriores a dicho acto (Sayagués Laso).

Los contratos administrativos no podían escapar a estos principios, que le son, al contrario, estrictamente aplicables, y es por ello que están sujetos a formas severas, impuestas por el derecho administrativo, y que deben ser necesariamente respetadas, ya que de otro modo se afectaría la validez del contrato celebrado con violación de las formas prescritas.

Puede ocurrir que no haya formas genéricamente impuestas a los contratos administrativos, o que tales formas hayan sido, al contrario, específica y particularmente impuestas.

En nuestro país, y sobre todo en el orden nacional, la cuestión no estaba adecuadamente resuelta, existiendo leyes especiales –como la 13.064, que regula el contrato administrativo de obra pública- de cuyas disposiciones resulta la exigencia obligatoria de la forma escrita, criterio que también siguieron distintas reglamentaciones aplicables a la contratación administrativa, sin que ello haya sido óbice para que alguna jurisprudencia haya sostenido la existencia válida de un contrato administrativo, a pesar de que no se hayan respetado en el caso las formas prescritas.

La discusión se ha centrado, en ese sentido, respecto de si la forma, y en especial la forma escrita, es exigible aun en aquellos supuestos en que no estuviera expresamente impuesta por las normas vigentes y aplicables, y en ese sentido se han dividido las posiciones entre quienes sostienen que la forma es siempre exigible, aún cuando exista vacío normativo, y entre quienes se han volcado al principio de la libertad formal, de modo que un contrato administrativo, a falta de norma expresa, puede celebrarse bajo cualquier forma, aún la verbal.

En realidad, si el derecho administrativo es esencialmente formal, es decir, sujeto a la observancia de las formas, como regla infranqueable, y si la forma administrativa común, por múltiples razones, es la escrita, va de suyo que los contratos administrativos también deben ser celebrados bajo la forma escrita, como razonable garantía y mínima exigencia.

Además, si subsistían dudas al respecto, la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 ha venido a despejarlas definitivamente, ya que al referirse en su art. 8 a la "forma" del "acto administrativo", en general, dispone que "se manifestará expresamente y por escrito", pudiendo adoptarse una forma distinta, por excepción –en concreto, la verbal-, cuando "las circunstancias lo permitieran". Este criterio legal debe ser aplicado directamente y por extensión, a los contratos administrativos, con indudable beneficio para la mejor actuación de la administración pública.

En consecuencia, los contratos administrativos están sujetos al requisito de la forma escrita –sin perjuicio de las demás especialmente prescritas-, y sólo por excepción, y cuando las circunstancias lo permitan y justifiquen, se podrá recurrir a su celebración en forma verbal. Pero –repetimos- estos últimos serán casos muy raros, en los cuales la prueba del contrato y de sus términos será siempre dificultosa y arriesgada.

El artículo 11 del Decreto 1023/01, que fija el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, bajo el título "Formalidades", establece que deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7º de la Ley Nº 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección; b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares; c) La declaración de que el llamado hubiere resultado desierto o fracasado; d) La preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple; e) La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o cocontratantes; f) La aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación; g) La determinación de dejar sin efecto el procedimiento; h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación; i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato.

En cuanto a las formalidades –también importantes en la contratación administrativa-, se hará referencia a ellas al tratar la formación y ejecución de los contratos administrativos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la prueba de un contrato administrativo está íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado, pues cuando la legislación aplicable exige una fórmula específica para la conclusión de un determinado contrato (por ejemplo licitación pública) dicha forma debe ser respetada por constituir un requisito esencial de su existencia; y por aplicación de esa doctrina ha desestimado pretensiones de contratistas sustentadas en supuestos contratos que, de haberse celebrados, no lo habrían sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo aplicable a su formación ("Mas Consultores"[11];

[11] CSJN, 01/06/2000, "Mas Consultores **Empresas Sociedad Anónima c. Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)**", Fallos: 323:1515, también ublicado en EDA, 2000/2001, 61.

"Servicios Empresariales Wallabies"[12]; "Ingeniería Omega"[13]; "Kao"[14]; "Magnarelli"[15]; "Indicom S.A."[16]).

2.10.3 Los elementos no esenciales

Habiendo concluido el estudio de los elementos esenciales del contrato administrativo, nos resta considerar ahora la presencia en él de ciertos elementos no esenciales, que también pueden concurrir a integrar los contratos de derecho público.

En un parágrafo anterior hemos mencionado la existencia de una clasificación tripartita de los elementos del contrato de derecho privado, que diferencia los elementos esenciales, distinguiéndolos de los naturales y los accidentales, dando la noción básica de todos ellos.

La traslación a la esfera del contrato administrativo de esta clasificación tripartita es más aparente que real, o, mejor dicho, sólo puede hacérsela si se le introducen ciertas limitaciones y si se tienen en cuenta las particularidades propias del contrato administrativo como contrato de derecho público, en el cual una de las partes es la administración pública, obrando como tal.

En efecto, en el caso de los elementos naturales, estando todos ellos previstos, deben ser también observados, puesto que una de las partes (el sujeto administrativo) no puede apartarse de esa observancia.

Por tanto, las partes sólo podrían excluir tales elementos del contrato, en el supuesto de que la misma ley haya autorizado expresamente a suprimirlos, es decir, cuando exista la facultad para la administración pública de incluir o no en el contrato tales elementos, según convenga para la mejor satisfacción del interés público.

Igual consideración cabe respecto de los elementos accidentales, que no corresponden ordinariamente a un contrato administrativo dado, y que podrán ser incluidos en él si el sujeto administrativo obra, al hacerlo, dentro de su competencia, o sea, cumpliendo el mandato legal, vigente como facultad, de la cual puede o no usar.

La clasificación tripartita de los elementos del contrato, vigente en el derecho privado, queda de este modo bastante desteñida y alterada al pretender trasladársela al campo del derecho administrativo, como resultado del imperativo de que la administración pública siempre tiene que obrar dentro de su competencia, con posibilidad de hacer sólo lo que la ley dispone y atribuye. Por esta causa, resulta más razonable, tal vez, hablar de los elementos esenciales, por un lado, y de los elementos no esenciales, por el otro, retornando de ese modo, de alguna manera, a la clasificación bipartita admitida por el derecho civil anterior a Pothier.

---

[12] CSJN, 11/07/2000, "Servicios Empresariales Wallabies S.R.L. v. Salta, Provincia de s/ incumplimiento de contrato", Fallos: 323:1841.

[13] CSJN, 05/12/2000, "Ingeniería Omega **Sociedad Anónima c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires**", Elfillos: 323:3924, también publicado en EDA, 2000/2001, 231.

[14] CSJN, 25/09/2001, "Kao, Carl Chung Ching v. Provincia de La Pampa", Fallos: 324:3019.

[15] CSJN, 10/04/2003, "Magnarelli, César A. c. Provincia de Misiones y otros", Fallos: 326:1280.

[16] CSJN, 10/02/2004, "Indicom S.A. c/ Buenos Aires, Pcia. de s/ cobro de pesos", Fallos: 327:84, también publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/06/2004.

Por nuestra parte, nos reservamos tratar de los posibles elementos naturales y accidentales de cada contrato administrativo, al tratar de cada uno de ellos en particular, en el capítulo siguiente.

2.11 Clasificación de los contratos administrativos

Los contratos administrativos, al igual que los de derecho privado, han sido objeto de diferentes clasificaciones, y la doctrina se ha volcado a efectuarlas partiendo para ello de distintos y a veces muy opuestos puntos de vista.

Pero si los conceptos jurídicos pueden ser clasificados, tal clasificación no puede hacerse sino con un criterio también jurídico y con un fin jurídico.

El estudio de la clasificación de los contratos administrativos, de tal modo, debe hacerse sobre la base indicada, con un propósito que encuentre su razón de ser en el mejor manejo y aplicación de los conceptos jurídicos comprendidos en la teoría general de los contratos de ese tipo.

En términos generales, resultan admisibles respecto de los contratos administrativos, las clasificaciones admitidas por la doctrina para los contratos de derecho privado, pero sin que ello signifique aceptar como posible una directa traslación de tales clasificaciones de unos a otros contratos. Al contrario, existen respecto de los contratos administrativos particularidades y alteraciones que dan lugar a que se perfile una especial y propia clasificación de esos contratos, aun cuando guarde vinculaciones y semejanzas con la que se aplica en el derecho privado.

Con estas salvedades, los contratos administrativos pueden ser clasificados del modo siguiente:

2.11.1 Por las partes que se obligan.

Teniendo en cuenta el número de partes que se obliguen en el contrato administrativo, éstos se dividen en unilaterales y bilaterales. En los primeros, es una sola la parte que se obliga hacia la otra, sin estarle ésta, a su vez, obligada; en los segundos, al contrario, las partes quedan obligadas, recíprocamente, la una hacia la otra.

Como ejemplo de contrato administrativo unilateral se suele citar el ofrecimiento de concurso, mientras que como contrato bilateral o sinalagmático se puede indicar, entre otros, el de obra pública.

2.11.2 Por la relación que existe entre las prestaciones

Teniendo en cuenta este aspecto, los contratos administrativos pueden ser a título oneroso o a título gratuito.

Los contratos onerosos se configuran cuando las ventajas que otorgan a una de las partes le son concedidas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte ha prometido o ha hecho a la otra.

Los contratos a título gratuito, en cambio, son aquellos que dan lugar a una ventaja a favor de una de las partes, con prescindencia de toda prestación de ésta a la primera.

La mayor parte de los contratos administrativos son a título oneroso. Los contratos a título gratuito son realmente excepcionales, pudiéndose mencionar, en este sentido, ciertas donaciones, cuando ellas, por sus características, constituyen un contrato administrativo.

2.11.3 Por el momento en que quedan concluidas

Considerando el momento en que los contratos administrativos quedan concluidos, pueden ser divididos en consensuales, que son aquellos que quedan concertados desde que la partes manifiestan su consentimiento; o reales, que son los que quedan formalizados desde la tradición de la cosa sobre la cual versa el contrato.

La mayor parte de los contratos administrativos son consensuales, pudiéndose mencionar como contrato real el contrato de depósito, cuando éste, por sus propias características, es un contrato administrativo.

2.11.4 Por su clasificación o no por la ley

Los contratos administrativos pueden ser clasificados, asimismo, en nominados o innominados.

Los más importantes contratos administrativos son contratos nominados, es decir, que están designados por la ley bajo una denominación especial y regulados por ella en sus caracteres y condiciones generales. Ejemplo típico de estos contratos es el de obra pública, designado y reglado por la ley 13.064.

Algunos autores pretenden sostener, al respecto, que en el derecho administrativo no es posible hablar de la existencia de contratos administrativos innominados, ya que la actividad administrativa es una actividad reglada por el orden jurídico y subordinada a él.

Este criterio, en verdad, es excesivamente riguroso, y plantea la cuestión en términos equivocados.

Es cierto que muchos contratos administrativos están nominados y regidos por la ley. Pero no es sostenible, en cambio, que la administración pública, en el curso de su gestión, no pueda celebrar sino esos contratos, y solamente ésos.

Al contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negársele a la administración la posibilidad de celebrar otros tipos o clases de contratos, y aun la de crear nuevas figuras contractuales, si así fuera menester.

La única condición que delimita el accionar de la administración pública y lo restringe a sus correctos límites, es la de que al celebrar tales contratos innominados, debe obrar y mantenerse siempre dentro de su competencia, ya que ésta sí –como se sabe- no puede ser excedida, sin que quede afectada la validez del acto así concretado.

Si la administración ha obrado dentro de su competencia, no hay dificultad en reconocerle validez al contrato que haya celebrado, aún cuando al concertarlo se haya

apartado de los tipos designados y regulados específicamente por la ley, o sea, aun cuando haya hecho un contrato innominado.

Lo contrario implicaría, como fácilmente se comprende, limitar el accionar administrativo a márgenes excesivamente estrechos y restarle la fluidez que le es necesaria para afrontar las variadas y múltiples situaciones que se ofrecen en la praxis administrativa.

2.11.5 Por la circunstancia de que las prestaciones sean o no ciertas y puedan ser objeto de apreciación

Los contratos administrativos pueden ser, a su vez, conmutativos o aleatorios.

Son conmutativos aquellos en que las prestaciones que reportan a las partes que los celebran son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata. Son aleatorios, en cambio, cuando las ventajas o pérdidas que de ellos resultan para las partes, o al menos para una sola de ellas, dependen de un acontecimiento incierto.

La gran mayoría de los contratos administrativos son conmutativos, sin que se pueda llegar a entender que la facultad que en ellos tiene la administración de introducir variaciones en más o en menos en las prestaciones que debe cumplir su cocontratante altere ese carácter, ya que el *jus variandi*, en primer lugar, está restringido a ciertos límites normativamente establecidos, tratándose, además, de alteraciones del contrato previamente pactadas, tenidas en cuenta por las partes, y que no impiden la inmediata y continuada apreciación de las prestaciones.

Dentro de los contratos administrativos aleatorios se suele incluir a los de juegos explotados directamente por el Estado, como loterías, ruletas, quinielas, pronósticos deportivos, etc.

Se ha discutido y se discute aún en doctrina si esos contratos de juego son o no verdaderos contratos administrativos.

Parece más atendible y razonable la tendencia que sostiene que las loterías, ruletas, quinielas y otros juegos semejantes que el Estado explota con el carácter de monopolio oficial, configuran contratos administrativos, y ello no sólo porque el Estado es el único y exclusivo organizador de ellos, o están sujetos a normas propias del derecho administrativo, sino principalmente porque: 1) son verdaderos contratos, ya que participan de la noción esencial de este instituto jurídico; 2) son celebrados por la administración pública; 3) su finalidad es el interés público, ya que por medio de tales juegos se alcanza un lucro oficial, cuyo destino legal es aplicarlo al logro, directo e inmediato, de fines de interés general, con lo cual se intenta, además, justificar, desde el punto de vista moral, su explotación, y 4) la administración actúa, en su organización y desarrollo, con prerrogativas especiales e incluso insertando cláusulas exorbitantes del derecho privado.

2.11.6 Por su dependencia o no de otro contrato

Los contratos administrativos se distinguen también, en este sentido, en principales y accesorios.

Un contrato es principal cuando tiene existencia sin depender para ello de ningún otro, como ocurre con gran mayoría de los contratos administrativos, como los de obra pública, suministro, concesión de servicios públicos, etc.

Pero la práctica administrativa no desconoce la existencia de contratos administrativos accesorios, es decir, de contratos cuya existencia depende de otro principal, como ocurre con el concepto de fianza, cuando es administrativo, o con ciertas contrataciones innominadas, en las cuales se celebran varios contratos, subordinados unos a otros en su existencia.

2.11.7 Por la circunstancia de constituir o no una unidad diferenciada

Menos importancia adquiere, en cambio, la clasificación de los contratos administrativos en simples, complejos o mixtos, clasificación que está directamente emparentada con la que distingue los contratos en nominados o innominados.

Los contratos nominados, en efecto, se nos aparecen como figuras jurídicas definidas y distintas unas de otras; son los contratos "simples", que constituyen una unidad, existente como tal.

En los contratos innominados, en cambio, puede ocurrir que éstos aparezcan como la integración de dos o más contratos nominados, o como la integración de diferentes elementos de ellos; son los contratos "complejos" o "mixtos", regidos por las reglas generales de los contratos y por el fin perseguido al celebrarlos.

2.11.8 Por la duración del cumplimiento de las prestaciones

Por su vinculación con los efectos de la resolución de los contratos, la influencia del caso fortuito y la aplicación de la teoría de la imprevisión, adquiere importancia la clasificación de los contratos administrativos en instantáneos, sucesivos o escalonados. El contrato es de ejecución instantánea cuando sus prestaciones se cumplen en un tiempo único, aun cuando esté sujeto a plazo. Es de ejecución sucesiva, en cambio, cuando las prestaciones se cumplen de manera continuada, en períodos convenidos por las partes y en un tiempo determinado o indeterminado. Es de ejecución escalonada, por último, cuando la prestación debe cumplirse fraccionadamente, en épocas o períodos diferentes.

El contrato administrativo de suministro evidencia, frecuentemente, ejemplos de este tipo de contratos.

No se puede aceptar, en cambio, por ser manifiestamente improcedente, la división de los contratos en causados y abstractos, aceptada en el derecho común. En efecto, es sabida la importancia que tiene, en el campo de los contratos administrativos, su causa y su finalidad, y la íntima relación que existe entre una y otra como elementos esenciales presupuestos que los integran. Además, si el examen de la legalidad de los actos administrativos impone como posible, conveniente y necesaria la motivación de todos ellos, no es menos cierto que esa obligación es extensible, razonablemente, a los contratos administrativos, cuya causa debe aparecer expresamente manifestada, al menos por la administración pública.

En consecuencia, todos los contratos administrativos –nominados o innominados- deben ser causados, debiendo desecharse como jurídicamente imposible la pretendida existencia de contratos administrativos abstractos.

Resumiendo, podemos afirmar que los contratos administrativos pueden ser objeto de las siguientes clasificaciones:

1)	Por las partes que se obligan	unilaterales bilaterales
2)	Por la relación que existe entre las prestaciones	a título oneroso a título gratuito
3)	Por el momento en que quedan concluidos	consensuales reales
4)	Por su clasificación o no por la ley	nominados innominados
5)	Por la circunstancia de que las prestaciones sean o no ciertas y puedan ser objeto de apreciación	conmutativos aleatorios
6)	Por su dependencia o no de otro contrato	principales accesorios
7)	Por la circunstancia de constituir o no una unidad diferenciada	simples mixtos complejos
8)	Por la duración del cumplimiento de las prestaciones	instantáneos sucesivos escalonados

2.12 Contratos administrativos y de derecho común

Se ha señalado que la administración pública, al mismo tiempo que celebra contratos administrativos propiamente dichos, puede también acordar contratos de derecho privado, civil o comercial, posibilidad esta última que resultaría de la necesidad de no aplicar todo el rigorismo propio del derecho administrativo a actos cuyo contenido estaría reglado por el derecho común.

Para otra parte de la doctrina, la situación es distinta, ya que sin negar la realidad de que el derecho privado sea aplicable, en ciertos casos, a la actuación de los órganos administrativos –lo cual, sin embargo, es bastante excepcional-, tal circunstancia no autoriza a concluir que en esos supuestos se esté ante actos jurídicos de derecho privado, puesto que lo que ocurre, en verdad, es que el derecho privado se aplica sólo con respecto al objeto del acto dictado por la administración, mientras que siempre se

aplicaría en cuanto a la competencia, la voluntad y la forma de dichos actos el derecho público. No hay, pues, "actos de derecho privado" realizados por la administración, sino, a lo sumo, actos mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado (objeto).

Pero en cuanto se recuerda la importancia que en esos supuestos tiene todo el régimen de la competencia, al punto de que si la competencia del órgano administrativo falta el acto celebrado cae, inmediatamente se concluye que lo que sucede es que ciertos actos administrativos pueden, a veces, estar regidos, en punto a su objeto, por el derecho privado, pero sin que por ello dejen de ser actos administrativos, para transformarse en actos de derecho privado de la administración, concepto que puede ser extendido, sin dificultad, al campo de los contratos administrativos.

No obstante, estas argumentaciones no alcanzan a explicar suficientemente por qué la administración pública puede en unos casos celebrar contratos de derecho público y en otros de derecho privado, por qué en unos actúa de una manera y en otros en forma distinta, por qué, en fin, esta facultad de moverse en uno y otro campo del derecho, indistintamente.

Para dar respuesta a estos interrogantes, es preciso partir de tres nociones básicas del derecho administrativo, que están entrelazadas entre sí: el concepto de administración pública, el de actividad administrativa y el de potestad administrativa.

Ya en el capítulo I hemos dado la definición de la administración pública (el autor se refiere a su Compendio de Derecho Administrativo), y de todos los elementos contenidos en ella conviene retener, especialmente, que la función en que consiste la administración pública es una actividad teleológica, que se propone la satisfacción "directa" e "inmediata" de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado.

Del concepto de actividad administrativa, por su parte, resulta que ésta existirá siempre que se cumpla una actividad del Estado que tenga por objeto, en forma directa e inmediata, satisfacer las necesidades colectivas y los fines estatales, o sea, siempre que se desarrolle una actividad dirigida al cumplimiento de finalidades de interés público.

La aplicación de la teoría de la especialidad, respecto de la competencia de los órganos y personas administrativas, lleva a que éstas, si bien no pueden realizar actos que sean ajenos a los fines para los cuales fueron creados, puedan moverse, sin embargo, con cierta amplitud, en cuanto a la interpretación y aplicación de esta regla, aunque sin llegar nunca a desconocerla.

Por esta vía es factible admitir que si los órganos administrativos deben desarrollar una actividad que tienda de manera directa e inmediata al logro de finalidades de interés público, también pueden cumplir una actividad que teniendo como meta dichos logros, busque alcanzarlos pero de manera indirecta y mediata, configurándose así una actividad legítima y lícita, y complementaria de la anterior.

Superada la tesis de la doble personalidad del Estado, para aceptar que lo que existe son dos capacidades distintas, de derecho público y de derecho privado, o bien una sola capacidad que se extiende a ese doble ámbito, surge con claridad que cuando la administración desarrolla una actividad típicamente administrativa, o sea, que procura alcanzar sus finalidades en forma directa e inmediata, desplegando con plenitud las potestades que tiene y que son inherentes a ese accionar, esta actividad debe estar necesariamente regida, en toda su amplitud, por el derecho público, mientras que cuando la actividad administrativa tiende sólo de manera indirecta y mediata al logro de las finalidades de interés público, esa actividad estará o podrá estar, por lo menos en lo

que se refiere a su objeto, regida por el derecho privado, sin perjuicio de que una parte de ella (competencia del órgano administrativo, voluntad y forma del acto) deba seguir siendo regida por el derecho público, conforme corresponda. Se trata, en estos casos, de actividades que los particulares, por lo general, también pueden cumplir y que están regidas por el derecho común, existiendo, asimismo, una serie de situaciones intermedias, en las cuales se podrá aplicar, con mayor o menor amplitud, el derecho público o el derecho privado, y que no alteran el criterio sentado. En ambos casos, la finalidad buscada es la misma –el interés público-, pero la manera como se procura alcanzarla es distinta –directa e inmediata en unos supuestos, indirecta y mediata en los otros-, razón por la cual las modalidades del régimen son también diferentes.

Queda así explicado porqué la administración pública aplica en unos casos el derecho público, y se ciñe en otros al derecho privado, porqué puede celebrar contratos administrativos y también contratos de derecho privado, porqué puede moverse indistintamente en uno y otro campo, así como cuál es la causa por la que en ambos casos todo el régimen relativo a la competencia y voluntad del órgano administrativo e incluso el de la forma, deben quedar siempre sujetos y regulados por el derecho público.

Este criterio sirve igualmente –y esto es muy importante- para aclarar porqué la administración pública puede cumplir funciones que no sean estatales, en su sentido más estricto, y que constituyan, al contrario, actividades propias de los particulares –como los comerciales e industriales-; y para fijar los límites razonables de esta otra actividad, que resultan de la necesidad de que ella concurra al logro de las necesidades colectivas y de los fines del Estado, aunque sea de manera indirecta y mediata.

La distinción entre un contrato administrativo propiamente dicho y un contrato de derecho común de la administración, adquiere importancia en cuanto se relaciona con el diferente régimen jurídico que se aplica en cada caso, y con las distintas consecuencias jurídicas que de una y otra clase de contratos se derivan.

En cuanto al régimen jurídico, si los contratos administrativos se rigen, íntegramente, por las normas y principios del derecho público, y más especialmente del derecho administrativo, a los contratos de derecho común celebrados por la administración le son aplicables, en cambio, con las salvedades ya expresadas en cuanto a la competencia, la voluntad del órgano administrativo y la forma, las normas y principios del derecho privado, con mayor o menor extensión, según sean las condiciones del contrato y su vinculación más próxima o alejada con el interés público.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV), en la causa "Yacimientos Carboníferos Fiscales"[17], entendió que el contrato de locación de un buque celebrado por la entidad referida -entonces bajo el régimen de las Empresas del Estado- para transportar carbón, debía considerarse regido, en razón de su fin industrial y comercial y carencia de cláusulas exorbitantes, por el derecho común (excepto en lo relativo a la competencia del funcionario que lo suscribía) y categorizado, por tanto, como contrato mixto, y excluido, consiguientemente, de la posibilidad de que su objeto fuera cuestionado por la vía de la acción de lesividad o la doctrina del derecho público sobre la desviación de poder (con nota de Cassagne).

Por su lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1995, en la causa "Organización Coordinadora Argentina"[18], anuló una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala I), que había considerado privado, por carecer de cláusulas exorbitantes expresas, el contrato celebrado por la Secretaría de Inteligencia de Estado de la Presidencia de la Nación, bajo la explícita invocación de fines públicos, para el transporte de correspondencia con

[17] CNCAF, Sala IV, 27/04/1982, "Yacimientos Carboníferos Fiscales c. Frabia, S.A.", ED 102:233.
[18] CSJN, 10/08/1995, "Organización Coordinadora Argentina **S.A. c. Secretaría de Inteligencia de Estado de la Presidencia de la Nación**", Fallos: 318:1518.

clasificación de seguridad. En la especie, el Alto Tribunal entendió que la decisión de la Cámara respecto de la inaplicabilidad al caso de los preceptos del derecho público que facultan a la administración a enmendar sus propios actos, carecía de todo fundamento, y por ende, dejó sin efecto el pronunciamiento apelado.

Se ha señalado, por otra parte, la admisión por el Alto Tribunal Nacional, de la posibilidad de que existan contratos de derecho privado de la Administración, sea porque de la propia enunciación de exigencias para configurar el contrato administrativo se desprendería, *a contrario sensu,* que los que no las reúnen son de derecho privado, sea por su aceptación directa en materia de relación de empleo con el Estado (Coviello, con cita de las causas "Deutsch"[19] y "Zacarías"[20] y sus referencias).

Con referencia, en cambio, a los medios idóneos para lograr la impugnación de una y otra clase de contratos, mientras que los contratos administrativos pueden ser impugnados mediante los recursos administrativos procedentes o admitidos para ello, si se acepta que constituyen actos administrativos bilaterales; ya que si se les niega ese carácter, tal impugnación del contrato, en sí mismo, no sería viable, siendo sólo admisible respecto de los actos dictados en su consecuencia. La impugnación judicial por medio de la acción contenciosoadministrativa pertinente, al contrario, siempre sería viable, una vez cumplidos los recaudos que normativamente hayan sido impuestos para determinar esa admisibilidad. Los contratos de derecho común, en cambio, no se acepta que puedan ser impugnados en sede administrativa, excepto en aquellos aspectos regidos por el derecho administrativo (competencia, voluntad y forma), procediendo siempre la impugnación judicial ordinaria, conforme a las reglas procesales comunes.

Finalmente, mientras que los contratos administrativos dan lugar a la intervención de la jurisdicción contenciosoadministrativa, o a falta de ésta a la de la jurisdicción a la cual haya sido otorgada la materia contenciosoadministrativa, los contratos de derecho común celebrados por la administración dan lugar a la jurisdicción ordinaria, civil o comercial, excepto en aquellos aspectos, ya citados, que están regidos por el derecho público, que deberán ser dilucidados ante la jurisdicción que entienda en la materia contenciosoadministrativa.

Cabe tener presente que en aquellos casos en que subsistan dudas en cuanto a si un contrato celebrado por la administración es un contrato administrativo propiamente dicho o un contrato de derecho común, se debe concluir siempre que se trata de un contrato administrativo, pues la actividad administrativa, por su propia finalidad, está siempre orientada a ser regida por el derecho público, debiendo aceptarse que existe una excepción a esta regla general, sólo en aquellos casos en que realmente aparezca clara la excepción.

El Decreto 1023/01 determina en su artículo 1º, segundo párrafo, que toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.

Esta idea tiene también manifestaciones en el plano procesal contencioso administrativo. Así, el nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires establece que la actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los Municipios y de los demás entes provinciales o municipales, se presume realizada en el ejercicio de la función administrativa y regida por el derecho administrativo, aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho (artículo 1º, inciso 2). El proyecto de Código Contencioso Administrativo para la Nación elaborado por el Poder Ejecutivo en el año 1999 consagra igual presunción para la actuación del Poder Ejecutivo o de sus órganos centralizados o entidades descentralizadas, incluso si para resolver la cuestión planteada se invocaran por vía analógica o supletoria, normas de derecho privado o principios generales del derecho (artículo 3º).

[19] CSJN, 04/09/1984, "Deutsch**, Noemí A. c. Municipalidad de la Capital**", Fallos 306:1236.
[20] CSJN, 05/03/1987, "Zacarías, Aníbal Rudecindo y otros", Fallos 310:464.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Abella y Albi, Los contratos municipales, Valencia, 1944.
2. Acuña Anzorena, comentarios y adiciones en Salvat, Tratado de derecho civil (Fuentes de las obligaciones), vol. I, Buenos Aires, 1950.
3. Aguiar, Henoch D., Hechos y actos jurídicos Buenos Aires, 1950.
4. Alessi, Renato, Diritto amministrativo, Milano, 1949.
5. Altamira, Pedro, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1971.
6. Barra, Rodolfo C., La sustantividad del contrato administrativo, ED 182-1029.
7. Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1952.
8. Bianchi, Alberto B., Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos), ED 184-900 y 185-714.
9. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, t. I.
10. Bielsa, Rafael, Estudios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1950, t. I.
11. Bielsa, Rafael, Los conceptos jurídicos y su terminología, Buenos Aires, 1961.
12. Bielsa, Rafael, Principios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1963.
13. Bonfante, Instituzioni di diritto romano, Milano, 1925.
14. Boquera Oliver, José M., La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española, Madrid, 1957.
15. Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, Buenos Aires, 1949, t. III.
16. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Coimbra, 1951.
17. Cammeo, Federico, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa.
18. Caramés Ferro, José M., Curso de derecho privado romano, Buenos Aires, 1945.
19. Carpentier y Frèrejouan du Saint, Répertoire général alphabétique du droit françcais, Paris, 1895.
20. Cassagne, Juan C., La categoría de los contratos de objeto privado de las empresas del Estado, nota al fallo "Yacimientos Carboníferos Fiscales c. Frabia S.A.", ED 102:233.
21. Cassagne, Juan C., La limitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico, ED 181-942.
22. Cassagne, Juan C., Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo, ED 180-773.
23. Colin, Ambroise, y Capitant, H., Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1934, t. I.
24. Coviello, Pedro J.J., El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Contratos administrativos, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000.
25. D'Alessio, Francesco, Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, 1949, t. I.
26. De Valles, Arnoldo, La validitá degli atti amministrativi, Roma, 1917.
27. Del Vecchio, Giorgio, Crisis del derecho y crisis del Estado, Madrid, 1935.
28. Demolombe, C., Cours de Code Napoléon, Paris, 1868, t. XXIV.
29. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1965, t. II.
30. Duguit, León, Droit constitutionnel, Paris, 1921, t. I.

31. Duguit, León, Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, Madrid, 2ª ed.
32. Duguit, León, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1923, t. III.
33. Escola, Héctor J., El interés público como fundamento del derecho administrativo, Buenos Aires, 1989.
34. Escola, Héctor J., La reserva en el derecho de la familia, Buenos Aires, 1961.
35. Escola, Héctor J., Tratado general de procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1975.
36. Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1977, t. I.
37. Escola, Héctor J., Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, 1967.
38. Fernández de Velasco, Recaredo, Los contratos administrativos, Madrid, 1927.
39. Fiorini, Bartolomé A., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1968, t. I.
40. Fleiner, Fritz, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, 1933.
41. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1958.
42. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1962.
43. García Oviedo, Carlos, Derecho administrativo, Madrid, 1959, t. I.
44. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962, t. II.
45. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1964, t. I.
46. Gide, Curso de economía política, 1912.
47. Giorgi, Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.
48. Goldschmidt, Werner, La ciencia de la justicia (Dikelogía), Madrid, 1958; e Introducción al derecho, Buenos Aires, 1962.
49. Gordillo, Agustín A., El acto administrativo, Buenos Aires, 1963.
50. Gordillo, Agustín A., Estudios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1963.
51. Gunot, Le principe de l'autonomie de la volunté, Paris, 1912.
52. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif, Paris, 1919.
53. Jèze, Gaston, Principios generales del derecho administrativo, Buenos Aires, 1948-1950, t. III.
54. Josserand, Aperçu général du concept contractuel, Paris, 1937.
55. Josserand, Derecho civil, Buenos Aires, 1948.
56. Josserand, Derecho civil, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I.
57. Josserand, O., Derecho civil, Buenos Aires, 1950, t. II.
58. Kelsen, Hans, Teoría general del Estado, México, 1948.
59. Lafaille, Héctor, Curso de contratos, Buenos Aires, 1927, t. I.
60. Laubadère, André de, Traité des contrats administratifs, Paris, 1956, t. I.
61. Laubadère, André de, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, t. I.
62. Mairal, Héctor A., De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, ED 179-655.
63. Mairal, Héctor A., El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo, ED 180-849.
64. Mairal, Héctor A., La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano, EDAD 2000/2001-526.
65. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1965, t. I.
66. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1966, t. II.

67. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1970, t. III-A.
68. Mayer, Otto, Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, 1949, t. I.
69. Merkl, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, 1935.
70. Mó Fernando, Régimen legal de las obras públicas, Buenos Aires, 1966.
71. Morin, La loi et le contrat. La décadence de leur souveraneité, Paris, 1927.
72. Péquignot, Théorie générale du contrat administratif, Paris, 1945.
73. Presutti, Errico, Instituzioni di diritto amministrativo italiano, Messina, 1931.
74. Quintano Ripollés, Crisis positiva y apoteosis filosófica del contrato, Madrid.
75. Ranelletti, Oreste, La guarantigia della giustizia nella pubblica amministrazione, Milano, 1937.
76. Ranelletti, Oreste, Teoria degli atti amministrativi speciali, Milano, 1945.
77. Rezzónico, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, Buenos Aires, 1961, vol. I.
78. Ripert, Le principe de la spécialité chez les personnes morales, Paris, 1966.
79. Risolía, Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, Buenos Aires, 1958.
80. Royo Villanova, Antonio, Elementos del derecho administrativo, apéndice de la 24ª ed., Valladolid, 1959.
81. Royo Villanova, Antonio, Elementos del derecho administrativo, Valladolid, 1955.
82. Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Buenos Aires, 1946.
83. Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Fuente de las obligaciones. Buenos Aires, 1946, t. I.
84. Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil argentino. Fuente de las obligaciones, Buenos Aires, 1946, t. I.
85. Santamaría de Paredes, Vicente, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1903.
86. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
87. Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 1947.
88. Toulemon, El menosprecio de los contratos y la crisis, Buenos Aires, 1945.
89. Trentin, L'atto amministrativo, Roma, 1915.
90. Varas Contreras, Derecho administrativo, Santiago, 1948.
91. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949, t. I.
92. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1951, t. II.
93. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949, 1956, t. III.
94. Vitta, Cino, Diritto amministrativo, Torino, 1937, t. II.
95. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
96. Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1954.
97. Zavalía, Clodomiro, La evolución del concepto del contrato administrativo, Buenos Aires, 1954, LL t. 73.
98. Zwahlen, Le contrat de droit administratif, Basile, 1958.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo XIII

Formación de los contratos administrativos[1]

1. Introducción

Se ha dicho, con acierto, que el contrato administrativo no se diferencia en su estructura del de derecho privado, lo que no quita que así como el contrato administrativo presenta particularidades especiales que lo distinguen como tal, del mismo modo, en el proceso de formación de los contratos de derecho público es dable percibir la existencia de otras notas diferenciativas, que otorgan a la génesis de estos contratos una singularidad que resulta, en último extremo, de la participación que en ellos tiene la administración pública.

En este aspecto, dos etapas diferentes pueden ser distinguidas. La primera, relativa al orden interno de la administración pública, es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación; la segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la administración con los particulares, y se vincula con la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato.

Todo contrato, ya sea administrativo o de derecho común, es siempre un acto voluntario, de voluntad recíproca, y ello hace que el proceso de formación de la voluntad contractual administrativa adquiera una decisiva y vital importancia, pues de él depende la existencia del contrato administrativo.

La voluntad del cocontratante particular se forma y exterioriza de la misma manera y modo que en los contratos de derecho privado. La voluntad administrativa, en cambio, está sujeta a procedimientos predeterminados, regulados por el derecho administrativo, y que deben ser cumplidos siguiendo lo previsto en las normas aplicables para evitar la presencia de vicios, que podrían afectar dicha voluntad administrativa; y, por consiguiente, al mismo contrato.

Lo dicho concurre a demostrar, de igual modo, que nunca se debe confundir lo que es la formación de la voluntad administrativa, voluntad de contratar y de hacerlo de determinada manera, con la formación del contrato administrativo, procedimiento por el cual se llega a la determinación del cocontratante particular y al entrelazamiento de voluntades que dará lugar al contrato.

2. Formación de la voluntad administrativa

Ya ha sido señalado que la voluntad administrativa no es sino la intención razonada y expresa de la administración pública de concurrir a producir un acto determinado, que se exterioriza por una declaración o manifestación concreta del órgano correspondiente, adoptando las formas prescritas para el caso, y que tiene su origen en la preexistencia de finalidades precisas de interés público, cuya elucidación constituye

[1] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira.

el elemento originante de todo un proceso que no puede responder a una acción circunstancial o de coyuntura, sino que debe surgir, al contrario, de un accionar adecuadamente planificado y fundado en todos sus elementos.

Antes de comenzar la etapa de formación de la contratación administrativa, la administración pública debe precisar qué es lo que desea hacer, cómo quiere hacerlo, y para qué quiere realizarlo, y sólo cuando esté en posesión de todos esos ingredientes, concretados en una decisión final de voluntad administrativa, podrá cumplirse el procedimiento de formación del contrato.

La elaboración de la voluntad administrativa presenta la particularidad de ser un procedimiento regulado jurídicamente por normas de distinto nivel, que especifican no sólo qué organismos administrativos deben intervenir necesariamente, sino que fijan, además, los límites de su intervención y el carácter decisorio o de asesoramiento de cada uno de ellos.

En el curso de ese proceso de formación no hay un único acto de decisión, sino distintos actos de ese tipo, que en niveles diferentes van integrándose hasta configurar la voluntad administrativa final o completa, que tiene en mira la realización de un contrato determinado.

En este aspecto, tienen relevancia especial los actos de asesoramiento, cumplidos por oficinas técnicas y jurídicas especializadas que tienen a su cargo esas tareas, y cuya participación no sólo es conveniente y necesaria, sino que muchas veces está expresamente impuesta, como garantía de la idoneidad del proceso y de la decisión que corresponde adoptar.

Cabe señalar, igualmente, que todo lo dicho respecto de la voluntad administrativa, como generadora de actos administrativos, tiene aplicación en relación con esa misma voluntad, como originante de contratos de la administración pública.

La circunstancia de que la formación e incluso la expresión de la voluntad administrativa se hallen jurídicamente reguladas, da lugar, como es obvio, a que las transgresiones a ese ordenamiento puedan constituir vicios que lleguen a afectar su validez y eficacia, que en esta etapa pueden ser impugnados por la vía de los recursos administrativos o contenciosos que sean procedentes.

Resulta innecesario repetir, en esta parte, y con relación a todos estos aspectos, lo ya dicho al tratar la voluntad administrativa, como componente del consentimiento, elemento esencial básico del contrato administrativo.

3. Formación de la voluntad del cocontratante particular

Respecto del cocontratante particular, la formación y expresión de su voluntad tiene lugar, aunque concurra a la formación de un contrato administrativo, del mismo modo y forma en que se produce cuando tiene en mira la formación de un contrato de derecho privado con otro sujeto particular, y por ello mismo las consideraciones y normas vigentes en esa parte del derecho son enteramente aplicables al proceso de elaboración y manifestación de la voluntad individual del cocontratante particular de la administración pública.

No obstante, conviene repetir que si bien el derecho administrativo no regula, normalmente, esos aspectos, puede ocurrir que en ciertas ocasiones introduzca algunas

exigencias, en cuanto a la expresión de la voluntad de los cocontratantes particulares, o algunas otras modificaciones a ese régimen común. Cuando así ocurra, y como es natural, tales normas deben ser aplicadas, con preeminencia a las vigentes en el derecho privado.

4. La expresión de la voluntad de las partes

En el régimen de los contratos de derecho privado, por lo menos en su forma más tradicional, se suele destacar que el contrato supone, por una parte, una coincidencia de voluntades en el orden interno de los contratantes y, al mismo tiempo, que ambas voluntades, o todas las que concurran al contrato, se hayan exteriorizado.

Ese proceso, que es propio de todos los actos jurídicos, bilaterales, implica en el derecho privado toda una serie de etapas, a veces muy complejas y dificultosas, durante las cuales las partes interesadas van determinando el contenido del contrato y todas sus cláusulas, mediante una serie de ofertas y contraofertas, discusiones y deliberaciones, con intercambio de apreciaciones y conclusiones, que hacen que los contratantes se vayan poniendo de acuerdo sobre el contrato que proyectan, al punto de que cuando lo han logrado en su integridad, y sólo entonces, el contrato nace con la adhesión individual de los contratantes al acto así preparado.

Si bien ésta es la forma típica como se forma la voluntad contractual en los contratos de derecho común, la doctrina más moderna ha aceptado que también puede adoptarse un procedimiento distinto, consistente en que una de las partes determine todas las cláusulas del contrato, mediante una fórmula preestablecida, mientras que la otra sólo puede aceptar o rechazar esa fórmula, sin ninguna deliberación previa ni discusión entre los interesados. Son los llamados contratos de adhesión.

¿Qué ocurre en el campo de la contratación administrativa?

El procedimiento de la libre discusión es perfectamente admisible en el ámbito del derecho administrativo y, al menos desde un punto de vista doctrinal, se puede aceptar que todo contrato administrativo puede formarse por medio de este procedimiento, no existiendo ninguna razón que se oponga a que así ocurra. La práctica administrativa confirma, a su vez, que existen algunos contratos administrativos que se forman, realmente, mediante una libre discusión, como ocurre con ciertos contratos especiales que se conciertan con personas muy calificadas por sus conocimientos científicos o por sus aptitudes artísticas.

Pero esa misma praxis administrativa hace evidente que este procedimiento no es, con mucho, el procedimiento común en el ámbito administrativo, sino que lo que generalmente ocurre, al contrario, es que el entrelazamiento de voluntades se lleve a cabo adhiriéndose el cocontratante particular a cláusulas que son, en su conjunto, prefijadas por la administración pública.

La fórmula del contrato de adhesión, en consecuencia, es la que prevalece en la contratación administrativa, lo cual no implica que se esté en la emergencia frente a "actos-condición", al punto de que se ha aceptado que celebrado un contrato administrativo, la situación del cocontratante no puede verse alterada por las modificaciones que la administración introduzca posteriormente a las normas reglamentarias o a las condiciones generales o particulares tenidas en cuenta y sobre cuya base se contrató (Laubadère).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades establecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal ("Espacio"[2]). Y en la causa "Organización Coordinadora Argentina"[3] reiteró el concepto al afirmar que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllos están, de ordinario, subordinados a una legalidad imperativa.

¿En qué se funda ese predominio del sistema de los contratos de adhesión?

Las modalidades propias del derecho administrativo, que rige los contratos administrativos, la posición de subordinación que por lo común tiene en ellos el cocontratante particular frente a la administración, y la finalidad de interés público que en todos los casos persigue la administración con la relación contractual que se establece, son las causas que hacen que en esta contratación lo corriente es que los contratos se configuren por la vía de la simple adhesión del cocontratante particular al esquema, condiciones y cláusulas preestablecidas por la administración, adquiriendo la estructuración del contrato el automatismo que se reconoce en los contratos de adhesión.

5. La autorización y la aprobación en la contratación administrativa

Es común que los órganos administrativos que tienen competencia legal para ello, puedan celebrar contratos administrativos sin necesidad de ser especialmente autorizados, en cada caso, para hacerlo, y sin que los contratos que concierten necesiten ser aprobados, para quedar perfeccionados.

Pero no es menos exacto que cierto tipo de contrataciones están sometidas al control que implica el que deban ser previamente autorizadas, o aprobadas con posterioridad.

En estos casos son aplicables, respecto de los contratos administrativos, los conceptos generales que rigen en relación con todo acto de autorización o de aprobación, en cuanto tienden a precisar: *a*) que la autorización es un acto administrativo, de carácter unilateral, necesariamente previo al ejercicio del poder o del derecho a que se refiere, que debe ser expreso, y que está sujeto a revocación, cuando así lo exige el interés público, debiéndose tener presente que los actos que requieren autorización no existen antes que ella se preste, no obstante lo cual la autorización no crea el poder o el derecho, sino que permite su ejercicio; *b*) que la aprobación tiene carácter unilateral, es posterior al acto motivo de ella, debe ser expresa, por lo general, no pudiendo ser discrecionalmente revocada o dejada sin efecto por la administración, no formando parte del acto aprobado, siendo tan sólo un requisito que tiende únicamente a darle ejecutividad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que la aprobación es una manifestación típica de la tutela del superior sobre el inferior ejercida en preservación de los intereses generales, comprensiva de la legalidad y oportunidad, mérito o conveniencia del acto aprobado, el que, siendo

[2] CSJN, 22/12/1993, "Espacio S.A.", Fallos: 316:3157.

[3] CSJN, 17/02/1998, "S.A. Organización Coordinadora Argentina", Fallos: 321:174, publicado en ED 177-749 con nuestro comentario.

válido desde su origen y existiendo por sí, adquiere, sin embargo, eficacia jurídica, ejecutoriedad, por el acto aprobante[4].

Tanto la exigencia de autorización como de aprobación, respecto de un contrato administrativo, debe resultar del ordenamiento normativo aplicable, y así ocurre, por ejemplo, en ciertos supuestos de adquisición o enajenación de inmuebles, cuando el contrato excede de ciertos límites prefijados; o versa sobre ciertas concesiones de uso de bienes públicos o de servicios públicos.

En ciertos casos, como ocurre entre nosotros con algunos empréstitos, se suele exigir que la autorización, y a veces la aprobación, deban ser prestadas por el Poder Legislativo, mediante la sanción de ley formal.

Cuando así ocurre, no se establece ninguna relación entre el Poder Legislativo y el cocontratante particular, que celebra su contrato con la administración pública. La ley formal dictada no es una "ley-contrato", sino una ley en cuyo mérito se celebra el contrato (Marienhoff), y que no puede ser modificada ni derogada por otra ley, sin que ello genere la consiguiente responsabilidad administrativa por incumplimiento contractual. Tampoco cabe que se pretenda interpretar, por una ley posterior, las cláusulas del contrato celebrado, ni fijar su sentido auténtico, ya que esa atribución pertenece a los órganos jurisdiccionales correspondientes.

6. ¿Quiénes pueden contratar con la administración pública?

Una de las circunstancias que caracterizan al contrato administrativo, como tal, es el hecho de que son celebrados por la administración pública, obrando en ese carácter, que debe ser, necesariamente, una de las partes.

Pero si ello es así, va de suyo que el otro sujeto de esa relación contractual es, por lo común, una persona particular, que puede ser tanto una persona individual como jurídica, nacional o extranjera, domiciliada dentro o fuera de la República, que esté encuadrada dentro de las normas previstas para el caso por los ordenamientos que sean aplicables a las contrataciones del Estado.

Tales personas físicas o jurídicas deben tener la capacidad necesaria para contratar y para celebrar el contrato de que se trate, capacidad que resultará de las normas del derecho privado que la rijan, y de las normas administrativas que traten y regulen esta materia, normas que son de derecho administrativo y de aplicación inexcusable, si existen.

Dichas normas pueden imponer los recaudos más variados, como la previa inscripción en ciertos registros de contratistas y proveedores del Estado, o el cumplimiento de otros requisitos relativos a la capacidad técnica, financiera y aun moral de los futuros cocontratantes.

El artículo 27 del Decreto 1023/01, bajo el título "Personas habilitadas para contratar", determina que podrán hacerlo las personas físicas o jurídicas con capacidad para obligarse que estén comprendidas en las previsiones del artículo 28 y que se encuentren incorporadas a la base de datos que diseñará, implementará y administrará el órgano Rector, en oportunidad del comienzo del período de evaluación de las ofertas, en las condiciones que fije la reglamentación; y establece, expresamente, que la inscripción previa no constituirá requisito exigible para presentar ofertas. Y el artículo 28 consigna, a su vez, con el

[4] CSJN, 16/12/1997, "Herpazana S.R.L. c/ Banco de la Nación Argentina s/ contrato administrativo", Fallos: 320:2808.

título "personas no habilitadas" que no podrán contratar con la Administración Nacional: las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas; los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, Nº 25.188; las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción; las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación; las personas físicas o jurídicas que no hubieren cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 80 de la Ley Nº 24.156.

Pero los contratos administrativos también pueden concertarse entre distintos organismos administrativos, como ya sabemos, configurándose de ese modo los llamados "contratos interadministrativos", actualmente bastante frecuentes, en los cuales la vinculación que se establece entre los órganos o entes administrativos que en ellos han intervenido, no se lleva a cabo a título de colaboración o interrelación en el cumplimiento de funciones administrativas, sino que resulta de un real acuerdo de voluntades, que genera consentimiento y da lugar a una relación contractual. Si la desigualdad de propósitos no existe y ambos órganos administrativos contratantes persiguen el mismo fin, no hay oposición de intereses, ni voluntades contrapuestas que se combinan para producir un efecto jurídico: no habrá, en consecuencia, contrato (Berçaitz).

Como principio general, los contratos interadministrativos están sujetos al régimen propio de los contratos administrativos, tal como es aplicable a los que se celebran entre la administración y los particulares, pero ello no quita que existan muchas normas especiales, expresas o implícitas, que alteren o deroguen parcialmente aquél régimen, como por ejemplo: en lo atinente a la selección del cocontratante particular, aceptándose ampliamente el sistema de libre elección o el de contratación directa; la existencia de los depósitos de garantía, que no se exigen, al menos con la misma extensión y cuantía; al sistema de cláusulas penales u otros medios coactivos, previstos para imponer el debido cumplimiento de las obligaciones contractuales, reemplazados con ventaja por otros arbitrios resultantes del propio carácter administrativo de los entes contratantes; y a la jurisdicción prevista para la resolución de las diferencias o conflictos que se susciten con motivo del contrato, que no será otra que la administrativa, con exclusión de la intervención de los órganos jurisdiccionales judiciales, que si es posible, no es ni conveniente ni aconsejable.

El artículo 25 contempla, en su inciso 8, la utilización de la selección por contratación directa para los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato. Y en el inciso 9 prevé igual posibilidad, sin limitación expresa alguna, para los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional con las Universidades Nacionales.

Procede recordar que la ley 19.983, reglamentada por el Decreto 2481/93, regula un procedimiento administrativo para resolver las reclamaciones pecuniarias de cualquier naturaleza o causa entre organismos administrativos del Estado Nacional, centralizados o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas, empresas del Estado y la entonces Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires. Esta norma, que ha sido interpretada por la Procuración del Tesoro de la Nación con un criterio muy amplio acerca de los entes comprendidos, excluye la posibilidad de la reclamación por debajo de ciertos montos y atribuye la competencia decisora por sobre el monto mínimo, al Procurador del Tesoro y al Poder Ejecutivo Nacional, según el caso.

Los contratos interadministrativos, cuando pueden llevarse a cabo, son muy favorables para la administración pública, al simplificar la relación contractual, y reducir en forma muy apreciable los riesgos del comercio contractual ordinario.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Aguiar, Henoch D., Hechos y actos jurídicos Buenos Aires, 1950, t. I.
2. Álvarez Gendín, Sabino, Tratado general del derecho administrativo, Barcelona, 1958, t. I.
3. Bequet, Théorie de la spécialité, Grenoble, 1908.
4. Bueno Monreal, Principios fundamentales del derecho público eclesiástico, Madrid, 1942.
5. Cassagne, Juan C., El acto administrativo, Buenos Aires, 1974, t. I.
6. Duguit, León, Traité de droit administratif, Paris, 1921.
7. Escola, Héctor J., Tratado general de procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1973.
8. Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1977, t. I.
9. Escola, Héctor J., Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, 1967.
10. Fiorini, Bartolomé A., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1968, t. I.
11. Gallo, I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo, Padova, 1936.
12. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962, t. II.
13. Gordillo, Agustín A., El acto administrativo, Buenos Aires, 1963.
14. Lafaille, Héctor, Curso de contratos, Buenos Aires, 1927, t. I.
15. Laubadère, André de, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, t. I.
16. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1970, t. II.
17. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1970, t. III-A.
18. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1962.
19. Romano, Santi, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1937.
20. Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Fuente de las obligaciones, Buenos Aires, 1946, t. I.
21. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959, t. I.
22. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
23. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1942-1946, t. I.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo XV
Los procedimientos de selección del contratista (ii)
Otros sistemas de restricción[1]

1. La licitación privada

La licitación privada, en su concepción tradicional, es aquella licitación que se caracteriza por el hecho de que el número de los oferentes está restringido, por la circunstancia de que sólo pueden formular ofertas en ella aquellas personas, físicas o jurídicas, que hayan sido invitadas al efecto por la administración pública.

La diferencia entre la licitación pública y la privada radica, pues, en esa restricción o limitación en el número de los posibles oferentes, que hace que mientras que a la primera se la considere como un procedimiento abierto, a la segunda se la califique como un procedimiento cerrado. La primera es una invitación pública, hecha a personas indeterminadas, mientras que la segunda es una invitación directa, hecha a personas determinadas por la misma administración.

Los principios fundamentales propios de toda licitación sufren, en la licitación privada, algunas naturales restricciones. El principio de oposición o concurrencia no procede de igual manera que en la licitación pública, puesto que como sólo pueden efectuar ofertas las personas invitadas para hacerlo, la oposición sólo puede producirse entre ellas (cabe aclarar que en la regulación de la licitación privada efectuada por el Decreto 1023/01, lo recién afirmado se relativiza, como enseguida se verá, pues se admite que terceros no invitados se presenten). Pero la oposición o concurrencia, dentro de esos límites, igualmente debe existir, y por ello no es válida la licitación a que se ha invitado a un único oferente, o en la cual cotiza un solo licitante. De tal modo, el número de invitados a una licitación privada debe ser razonable, teniendo en cuenta sus características.

Los principios de igualdad y de publicidad, en cambio, tienen plena vigencia y aplicación, con igual extensión, condiciones y circunstancias que en la licitación pública, aunque deben ser aplicados, como es obvio, en relación con los oferentes invitados y con respecto a ellos.

Igualmente son aplicables los conceptos que se refieren a la preparación del pliego de condiciones, presentación de las ofertas, apertura de ellas, preadjudicación y adjudicación, aunque con las modificaciones que resulten de las normas que rijan este tipo especial de licitación, las cuales deberán precisar, además, en qué casos se debe llevar a cabo la licitación privada, normas que serán siempre de interpretación restrictiva, debiéndose tener presente que si subsisten dudas sobre si procede o no una licitación privada, se deberá optar por la realización de una licitación pública, por ser la que mejores garantías ofrece.

En las licitaciones privadas la administración debe invitar a participar a quienes, reconocidamente, sean considerados como los más aptos para prestar el servicio, cumplir la provisión o realizar la obra de que se trate, ya que este tipo de licitación no debe ser nunca una oposición entre personas sin aptitud o conveniencia. Las normas legales deben establecer principios concretos en este sentido. Los invitados a cotizar deben llenar todas las condiciones requeridas para contratar con el Estado, y prestar,

[1] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira.

asimismo, las garantías y seguridades referidas al mantenimiento de las ofertas, cuestión, esta última, muy importante, ya que el retiro anticipado de ofertas puede hacer fracasar la licitación o desviarla de su objetivo: la oferta más conveniente.

Bien regulada y realizada, la licitación privada puede llegar a constituirse en un medio muy eficaz para la selección del cocontratante particular de la administración, pues teniendo las ventajas de la licitación pública, en ella se evita el riesgo de que concurran oferentes poco serios, cuyas ofertas, a pesar de ello, igual deben ser consideradas en la licitación pública.

El Decreto 1023/01 dispone, en su artículo 25, inciso c), que la licitación o el concurso serán privados cuando el llamado a participar esté dirigido exclusivamente a proveedores que se hallaren inscriptos en la base de datos que diseñará, implementará y administrará el Órgano Rector, conforme lo determine la reglamentación, y serán aplicables cuando el monto estimado de la contratación no supere al que aquélla fije al efecto, sin perjuicio de la obligación de considerar las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar.

Como puede advertirse, esta última obligación impuesta al órgano licitante altera las características de la licitación privada en su concepción clásica, asemejándola aún más a la pública, pues pueden presentar ofertas –que deben ser consideradas– no sólo los expresamente invitados, que deben estar inscriptos en la base de datos –SIPRO–, sino también cualquier otro particular interesado que no hubiere sido invitado, aunque no esté inscripto.

2. La licitación restringida

La licitación restringida es aquella licitación en la cual sólo pueden intervenir personas, físicas o jurídicas que reúnan determinadas condiciones fijadas por la administración de antemano, como una particular idoneidad especial, una capacidad productiva mínima, la posesión de ciertas maquinarias o procesos de producción, u otras condiciones similares.

La licitación restringida se diferencia de la pública en que en ella no puede intervenir cualquier persona que tenga las condiciones generales exigidas para contratar con el Estado; y de la licitación privada en que los oferentes no son invitados directamente a participar en ella, sino que la invitación se hace por medio de un llamado a licitación, similar al de la licitación pública.

Pero es evidente que sus caracteres la acercan mucho más a la licitación pública que a la privada, por lo cual se le debe aplicar el régimen de aquélla, en lo que sea compatible con sus propias condiciones.

La licitación restringida va abriéndose paso en nuestra práctica administrativa, al igual que otra forma de selección, aceptada en el derecho español, que es el "concurso-subasta", en el cual por medio de un concurso se eligen varios concursantes, atendiendo a su idoneidad y capacidad general, para luego, por medio de una verdadera licitación privada seleccionar a uno de ellos, para celebrar con él el contrato administrativo.

3. La contratación directa

La contratación directa es la que la administración pública realiza con determinada persona, física o jurídica, que ella ha seleccionado discrecionalmente, y

con la cual procurará llegar a un acuerdo conveniente, sobre las bases establecidas para la contratación a realizarse.

La contratación directa no debe ser confundida con el sistema de libre elección, no obstante su aparente similitud, puesto que si éste constituye el principio general en materia de contratación administrativa (ver, no obstante, nuestra opinión al respecto en el capítulo anterior donde se afirma que el principio general es un sistema reglado y público como la licitación o el concurso públicos), la contratación directa no deja de ser un sistema de restricción, sólo aplicable en aquellos casos especialmente previstos por el ordenamiento administrativo, por normas que son de interpretación estricta.

La contratación directa, dado que no exige oposición o concurrencia sino, al contrario, que la excluye, es un sistema que carece del automatismo que caracteriza a la licitación. En el sistema que ahora nos ocupa, la administración considera todos los aspectos de la propuesta hecha por el futuro contratista, y es en virtud de esa consideración que aceptará o rechazará la propuesta, sin que sea necesario que se requieran dos o más ofertas, como a veces se hace, ya que esta tendencia resta a la contratación directa su verdadero carácter y la desnaturaliza. Sin embargo, se advierte que el ordenamiento vigente a nivel nacional exige, como se verá, que se requieran como mínimo tres ofertas.

La administración pública, como queda dicho, puede dirigirse a la persona que considere más idónea y competente para ejecutar el contrato, pero tal estimación debe resultar de la apreciación de sus antecedentes, solvencia técnica y financiera, etc., sin que ésta pueda consistir en una simple apreciación subjetiva de quien elige al posible cocontratante.

Además, la contratación directa configura un sistema renunciable, ya que no siendo una obligación, sino una atribución celebrar una contratación de ese tipo, puede ser reemplazada por otro sistema, por ejemplo, la licitación privada.

Antes de comenzar el proceso de una contratación directa, la administración pública debe preparar los pliegos de condiciones, generales y particulares, y las especificaciones técnicas, de modo que quede precisado qué es lo que se desea contratar, en qué condiciones y con qué requisitos. Es por ello que también en este caso el contrato administrativo mantiene sus características de contrato de adhesión, aun cuando se puedan aceptar algunas variantes que no afecten su objeto.

La publicidad es inherente a toda contratación directa, y sólo en algunos casos legalmente previstos, como aquellos relativos al secreto militar, se excluirá esa publicidad.

Cuando una contratación directa debe ser llevada a cabo por haber fracasado una licitación, por ausencia de ofertas o por ser inadmisibles las presentadas, se impone que se haga sobre la base de los mismos pliegos de condiciones que sirvieron para tal licitación, pues, de otro modo, no se estaría frente a un procedimiento de selección sustitutivo, sino frente a una nueva y distinta contratación.

En la actualidad el Decreto 1023/01 dispone, en su artículo 25, inciso d), que la selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos: cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo fijado; para la realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo, debiendo fundarse la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del cocontratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional; la contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la

contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes; cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasaren se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y si éste también resultare desierto o fracasare, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa previsto en este inciso; cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad; cuando el Poder Ejecutivo haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable; cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos; los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato; los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional con las Universidades Nacionales; los contratos que previo informe al Ministerio de Desarrollos Social, se celebren con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal.

El Decreto 436/00 que aprobó en su momento la reglamentación a los artículos 55, 56, 61 y 62 del capítulo VI de la Ley de Contabilidad (actualmente derogados por el artículo 38 del Decreto 1023/01), denominada "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional" y aún formalmente vigente, disponía, respecto de ciertas contrataciones directas previstas por aquella ley (en razón del monto; por razones de urgencia o a causa de licitaciones desiertas o en las cuales no se hubiesen presentado ofertas admisibles), la obligación de cursar invitaciones por medio fehaciente a un mínimo de tres proveedores habituales, prestadores, productores, fabricantes, comerciantes, o proveedores del rubro. Esta obligación se debería entender aplicable, en opinión de quien actualiza este capítulo, incluso bajo la vigencia del Decreto 1023/01, en relación con las causales de contratación directa en él previstas que sean similares a las enunciadas en la ley de contabilidad. En la duda, pues, a favor de la transparencia.

4. El remate público

El remate público, cuyo concepto general pertenece al derecho comercial, es un sistema de restricción para la selección del cocontratante particular de la administración pública, que sólo procede en los casos en que esté previsto especialmente por el ordenamiento normativo administrativo, siendo un procedimiento no común, que se aplica sólo en situaciones que lo justifiquen.

La administración pública puede actuar en un remate público, ya sea como vendedora, subastando bienes que son de su propiedad, ya sea como compradora, concurriendo a adquirirlos en una subasta que ha ordenado el dueño de los bienes que se ponen en venta. El primer caso es el más frecuente, quedando reservado el segundo para supuestos muy especiales, tal como ocurre cuando se subastan públicamente documentos históricos u obras de arte, que el Estado está interesado en adquirir.

El remate público es utilizado por la administración para la venta de cierta clase de bienes de los cuales deben desprenderse; sucede cuando se trata de la venta de "rezagos", "chatarra" o de elementos que ya no tienen utilidad.

El principio de publicidad, especialmente cuando la administración es vendedora, es aquí también importante, y garantiza el correcto proceder administrativo, al mismo tiempo que el mejor resultado del proceso.

En los casos en que la administración pública es adquirente, el procedimiento del remate público es el previsto por el derecho común, mientras que cuando la administración es vendedora, el remate suele estar regulado por la legislación administrativa, aplicándose el derecho privado sólo en ausencia de normas de derecho público, siempre que éstas no se contravengan con los principios propios del derecho administrativo.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 25, inciso b), del Decreto 1023/01, el procedimiento de Subasta Pública se debe aplicar en los siguientes casos: 1) compra de bienes muebles, inmuebles, semovientes, incluyendo dentro de los primeros los objetos de arte o de interés histórico, tanto en el país como en el exterior. Este procedimiento, dice la cláusula, será aplicado preferentemente al de contratación directa; 2) venta de bienes de propiedad del Estado Nacional.

5. El concurso

El concurso es el procedimiento de oposición que se lleva a cabo para elegir el cocontratante de la administración pública, atendiendo, principalmente, a la capacidad científica, técnica, cultural, artística, etc., de las personas que se presentan a él, a fin de seleccionar a la que tenga la mayor capacidad. Son, pues, las condiciones personales de los candidatos las que tienen valor decisorio en este sentido, y esa circunstancia es la que diferencia al concurso de la licitación, ya que en ésta lo que se tiene en cuenta, preponderantemente, son factores económicos, que califican la mejor oferta, la más conveniente.

A tenor de lo preceptuado por el artículo 25, inciso a), apartado 2), del Decreto 1023/01, el procedimiento de concurso público se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico científica, artística u otras, según corresponda.

Los principios de oposición o concurrencia, de igualdad y de publicidad, que hemos tratado al referirnos al sistema de licitación, tiene directa aplicación en el caso del concurso, excepto en aquellos supuestos en que, por tratarse de cuestiones que exigen una muy alta especialización o capacidad, sólo muy pocas personas pueden cumplir tales exigencias, por lo cual dichos principios se verán, al menos en parte, limitados en su aplicación.

Las etapas en las cuales se desarrolla el concurso son, en general, también las mismas que se presentan en la licitación, con la salvedad de que en la adjudicación, la administración mantiene un margen más amplio de discrecionalidad, ya que debe apreciar parámetros que no son reducibles a cartabones fijos o fácilmente comparables. Pero la administración siempre debe elegir bien, con fundadas razones, consultando el interés público implícito en la contratación. Esta discrecionalidad –que no es arbitrariedad- no está sujeta, como tal, a revisión o impugnación judicial, pues se funda en criterios de conveniencia, mérito u oportunidad, excluidos de la posibilidad de tal revisión.

El concurso, siendo un procedimiento de restricción, sólo es de cumplimiento obligatorio en aquellos casos para los cuales está previsto por el ordenamiento legal

administrativo. (Sin embargo, como expusimos en el capítulo anterior, entendemos que el principio general es un sistema reglado y público como la licitación o el concurso públicos).

Otras veces –como ocurre en el "concurso-subasta"- se lo utiliza como un procedimiento previsto para seleccionar un grupo de personas, dentro del cual se hará la elección del cocontratante por otro procedimiento, como puede ser la licitación.

6. Perfeccionamiento y prueba del contrato administrativo

Volviendo sobe conceptos que ya han sido adelantados, es conveniente insistir respecto de que el perfeccionamiento de los contratos administrativos, como norma general, se entenderá producido desde que tuvo lugar el acuerdo o fusión de las voluntades de las partes intervinientes, que es el que les da nacimiento, salvo que normativamente se haya dispuesto lo contrario.

El momento en que se produce ese acuerdo de voluntades es una cuestión de derecho común, y deberá ser fijado con arreglo a él, en cada caso, excepto que existan normas expresas de derecho administrativo que resuelvan la cuestión, en cuyo caso éstas prevalecerán.

Las normas aplicables, asimismo, pueden establecer que el perfeccionamiento del contrato tenga lugar no sólo por el acuerdo de voluntades, sino por la concurrencia, además, de otras condiciones, como la notificación del cocontratante, la suscripción del documento del contrato, etc.

Prescribe el artículo 20 del Decreto 1023/01 que los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación.

En cuanto a la prueba del contrato administrativo, si se ha suscrito un documento o instrumento específico, éste será prueba suficiente de aquél, y esa forma de prueba será exigible cuando el ordenamiento legal administrativo impusiera la suscripción de tal instrumento.

En caso contrario, si esa forma escrita no estuviera prevista, la existencia del contrato se probará por el documento que acredite la adjudicación, o con un testimonio o certificado de él, y con la demás documentación que demuestre la selección del cocontratante, las condiciones del contrato y el acuerdo de voluntades que lo origina.

Las normas del derecho privado tienen, en esta materia, una aplicación subsidiaria, en tanto no contravengan los principios y normas del derecho administrativo.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Álvarez Tabio, El proceso contencioso-administrativo, La Habana, 1965.
2. Batbie, Traité de droit public et administratif, Paris, 1885, t. VII.
3. Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1952.
4. Bernard, Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés, Paris, 1897.
5. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, t. I.

6. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Lisboa, 1965.
7. Cretella Junior, José, Tratado de direito administrativo, Rìo de Janeiro, 1967, t. III.
8. Escola, Héctor J., Tratado general de procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1975.
9. Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1967.
10. Escola, Héctor J., Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, 1967.
11. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962, t. II.
12. Gordillo, Agustín A., El acto administrativo, Buenos Aires, 1963.
13. Greca, Alcides, La licitación y el privilegio en los contratos administrativos, Santa Fe, 1941.
14. Jèze, Gaston, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1950, t. IV.
15. Jèze, Gaston, Principios generales del derecho administrativo, Buenos Aires, 1948-1950.
16. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1963, t. I.
17. Laubadère, André de, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, t. I.
18. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1970, t. III-A.
19. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1962.
20. Royo Villanova, Antonio, Elementos del derecho administrativo, Valladolid, 1955, t. I.
21. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
22. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1961.
23. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
24. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
25. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, 1954.
26. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1945-1952, t. IV.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo XVI

Ejecución de los contratos administrativos[1].

1. Introducción

Al fijar esta definición de los contratos administrativos, señalamos con claridad –y aun a riesgo de incurrir en una tautología- que ellos son verdaderos "contratos", con lo cual se quiso destacar que están identificados con la noción esencial de contrato, válida en el derecho privado.

Pero, al mismo tiempo, no se dejó de puntualizar que el hecho de que los contratos administrativos sean una forma de la actividad administrativa, da lugar a que se considere en ellos su finalidad propia, que no es otra que la satisfacción del interés público, de las necesidades colectivas, y que concurre a caracterizarlos y otorgarles su especial dinámica.

La doctrina está acorde en aceptar que el régimen contractual administrativo, el principio de que las convenciones hechas en los contratos constituyen una regla a la cual las partes –en el caso la administración pública y su cocontratante particular- deben someterse como a la ley misma, mantiene su vigencia y debe ser aceptado en todo su alcance, aun cuando esté sometido a ciertas restricciones, como ocurre con la inmutabilidad de los términos contractuales, que si es estricta en el derecho privado, es sólo relativa en el contrato administrativo.

Pero aun así, el contrato administrativo sigue siendo la ley de las partes, y las obliga con idéntica fuerza con que obligan las convenciones hechas en los contratos de derecho privado.

La Corte Suprema ha expresado que aun tratándose de contratos administrativos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado: *pacta sunt servanda*[2].

Pero la diferencia entre unos y otros en este aspecto, radica en que mientras que las convenciones hechas en un contrato común son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no tienen esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad o variación, cuando lo impone el interés público, sin que se llegue a alterar el objeto y el contenido de la convención celebrada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de recordar que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (artículo 1198 del Código Civil), ha sentado la aplicación de ese principio en el ámbito de los contratos administrativos. Y por derivación de esa doctrina ha señalado que es exigible a los contratantes comportamientos coherentes, ajenos a cambios de conducta perjudiciales, motivo por el cual se deben desestimar actuaciones incompatibles con la confianza que, merced a sus actos anteriores, se ha suscitado en la otra parte. El principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura, ha sostenido el Alto Tribunal; por eso, dicha premisa sirve de base, expresó, a otras dos: por un lado hace exigible a la Administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar; y,

[1] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira.
[2] CSJN, 04/06/1991, "Necon SA. c/ Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 314:491.

como contrapartida el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración Pública en la realización de un fin público[3].

En el derecho privado, asimismo, predomina el principio de que las convenciones establecidas en los contratos no pueden afectar ni comprometer a terceros, sin menoscabo de la libertad y propiedad de cada uno, exceptuándose de esta regla, únicamente, a los herederos y sucesores universales de los contratantes, a quienes se extienden activa y pasivamente los efectos de los contratos que sus causantes hayan celebrado.

En el campo de los contratos administrativos esta situación se altera, y el principio de la relatividad de los efectos de los contratos sufre modificaciones en cuanto a su extensión, puesto que el derecho administrativo admite la posibilidad de que existan ciertos contratos que pueden afectar a quienes son verdaderos terceros, ya sea porque pueden serles opuestos, ya sea porque pueden invocarlos en su favor, en ciertos supuestos.

Esta particularidad de los contratos administrativos se funda también en la finalidad del interés público que con ellos se persigue, y que justifica que si ese interés público, o su tutela, así lo exigen, la administración pueda válidamente incluir en ellos cláusulas que produzcan efectos respecto de terceros, para atribuirles ventajas o derechos, o para imponerles obligaciones o cargas.

Estas particularidades de los contratos administrativos deben ser muy tenidas en cuenta, al encarar todo lo atinente al régimen de su ejecución.

El artículo 3º del Decreto 1023/01 establece que los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; transparencia en los procedimientos; publicidad y difusión de las actuaciones; responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Estos principios, dispone el artículo, deben observarse rigurosamente para la interpretación de toda cuestión vinculada con la contratación, desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato.

2. Principios y potestades que rigen la ejecución contractual administrativa

2.1 El principio de la continuidad en la ejecución

Uno de los principios generales que rigen la ejecución de los contratos administrativos, y tal vez el que más influencia tiene en ella, es aquel según el cual la administración pública tiene el derecho de exigir a su cocontratante particular la continuación, en toda circunstancia, de la ejecución del contrato, de modo que éste, en principio, no se vea interrumpido por ninguna causa, y cuyo fundamento reside en la finalidad de interés público que es propia de estos contratos, y en la posición de subordinación que mantiene el cocontratante particular en la relación contractual establecida con la administración.

Es frente a este principio de la continuidad en la ejecución, donde más señalado carácter cobra el rol de colaborador de la administración pública que adquiere el

[3] CSJN, 18/07/2002, "Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos", Fallos: 325:1787.

particular, y que lo lleva a que tenga que aportar, en todo momento, sus máximos esfuerzos para que se logre la finalidad del contrato.

El principio que ahora nos ocupa se hace de palmaria evidencia en el caso de las concesiones de servicios públicos, y si bien los ejemplos podrían multiplicarse, el dado es suficiente para demostrar que la administración pública necesita contar, en el contrato administrativo, y de manera imprescindible, con el derecho de poder exigir siempre la continuidad de su ejecución, a la que el cocontratante particular está obligado por razones de interés colectivo.

Cuando surgen problemas o cuestiones vinculadas a la ejecución de un contrato administrativo, cualquier solución que se pretenda dar a ellas debe estar dominada por ese criterio de continuidad en la ejecución, a la que cualquier construcción doctrinal o jurisprudencial deberá subordinarse.

El principio de continuidad en la ejecución aparece con serias pretensiones de validez absoluta, que sólo cede en los supuestos de excepción que estén expresamente reconocidos, como son los que se derivan de la existencia de casos de "fuerza mayor" o de "hechos de la administración", que impidan o hagan imposible la ejecución del contrato, o trastornen de manera definitiva la relación contractual.

Si hubiere dudas, siempre se deberá optar por la continuidad de la ejecución, y del mismo modo, cuando las dudas recaigan sobre la extensión de las convenciones en el sentido más favorable a la continuidad de la ejecución de las prestaciones que debe cumplir el cocontratante particular, aun cuando en ambos casos se le puedan irrogar a éste perjuicios.

Fuera de las excepciones ya indicadas, el cocontratante particular no debe interrumpir la ejecución del contrato, y si lo hace incurrirá en una grave inconducta contractual, que impedirá que la administración pueda atender cualquier dificultad seria que lo afecte. Por otro lado, cuando la continuidad es quebrada por el cocontratante particular, la administración debe hacer uso de los medios que el derecho administrativo y el propio contrato le suministren para asegurar esa continuidad, teniendo en cuenta que lo que interesa es siempre el cumplimiento del contrato, y no su rescisión, medida extrema que por lo común habrá de perjudicar el interés general.

La administración pública no debe olvidar, tampoco, que el cocontratante particular es su colaborador, de modo que si éste se ha mantenido en ese rol, y no ha cometido faltas contractuales, deberá acudir en su ayuda, en la medida en que sea indispensable para que lleve adelante sus prestaciones.

2.2 La potestad de dirección y control

Otra de las consecuencias que se derivan de la finalidad que es propia de todo contrato administrativo y de la posición de subordinación que en ellos tiene el cocontratante particular, es la de que en esos contratos la administración pública tiene facultades de dirección y control sobre la forma y modo como dicho contratante cumple las obligaciones a su cargo.

Es que la administración no puede permanecer ajena a la manera como va desarrollándose un contrato administrativo, a la forma como van cumpliéndose las

prestaciones, ya que esas condiciones y circunstancias, por vincularse con el interés público, son de vital importancia.

Al cocontratante particular, no obstante su rol de colaborador de la administración, lo mueve, en realidad, un interés privado, es decir, el propio interés que tiene en el cumplimiento de la contratación, y por ello la administración pública no puede desligarse ni desvincularse de la marcha del contrato, y de su resultado final, como gestora que es, en todo momento, de aquél interés público.

Esta posibilidad de la administración de dirigir y controlar la ejecución de los contratos administrativos no es un derecho, ni menos un derecho que surja del contrato. Al contrario, es una potestad que le es inherente, y por ello la existencia de esa prerrogativa, que es exorbitante del derecho privado, no depende de que haya sido prevista expresamente en las convenciones que constituyan los contratos administrativos, sino que existe, con total plenitud, aun en ausencia de cláusulas de ese tipo, puesto que reviste el carácter de virtual e implícita y es mediante ella que la administración ejerce su capacidad para actuar en este campo.

Los poderes de dirección y control que tiene la administración pública, abarcan cuatro aspectos o fases distintas, a saber: *a*) un aspecto material, respecto de los hechos y actos que constituyen la debida ejecución del contrato; *b*) un aspecto técnico, que se orienta a precisar si esa ejecución se lleva a cabo con todos los requisitos de ese tipo que debían ser observados; *c*) un aspecto financiero, en el cual se verifican todas las operaciones de esa clase, como las inversiones, las adquisiciones y acopios, la fijación y percepción de las tarifas, la aplicación de las fórmulas de reajuste de precios, etc.; y *d*) un aspecto legal, a fin de precisar si se respetan las condiciones jurídicas impuestas o resultantes del contrato en ejecución.

Como se advierte, los poderes de dirección y control son muy extensos, aun cuando su aplicación pueda ser muy distinta en cada tipo de contrato administrativo. Así, por ejemplo, serán muy amplios en contratos como los de concesión de servicios públicos o de obra pública, y mucho más reducidos en los contratos de suministro instantáneo o de tracto muy breve, pudiendo observarse que cuando más extendido en el tiempo es el cumplimiento de un contrato, tanto más amplias son esas facultades de dirección y control.

En el ejercicio de esos poderes de dirección y control es frecuente que la administración imparta a su cocontratante, órdenes e instrucciones que éste debe acatar, ya que si así no lo hace la administración podrá imponerle las sanciones que estén previstas en el contrato o en el ordenamiento administrativo, para asegurar el cumplimiento de dichas órdenes o directivas.

Por supuesto que todo ello será sin perjuicio de las reclamaciones y recursos que el cocontratante pueda interponer, si aprecia que ha existido una extralimitación de la administración; o de las indemnizaciones que sean pertinentes si tal extralimitación efectivamente ha existido, o se ha agravado, más allá de lo que debiera ser aceptado, las prestaciones que el contrato ponía a cargo del particular.

Cabe recordar que el Decreto 1023/01 otorga a la autoridad administrativa el poder de controlar, inspeccionar y dirigir la respectiva contratación y la facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los contratantes (artículo 12, incisos c, y f).

2.3 El principio de mutabilidad

Los contratos administrativos presentan la singularidad de que en ellos una de las partes contratantes –la administración pública- tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo la ejecución de esos contratos y variando las prestaciones debidas por el contratante particular.

Es que en el derecho administrativo, si bien inicialmente existieron algunas opiniones autorizadas que se opusieron a esta posibilidad, predomina el principio de que en los contratos administrativos es admisible la potestad de la administración de variar por sí sola lo que se haya fijado en las convenciones contractuales, lo que condujo a que el concepto de la inmutabilidad contractual del derecho privado pierda su trascendencia, para dar lugar al sistema opuesto, como reserva otorgada a la administración.

Esta prerrogativa, exorbitante del derecho privado, encuentra su fundamento y razón de ser en la exigencia, que pesa permanentemente sobre la administración, de la necesaria atención del interés público, confiado a su custodia y gestión.

De tal modo, la administración pública no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que se han tornado inadecuadas para satisfacer las necesidades que se tuvieron en mira al contratar, por el solo prurito de mantener una regla del derecho privado, establecida para relaciones de otro tipo y con otra finalidad (Marienhoff). Las necesidades y el interés público deben prevalecer, deben ser convenientemente cubiertas, y si para ello se hace necesaria la modificación de las previsiones del contrato celebrado, éstas deben efectuarse y resultan admisibles.

La modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil, sin que, ha dicho la Corte Suprema, la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi,* pueda extenderse a supuestos en que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cual es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesta por la adjudicataria[4].

Tan importante atribución de la administración no constituye un derecho, sino que por su índole y su finalidad es una verdadera potestad, que le es inherente, que no puede ser renunciada por convenciones generales o especiales, y que aparece en todos los contratos administrativos, con independencia de que en ellos haya sido prevista, o no, por cláusulas expresas, ya que tiene carácter virtual o implícito, lo que no impide que las partes puedan considerarla en sus convenciones, consignando la forma y el modo como se ejercerá, así como sus efectos.

La doctrina es unánime al señalar que la mutabilidad del contrato administrativo debe ser limitada y sujeta a principios de razonabilidad.

En primer lugar, toda modificación que introduzca la administración pública debe respetar, sobre todo, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, ya que una alteración que afectara esas condiciones implicaría, en realidad, la conformación de un contrato diferente, no consentido por el cocontratante particular.

En segundo término, al disponerse la modificación de la relación contractual, debe mantenerse su equilibrio económico-financiero a favor del cocontratante

[4] CSJN, 09/02/1989, "Marocco y Cía. SACIFICA. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario", Fallos: 312:84.

particular, debiendo compensárselo cuando dicho equilibrio se rompa, o efectuar los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios. El poder de introducir modificaciones, en efecto, no supone el sacrificio del cocontratante particular, ni tampoco justifica que éste obtenga ganancias improcedentes (Sayagués Laso).

El incumplimiento de esta limitación, por parte de la administración pública, podría llevar, asimismo, a la rescisión del contrato, con sus naturales consecuencias.

No obstante, se debe reconocer que la potestad de la administración, aun en esos casos, se mantiene intacta, ya que las modificaciones dispuestas se llevarán a cabo, de cualquier manera, por la vía que resulte más conducente.

Las modificaciones que puede introducir la administración en sus contratos, pueden traducirse tanto en un aumento como en una disminución de las prestaciones, y pueden ser tanto modificaciones directas, es decir, dispuestas intencionadamente para que produzcan ese efecto, como modificaciones indirectas, que son las que resultan de actos que producen ese resultado, no obstante no buscar la alteración del contrato. La mutabilidad del contrato, por último, puede recaer sobre su duración, sobre el volumen o cantidad de las prestaciones y obligaciones del cocontratante particular, o sobre las condiciones, forma y modo de ejecución de ellas.

La potestad modificatoria puede dar lugar a que la administración, al ejercerla, incurra en verdaderas "desviaciones de poder", que viciarán los actos que en ese sentido se cumplan, generando responsabilidad para la administración, y ello ocurrirá cuando, alegándose razones de interés público, se encubran fines ilegítimos, como la rescisión del contrato, o el directo perjuicio del cocontratante, etc.

La legislación administrativa, en forma general, o de manera especial, al regular ciertos contratos administrativos, suele tratar la potestad modificatoria de la administración, estableciendo sus límites, condiciones y efectos. Así ocurre, por ejemplo, en la ley nacional 13.064, de obras públicas.

Se debe tener presente que en la actualidad el Decreto 1023/01 le asigna a la autoridad administrativa la prerrogativa modificar el contrato por razones de interés público; la facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento el monto total del contrato en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos, sin perjuicio de la revocación, modificación o sustitución por razones de oportunidad, mérito o conveniencia -sin que ésta genere derecho a indemnización en concepto de lucro cesante- y, asimismo, la facultad de prorrogar, con arreglo a las condiciones que fija, los contratos de suministros o de prestación de servicios.

Se ha destacado (Druetta) que en el marco legal abierto a partir de las leyes 23.696 (denominada de reforma del Estado) y 23.697 (de emergencia económica), la modificación del contrato administrativo no siempre se puede considerar ligada al ejercicio de la potestad unilateral de la Administración, pues existen normas que reconocen la posibilidad de formalizar modificaciones por mutuo acuerdo (artículos 49 y 2º, párrafo segundo "in fine", de las leyes citadas, respectivamente; o, por caso, el Decreto 485/95 relativo a los contratos de concesión de la red vial federal). Estas renegociaciones contractuales deberían siempre responder a intereses públicos comprobados y excluir, por inadmisibles y reñidos con la justicia, la moral y la ética pública, eventuales propósitos de licuar pérdidas contractuales previsibles, trasladar riesgos empresariales comunes u ordinarios, convalidar ineficacias o eliminar exigencias que hagan más atractiva la explotación del servicio.

Más recientemente, a raíz de la grave crisis experimentada a fines del año 2001, la ley 25.561 autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos comprendidos en el artículo 8º y consigna que en aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos se deben tomar en consideración los siguientes criterios: impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; calidad de los servicio y los planes de inversión, cuando ellos estuvieren previstos contractualmente; el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; seguridad de los sistemas comprendidos; rentabilidad de las empresas. El artículo 8º se refiere a los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y

servicios públicos, para derogar las cláusulas de reajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio; y, asimismo, para disponer que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas quedaran establecidas a la relación de cambio un peso igual un dólar estadounidense.

En relación con la renegociación dispuesta por la ley citada rige, actualmente, el Decreto 311/03 por el cual se creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios con la misión, expresa, de "asesorar y asistir en función de": llevar a cabo el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por la Ley Nº 25.561, efectuando los correspondientes análisis de situación y grado de cumplimiento alcanzado por los respectivos contratos de concesión y licencia; suscribir los acuerdos integrales o parciales de renegociación contractual con las empresas concesionarias y licenciatarias de servicios públicos, ad referéndum del Poder Ejecutivo; elevar los proyectos normativos concernientes a posibles adecuaciones transitorias de precios, tarifas y/o segmentación de las mismas; o cláusulas contractuales relativas a los servicios públicos bajo concesión o licencias; elaborar un Proyecto de Marco Regulatorio General para los Servicios Públicos correspondientes a la jurisdicción nacional; que contemple las condiciones básicas genéricas para todos los sectores; efectuar todas aquellas recomendaciones vinculadas a los contratos de obras y servicios públicos y al funcionamiento de los respectivos servicios.

El artículo 3º del Decreto citado determina que los procesos de renegociación a que hubiere lugar respecto del Contrato de Concesión del Servicio Postal, Monetario y de Telegrafía y del Contrato de Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos serán transferidos a la competencia de la Unidad creada por el Artículo 1º del presente decreto y el artículo 4º, por su lado, encomienda a la referida Unidad la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos correspondientes a los siguientes sectores: la provisión de servicios de agua potable y desagües cloacales; el servicio de transporte y distribución de energía eléctrica; el servicio de transporte y distribución de gas; el servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija); el transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo; el servicio ferroviario de cargas; las concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la Ciudad de Buenos Aires; el servicio portuario; las vías fluviales por peaje; la concesión del servicio de la Terminal de Ómnibus de Retiro de la Ciudad de Buenos Aires; el servicio Postal, Monetario y de Telegrafía; el Sistema Nacional de Aeropuertos.

Los acuerdos, que podrán abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencias; contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas del contrato de carácter transitorio; incluir revisiones periódicas pautadas; así como establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios; serán suscriptos en forma conjunta por los Ministerios ante mencionados, ad referéndum del Poder Ejecutivo, previa articulación de mecanismos que aseguren una instancia pública que posibilite la participación de los usuarios en la decisión y previo dictamen, también, del Procurador del Tesoro de la Nación.

2.4 La potestad rescisoria

Otra de las singularidades que caracterizan a los contratos administrativos y a sus modos de ejecución, es la presencia en ellos de otra potestad de la administración pública, en virtud de la cual ésta tiene la prerrogativa de disponer, en todo momento y de manera unilateral, la rescisión de esos contratos.

Se trata de una potestad exorbitante del derecho privado, y que encuentra también su fundamento en la finalidad esencial de los contratos administrativos y, en general, de todo el accionar administrativo, es decir, en las exigencias del interés público.

De tal modo, esa facultad no es un derecho de la administración, sino un verdadero poder, una potestad administrativa, que se impone en todo tipo de contrato administrativo, y que no requiere, para tener aplicación, que deba estar expresamente inserta en cada uno de ellos, sino que podrá ser ejercida aun a falta de toda referencia en

el contrato, por ser virtual o implícita. Es, además, irrenunciable por la administración pública.

Conviene hacer presente que al tratarse de esta potestad rescisoria de la administración, no se debe incluir en su consideración otros casos de rescisión, como la que es pronunciada a título o con el carácter de una sanción, y que exige la existencia de una falta o culpa contractual grave; la que se pronuncia por haberla requerido el propio cocontratante de la administración; y la que tiene lugar por la desaparición del objeto del contrato, todos los cuales constituyen supuestos distintos, que serán expuestos a su tiempo.

La potestad rescisoria a la que ahora nos estamos refiriendo, se aplica en aquellos supuestos en que se la funda en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas relativas, directamente, al interés público.

Por tales razones, y aun cuando no esté prevista en el contrato, tal rescisión puede ser dispuesta unilateralmente por la administración pública, sin necesidad de que deba verse obligada a recurrir para ello a la instancia judicial. Ello no importa ningún perjuicio para el cocontratante particular, no sólo porque la rescisión dispuesta por la administración, si bien es ejecutoria, no hace cosa juzgada, pudiendo ser impugnada por ante el Poder Judicial, sino porque al pronunciarla, la administración debe indemnizar a su cocontratante, tanto de los daños causados por la rescisión, como de los beneficios de que se haya visto privado por ella. La rescisión no puede ni debe constituir un quebranto para el cocontratante particular, y si el interés público predominara siempre, el interés particular debe ser respetado, y de ahí la justa indemnización de los daños y perjuicios a que se ha aludido y que los evita.

Parece necesario destacar que la administración pública debe fundar y motivar debidamente el acto por el cual disponga la rescisión unilateral de un contrato administrativo, señalando expresamente las razones tenidas en cuenta y los motivos que le imponen.

En cuanto a los criterios de oportunidad, mérito o conveniencia que pueden originarla, serán fijados atendiendo al sentido y alcance que estos conceptos tienen en el derecho administrativo y que se vinculan, como se sabe, con la mejor satisfacción del interés público comprometido.

El autor se refiere aquí a la potestad *revocatoria* por motivos de oportunidad mérito o conveniencia, así denominada en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos en relación con los actos administrativos (artículo 17) y también designada con ese nombre, específicamente para los contratos administrativos, en el ya citado artículo 12, inciso b, del Decreto 1023/01.

En lo que respecta a la extensión del resarcimiento en estos casos, la Corte Suprema ha encuadrado la situación en el marco de los principios de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, a la cual considera generadora del derecho a una indemnización plena por parte del damnificado, aunque no se refiere, ha dicho el Alto Tribunal, a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituyen enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable. Esta indemnización, según lo resuelto por la Corte, sólo podría hallar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular, de modo que, de no mediar estas circunstancias, procede la concesión, incluso, del lucro cesante toda vez que el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad, sin perjuicio de la aplicación analógica del artículo 1638 del Código Civil, cuya última parte faculta a los jueces a establecer la utilidad frustrada apreciándola con equidad ("Sánchez Granel"[5]; en sentido similar, "Ruiz Orrico"[6] y, más recientemente, con expresa cita del primero de ellos, "El Jacarandá"[7]).

[5] CSJN, 20/09/1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería c/ Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 306:1409.

El Decreto 1023/01 dispone (artículo 12, inciso), por su parte, que la revocación, modificación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante; en coincidencia con criterios similares sentados antes por la ley de emergencia 25.344 (artículo 26) y la denominada ley de *déficit cero* (ley 25.443, artículo 11).

2.5 La potestad sancionatoria

De nada serviría que la administración pública tuviera, en el proceso de ejecución de los contratos administrativos, un poder de dirección y control de esa ejecución, si en forma correlativa no tuviera, también, la potestad de sancionar las faltas en que incurra el cocontratante particular, ya sea al transgredir lo establecido en el contrato o al no acatar o desatender las órdenes de servicio e instrucciones que se le impartan, en razón del contrato o de los poderes o facultades que le son propios dentro de la relación contractual administrativa. En consecuencia, junto al poder de dirección y control, y aun como una consecuencia necesaria de él, está el de sancionar, que aparece como la expresión máxima del estado de subordinación en que se halla, dentro del contrato administrativo, quien acepta contratar con la administración pública.

Ello dio lugar a que se conformara un sistema jurídico original, que trasciende en mucho al del derecho privado, referido a la existencia y manifestación de la potestad sancionatoria, que encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar, mediante la represión de las faltas contractuales que cometa el cocontratante particular, la efectiva y debida ejecución de los contratos administrativos, alcanzando de ese modo la mejor satisfacción del interés público que constituye la finalidad de tales contratos.

Ese poder de sancionar que tiene la administración pública en la contratación administrativa, no es un "derecho", sino una "potestad", y en virtud de ese carácter no necesita estar reconocido ni regulado en cada contrato, sino que existe en todo contrato administrativo, cualquiera que sea su clase, como una facultad virtual e implícita, exorbitante del derecho privado.

De tal modo, el hecho de que en un contrato administrativo no se haya previsto algún sistema o régimen de sanciones, no implica que la administración pública esté desarmada frente a las faltas contractuales de su cocontratante, sino, al contrario, que incluso en ese caso podrá imponerle las sanciones que correspondan y que sean adecuadas a la índole y gravedad del incumplimiento contractual.

Asimismo, la existencia en un contrato administrativo de cláusulas que prevén ciertas faltas y determinan las sanciones que les corresponde, no significa, tampoco, que la administración no pueda sancionar otras faltas no previstas o aplicar a las faltas contempladas en el contrato otras sanciones diferentes de las que en él se hayan fijado, si a éstas no se las considera adecuadas o no sirven al propósito de asegurar el cumplimiento del contrato.

La potestad sancionatoria puede ser ejercida en forma directa y unilateral por la administración, considerando cada caso en sí mismo, e imponiendo las sanciones que a su juicio correspondan, sin que deba recurrir en ningún caso a la intervención de la

---

[6] CSJN, 24/05/1993, "Ruíz Orrico, Juan C. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", Fallos: 316:1025.

[7] CSJN, 28/07/2005, "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional s/ juicios de conocimiento", Fallos 328, en prensa, publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/09/2005.

jurisdicción judicial, salvo cuando el cumplimiento de una sanción impuesta exija actuar sobre el patrimonio del cocontratante particular.

La potestad sancionatoria, sin embargo, no constituye un poder ilimitado, sino que está sujeto a ciertos requisitos y restricciones, a saber: 1) como medida previa a toda sanción, se requiere que la administración haya puesto en mora a su cocontratante, intimándole el correcto cumplimiento de sus obligaciones, excepto cuando la mora haya sido expresamente dispensada en el contrato, o cuando las circunstancias la tornen innecesaria; 2) las sanciones impuestas por la administración pública están sujetas al control judicial, sin perjuicio de que el cocontratante particular haya agotado, además, los recursos administrativos que sean procedentes. El control judicial se extiende no sólo a los aspectos relativos a la competencia, a la forma, y en general a la legalidad de la sanción, sino también a los motivos por los cuales la administración ha hecho uso de su potestad sancionatoria, pero sin que ello implique que el juez haya se suplir a la administración en la apreciación de aquellos aspectos relativos al logro del interés público. De cualquier manera, los derechos del cocontratante particular quedan salvaguardados, al proceder la completa indemnización de los daños y perjuicios que una sanción irregular le haya ocasionado; 3) la administración sólo puede imponer sanciones razonables y admitidas, en su especie, por el derecho administrativo, y no caprichosas o arbitrarias, no cabiendo, tampoco, reprimir con sanciones penales o contravencionales faltas contractuales que no sean, al mismo tiempo, delitos o contravenciones.

Las sanciones pueden ser de tres clases: *a*) pecuniarias; *b*) correctivas; y *c*) rescisorias.

Las sanciones pecuniarias pueden revestir dos modalidades distintas: o bien la de sanciones fijas y predeterminadas, establecidas por las partes en el propio contrato, o por las normas generales que le sean aplicables, y para cuya procedencia no es necesaria la demostración de la existencia de algún perjuicio, sino simplemente la de la comisión de una falta contractual; o bien los daños y perjuicios, aplicables en los supuestos en que no se haya previsto la imposición de sanciones fijas y predeterminadas, cuyo régimen se halla muy próximo al que rige en los contratos de derecho privado, y para cuya procedencia es indispensable demostrar que la falta contractual ha ocasionado un perjuicio efectivo a la administración.

Las sanciones coercitivas son aquellas que buscando el inmediato y efectivo cumplimiento regular del contrato, dan lugar a que la administración pública se sustituya al cocontratante particular, en forma temporal o transitoria, llevando a cabo por sí misma, o por medio de un tercero, la ejecución de las prestaciones contractuales incumplidas. Las sanciones coercitivas sólo proceden ante faltas graves, teniendo en cuenta que el reemplazo del cocontratante particular se lleva a cabo por cuenta y riesgo de éste, que debe hacerse cargo de todos los mayores costos y expensas que resulten.

Las sanciones rescisorias, por último, son las más graves que puede adoptar la administración en materia contractual, ya que dan lugar a la extinción del contrato administrativo y a la conclusión de los vínculos contractuales que existían con el cocontratante particular. Sólo proceden ante faltas especialmente graves, y cuando no exista otro medio adecuado para asegurar la ejecución del contrato. Las sanciones rescisorias, que deben ser distinguidas de aquellos casos en que la rescisión resulta del ejercicio de la potestad rescisoria de la administración, o de otras previsiones contractuales que la admitan por motivaciones diferentes, pueden conducir a una rescisión pura y simple, en la cual el cocontratante particular queda liberado de las

consecuencias resultantes de la celebración de un nuevo contrato para la prosecución del objeto del contrato rescindido (mayores costos, agravación de gastos improductivos, variación de precios, etc.); o a una rescisión en que tales consecuencias onerosas queden a cargo del cocontratante particular, lo cual debe resultar de expresas previsiones del contrato administrativo o de normas legales, generales o especiales, que la prevean.

Como se dejó enunciado antes, el Decreto 1023/01 atribuye a la autoridad administrativa la facultad de imponer a los contratantes las penalidades previstas en él cuando incumplieren sus obligaciones y, asimismo, la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo, incluso, disponer de los medios y bienes de éste (artículo 25 incisos d y e).

El Decreto referido contempla en su artículo 29 las penalidades y sanciones que pueden ser impuestas a los oferentes o contratantes. Así, enuncia como penalidades la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato; la multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones y la rescisión por su culpa; y, como sanciones, el apercibimiento, la suspensión y la inhabilitación. La norma también prevé que, a los efectos de la aplicación de las sanciones, los organismos deben remitir al Órgano Rector copia fiel de los actos administrativos firmes mediante los cuales se hubieren aplicado las penalidades.

3. Derechos y obligaciones de las partes en los contratos administrativos

3.1 Derechos y obligaciones de la administración pública

3.1.1 Derecho a exigir la debida ejecución del contrato

La administración pública tiene el derecho de exigir a su cocontratante el debido y regular cumplimiento de todas las obligaciones impuestas a éste por el contrato y por los documentos complementarios que lo integren.

El cocontratante debe asumir no sólo las obligaciones que estén formalmente expresadas en el contrato, sino también todas aquellas que puedan ser una consecuencia virtualmente comprendida en él, el cual deberá ser interpretado, a estos fines, con arreglo al principio de buena fe que debe imperar entre todos los cocontratantes, debiendo el cocontratante particular actuar siempre con la debida diligencia, propia de quien es un colaborador de la administración pública en la realización de un fin de interés público.

El cocontratante debe ejecutar personalmente sus obligaciones, no pudiendo ceder o transferir el contrato, colocando a otro en su lugar, ni tampoco subcontratar, requiriendo la colaboración de un tercero en la realización de las prestaciones, excepto cuando estuviere autorizado para ello por el propio contrato o por la administración. El principio de la ejecución personal de las prestaciones es ineludible, aun cuando no haya cláusulas expresas que lo impongan, o prohíban la cesión o transferencia del contrato o la subcontratación.

La cesión, transferencia o subcontratación hechas indebidamente, darán lugar a los siguientes efectos: 1) La cesión, transferencia o subcontratación no autorizada no podrá ser opuesta a la administración, ni producirá a su respecto ningún efecto exigible a título contractual. 2) El cocontratante que haya incurrido en tales irregularidades, incurre en una falta contractual que deberá ser sancionada, incluso con sanciones de tipo

rescisorio por tratarse de una falta grave, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que haya lugar.

Cabe acotar que la subcontratación autorizada, a diferencia de la cesión o transferencia del contrato hecha en iguales condiciones, no implica la sustitución del cocontratante particular por el subcontratista, ni siquiera en cuanto a la parte subcontratada, ya que aquél permanece siempre como contratante principal por el subcontratista, que en los casos en que se llegan a producir, no disminuyen las responsabilidades del cocontratante principal.

Corresponde recordar que el Decreto 1023/01 impone al contratante, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones o en la restante documentación contractual, la obligación de ejecutar el contrato por sí, quedándole prohibida la cesión o subcontratación, salvo consentimiento expreso de la autoridad administrativa. En este supuesto, preceptúa el Decreto, el cocontratante cedente continuará obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato, para lo cual se debe verificar que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria al momento de la cesión (artículo 13, inciso b).

3.1.2 Derecho a exigir la ejecución en término

La administración no sólo tiene el derecho de exigir la debida ejecución del contrato administrativo, sino que además le corresponde el poder reclamar que esa ejecución se lleve a cabo dentro de los plazos que hayan sido fijados para que tenga lugar, ya se trate de un plazo general de ejecución, ya de diferentes plazos parciales, o bien mediante ambos sistemas. Sólo si así ocurre se podrá entender que el contrato se ha ejecutado debidamente.

Algún problema se plantea en los casos en que el contrato no ha fijado el plazo de ejecución, pero se ha aceptado que existe para cada contrato un término "normal" de ejecución, que puede ser exigido por la administración, y serle a su vez opuesto a ésta, tal como ocurre cuando existen plazos establecidos, que la administración no puede alterar, sino haciendo justificado uso de las potestades que le son atribuidas en los contratos administrativos.

El incumplimiento de los plazos fijados constituirá una falta contractual imputable al cocontratante particular, y que dará efecto a que se le impongan las sanciones previstas en el contrato o que correspondan, de manera general.

La aplicación de sanciones no procederá cuando el incumplimiento de los plazos se deba a circunstancias que no sean jurídicamente imputables al cocontratante y, por ende, no le puedan ser reprochadas.

Las causas que eximen la responsabilidad del cocontratante, en estos casos, son la fuerza mayor y el hecho de la administración.

La fuerza mayor se define como un acontecimiento independiente de la voluntad de los cocontratantes, imprevisible e inevitable, que impide la ejecución de las obligaciones contractuales o el cumplimiento del contrato. Para que se considere configurada, la fuerza mayor debe reunir cuatro elementos básicos: exterioridad, o sea, debe ser totalmente exterior a los cocontratantes, independiente de su voluntad; imprevisibilidad, no debiendo consistir en una imprevisibilidad absoluta, sino razonable en el caso de que se trate; irresistibilidad, en el sentido de llegar a configurar una total

imposibilidad de cumplimiento; y actualidad, no aceptándose que pueda constituirla un evento posible, o un riesgo, por grave que sea.

El Decreto 1023/01 impone al contratante el deber de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, *ambos de carácter natural* (artículo 13, inciso c; la cursiva no está en el original).

La fuerza mayor produce dos efectos distintos. Cuando aparece como una situación transitoria, temporaria, da lugar a la suspensión o paralización de la ejecución del contrato, también en forma transitoria, pero dispensando el retardo en que se incurriera. Si el obstáculo, en cambio, es permanente, la situación sería irreversible, y la fuerza mayor originaría la rescisión del contrato o, en su caso, de la prestación inejecutable, sin responsabilidad para el cocontratante por el incumplimiento.

El hecho de la administración, por su parte, consiste en toda conducta o comportamiento de ésta que torne imposible, para el cocontratante particular, la ejecución del contrato. La existencia de un hecho de la administración hace excusable el incumplimiento contractual, y libera al cocontratante de las sanciones y demás responsabilidades que le hubieran podido corresponder.

Para que se considere configurado un hecho de la administración, con tales consecuencias, es menester que reúna los cuatro elementos considerados al tratar de la fuerza mayor, es decir, exterioridad, imprevisibilidad, irresistibilidad y actualidad, lo cual viene a indicar que en términos generales es asimilado, en su concepto y efectos, a la fuerza mayor, pero con la particularidad de que proviene de la administración pública, y con la salvedad de que no es preciso que llegue a crear una imposibilidad absoluta de ejecución, sino que basta con que produzca la razonable imposibilidad de cumplir, o sea, una imposibilidad que no pueda ser superada con la diligencia y el esfuerzo que es dable exigir al cocontratante particular, como colaborador de la administración.

La teoría del hecho de la administración brinda, también, una adecuada solución al problema, antes tan debatido, de la posible aplicación en el campo de los contratos administrativos, de la clásica "*exceptio non adimpleti contractus*", de tradicional vigencia en el derecho privado, y hoy desechada por la opinión predominante en el derecho administrativo. La solución que resulta, en efecto, sobre todo en cuanto a la "razonable" imposibilidad de cumplimiento del contrato, suplanta, con ventaja, a una solución que no es atendible en el derecho público, ante la finalidad del interés público de los contratos administrativos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Cinplast"[8], decidió confirmar la sentencia de Cámara que, al condenar a la entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones al pago de las sumas adeudadas al contratista por las prestaciones cumplidas del contrato de suministro, sostuvo que el contrato estaba sometido al derecho público y que la *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por el contratista si existe prueba de una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones impuestas, frente al incumplimiento de pago por la Administración.

Se ha puntualizado que, en la actualidad, no parecen prevalecer en la doctrina argentina las concepciones que niegan la procedencia de la excepción de incumplimiento contractual en el ámbito de los contratos administrativos sino, por el contrario, las opiniones que la aceptan con arreglo a requisitos diferentes o, lisa y llanamente, la admiten sin matices. Lo discutido hoy no es ya su vigencia o no en los contratos administrativos sino los requisitos que hacen viable su invocación. Dicho en otros términos: la cuestión se resume en determinar la exigencia o rigurosidad a tenor de la cual medir la legitimidad de la pretensión del contratista particular, que intenta justificar el incumplimiento de sus obligaciones con fundamento en esta excepción [Comadira (h)]

[8] CSJN, 02/03/1993, "Cinplast S.A. c. ENTel", Fallos 316:212.

Y en ese sentido, se ha entendido inconveniente establecer un principio general para todos los contratos administrativos, sin atender a las circunstancias concretas de cada una de sus especies y, a su vez, de cada contrato en particular, pues se ha estimado que un standard que se aplique indiscriminadamente a todos los tipos de contratos administrativos (de obra pública, de concesión de obra pública, de concesión o licencia de servicios públicos, etc.) y a cada uno de los contratos que concretamente se celebren dentro de esas categorías, podrá, en algunos casos, resultar justo pero, ciertamente, dejará otros supuestos al margen de soluciones igualmente adecuadas [Comadira (h)].

Desde esa perspectiva la pauta "razonable imposibilidad de cumplimiento" se mostraría adecuada para cierto tipo de contratos administrativos y, en concreto, para un contrato determinado pero, contrariamente, insuficiente para otros casos. El interés público no gravita de la misma manera en todos los contratos administrativos. Incluso, en algunos casos la Corte Suprema de Justicia ha calificado de "contrato administrativo" a ciertas relaciones contractuales sin aludir al fin público. Si ello es así, si el interés público no impregna tan intensamente a todos los contratos administrativos por igual sería lógico, entonces, que el sacrificio, o, si se quiere, las exigencias para el contratista particular, difieran en función del fin público comprometido en la ejecución del contrato administrativo.

En general, el interés público alcanzará su máxima expresión en los contratos de concesión de servicios públicos, donde entran a jugar factores como la continuidad del servicio, la satisfacción de necesidades esenciales, etc.; y en principio, no será tan fuerte en la obra pública, aun cuando no son descartables supuestos de excepción, en las dos clases de contratos, a las reglas que en ellos prevalezcan. El planteo presenta, por cierto, dificultades, pero puede constituir, se sostiene, un punto de partida alejado de las rigideces tradicionales para atender a las exigencias de la realidad. Y la situación puede superarse, si ambas partes de la relación contractual se esmeran en cumplir el contrato de acuerdo al principio de buena fe que, como reiteradamente ha dicho la Corte, no es ajeno a la contratación administrativa [Comadira (h)].

Ahora bien, el Decreto 1023/01 impone al contratista la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, excepto en los casos de caso fortuito o fuerza mayor, *de origen natural*, como ya se vio, y cuando medien actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que *tornen imposible la ejecución del contrato* (artículo 13, inciso c; la cursiva no está en el original). A nuestro juicio las locuciones *actos* e *incumplimientos* no deberían considerarse como sinónimos. *Acto* se debería referir a la teoría del "hecho del príncipe", que, como explica Escola más adelante, no deriva de la Administración actuando como *parte* en el contrato sino como *autoridad* pública. El incumplimiento, en cambio, se debería vincular con el "hecho de la administración", en tanto conducta incumplidora de la Administración, actuando como *parte* contractual. En cualquier caso, y en lo que respecta a la imposibilidad de la ejecución mentada por la norma, pensamos que, más allá de su literalidad, ella no debería obstar a una interpretación que, con criterio de justicia, atienda no sólo a los actos o incumplimientos que tornen *materialmente* imposible la ejecución de contrato, sino, también, a aquellos que ocasionan la *razonable imposibilidad* de hacerlo; pauta ésta cuya justicia resulta de la idea del particular como colaborador de la autoridad administrativa.

Cabe señalar, finalmente, que la ley 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, sancionada a causa de la grave crisis padecida por el país desde fines del año 2001, dispone, en su artículo 10, que las medidas adoptadas por sus artículos 8º y 9º en ningún caso autorizan a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

El artículo 8º determina que a partir de la sanción de la ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de reajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. El artículo establece, asimismo, que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan fijados en pesos a la relación de cambio un peso igual a un dólar estadounidense. El artículo 9º, a su vez, autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos comprendidos en el artículo 8º y consigna que en aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos se deben tomar en consideración los siguientes criterios: impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuvieren previstos contractualmente; el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; seguridad de los sistemas comprendidos; rentabilidad de las empresas.

Vinculado al tema que ahora nos ocupa, se debe tener presente que en el derecho administrativo, y en especial en el ámbito de los contratos administrativos, se ha rechazado la posibilidad y aun la necesidad de la aplicación de las condenaciones conminatorias o compulsorias o "*astreintes*", tanto contra la administración pública como contra su cocontratante particular. En el primer caso, porque importarían una trasgresión al principio de separación de los poderes, y en el segundo, porque la administración tiene poderes conminatorios más propios y eficaces, que las hace innecesarias.

3.2 Derechos y obligaciones del cocontratante particular

3.2.1 Derecho a exigir que la administración pública cumpla sus obligaciones

Pese a sus singularidades, la teoría de los contratos administrativos está asentada, entre otras, sobre la idea de la fuerza obligatoria de los contratos, de modo que el principio "*pacta sunt servanda*" tiene siempre aplicación, y si el contrato liga y obliga al cocontratante particular, liga y obliga igualmente a la administración pública.

Es por ello que el cocontratante particular tiene el derecho de exigir que la administración pública cumpla las obligaciones que por el contrato haya contraído, lo cual va más allá del mero hecho de que la administración ejecute sus obligaciones, sino que implica que las cumpla de manera correcta, dentro de un plano de buena fe, que es inexcusable.

Dentro de este concepto, la administración debe cumplir sus prestaciones dentro de los plazos contractualmente aplicables, y a falta de tales plazos, dentro del término razonable que para cada caso corresponda.

Además, la administración debe abstenerse de adoptar medidas que estén en contradicción con la debida ejecución de sus obligaciones, sin que esta actitud pueda entenderse como opuesta al ejercicio regular de las potestades administrativas, fundadas en el interés público.

Si la administración no cumple las obligaciones a su cargo, ese incumplimiento puede generar diversas medidas a su respecto, que pueden ir desde la justificación de una demora o retardo en el plazo contractual, o aun a su suspensión, hasta el pago de intereses o la indemnización de los daños y perjuicios que se hubieran producido por esa causa al cocontratante particular.

No tiene cabida, en cambio, en el campo de los contratos administrativos, la aplicación, por el cocontratante particular, de la "*exceptio non adimpleti contractus*", frente al incumplimiento de la administración, lo que no quita que puedan aplicarse al supuesto, los principios relativos a la "razonable" imposibilidad de cumplimiento del contrato administrativo, con las consecuencias correspondientes.

Ver, no obstante, lo dicho en el punto anterior.

3.2.2 Derecho del cocontratante particular a percibir el precio fijado.

El derecho del cocontratante particular a percibir el precio establecido en su favor por el contrato administrativo es, tal vez, el más importante de sus derechos.

El precio, en este tipo de contratación, puede adquirir distintas formas y recibir diferentes denominaciones, sin perder su carácter de tal.

También es posible distinguir en el precio dos modalidades, según sea la persona obligada a su pago.

A veces, y estos casos son los más frecuentes, es la misma administración pública la que está obligada y debe pagarlo, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de obra pública o de suministro; en otros, en cambio, el precio va siendo pagado por otras personas que no han sido parte en la relación de un servicio o de una prestación, que ha sido, justamente, el objeto del contrato administrativo, como sucede, verbigracia, en el contrato de concesión de servicios públicos.

Uno de los principios que rigen la existencia del precio en la contratación administrativa es el de su intangibilidad, lo cual significa que no puede ser variado o alterado, si no es por medio de un nuevo acuerdo de las partes que lo concertaron, sin que tenga cabida, a este respecto, el principio de mutabilidad existente en favor de la administración.

Pero si el precio es intangible, ello no implica que sea inmutable, puesto que es natural que pueda sufrir variaciones, cuando éstas resultan de las mismas cláusulas del contrato celebrado, o cuando se ha producido la alteración de elementos no contractuales de la remuneración, por ejemplo, por voluntad del legislador. Pero es indudable que aun en estos casos la intangibilidad del precio se mantiene siempre.

El precio contractual debe ser pagado en el lugar, tiempo, forma y condiciones que hayan sido estipuladas, y la observancia de estas circunstancias sirve también para mantener su real intangibilidad.

El precio no siempre es pagado en una sola entrega, sino que en muchos casos se lo hace en otras formas, que pueden agruparse en las dos siguientes: *a*) pagos a cuenta de prestaciones en curso de realización, que no son sino verdaderos pagos parciales; *b*) pagos anticipados, siempre parciales, que pueden ser hechos con un destino determinado de antemano, como, por ejemplo, acopios.

Los pagos parciales, como tales, no producen los efectos propios del pago definitivo, principalmente en cuanto a la percepción de intereses debidos, y por los cuales no se ha hecho reserva al percibir los pagos parciales.

El retardo de la administración pública en el pago del precio debido, habrá de significarle el pago de intereses moratorios, siempre que haya mediado interpelación y que el retardo no sea imputable al propio cocontratante particular, pudiendo ser la interpelación tanto judicial como extrajudicial, y resultar, en este último caso, incluso de reclamos administrativos, si son expresos. La interpelación no es necesaria cuando está dispensada en el contrato, o cuando fuere objetivamente innecesaria.

3.2.3 Derecho a suspender la ejecución del contrato

Cierta parte de la doctrina ha sostenido que otro de los derechos del cocontratante particular es el de suspender la ejecución del contrato administrativo en curso, por aplicación de la "*exceptio non adimpleti contractus*".

Ya hemos expresado que tal cláusula, propia de los contratos de derecho privado, no tiene cabida en la contratación administrativa, principalmente por las finalidades de interés público que persiguen los contratos administrativos, y que no se compadecen con la posibilidad de que el cocontratante particular adopte una actitud de esa clase, máxime en su carácter de colaborador de la administración pública, en el logro de aquellas finalidades superiores.

Recuérdese, en este aspecto, lo enunciado precedentemente sobre lo decidido por la Corte Suprema en la causa "Cinplast"[9] y lo dispuesto por el Decreto 1023/01.

3.2.4 Derecho a requerir la rescisión del contrato administrativo

El cocontratante particular tiene, asimismo, el derecho a solicitar la rescisión del contrato administrativo, en los casos en que le otorguen tal facultad las convenciones estipuladas en él, las disposiciones legales que le sean aplicables, o los principios generales del derecho administrativo.

En este mismo capítulo, al tratar de la fuerza mayor y del hecho de la administración como eximentes de responsabilidad por la inobservancia de la ejecución en término de las obligaciones contractuales administrativas, hicimos referencia a que cuando tales situaciones producen de manera irreversible la imposibilidad de ejecutar el contrato, procede la rescisión, la cual puede ser requerida por el cocontratante particular.

Pero cabe tener presente que éste no puede solicitarla sino ante la autoridad judicial correspondiente, quedando a su cargo, hasta que la rescisión sea pronunciada, el cumplimiento regular de las prestaciones debidas, excepto cuando corresponda su suspensión o paralización.

El régimen vigente en el derecho administrativo argentino no difiere, pues, en este aspecto, de los principios informadores de la doctrina del contrato administrativo en Francia, cuyo derecho administrativo ha influenciado, sin duda, en la Argentina, en especial en el ámbito provincial en el cual también incidió la impronta hispánica, sin perjuicio de la tradicional apertura a las escuelas italiana y alemana; circunstancias, éstas, que, sin embargo, no han impedido la conformación de un derecho nacional de perfiles propios en el que convergen las tendencias anglonorteamericanas y europeas.

En ese marco jurídico comparado es posible, por eso, sostener que nuestro país es tributario, en lo relativo a la improcedencia de que el contratista rescinda por sí y ante sí el contrato administrativo, de lo que podría denominarse un *fondo contractual común europeo continental*; y es igualmente viable afirmar que aquella improcedencia es también general en el derecho iberoamericano.

La rescisión, además de todos esos casos, en los cuales adquiere cierto tinte sancionatorio, puede admitirse, igualmente, en aquellos otros en que actúa como una causa extinción del contrato administrativo, de que se hará mención más adelante.

Como toda rescisión, la que se pronuncia a pedido del cocontratante particular, en las condiciones examinadas, producirá la extinción de la relación contractual hasta entonces existente, y dará lugar, cuando así corresponda, en las situaciones corrientes, al pago de los daños y perjuicios sufridos por aquél, que incluirán tanto el *dannum emergens* como el *lucrum cessans*.

3.2.5 Derecho a ser resarcido por la extinción del contrato

[9] CSJN, 02/03/1993, "Cinplast S.A. c. ENTel", Fallos 316:212.

Cuando la administración pública, en ejercicio de su potestad rescisoria, dispone unilateralmente la rescisión de un contrato administrativo, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, que a su juicio la hacen procedente, el cocontratante particular tiene el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que le produzca la extinción del contrato.

Es natural que así ocurra, puesto que el ejercicio de tal prerrogativa administrativa, que reposa en la prevalencia necesaria del interés público, no puede traducirse en un perjuicio para el cocontratante particular, que celebró el contrato a requerimiento de la propia administración, y que tuvo en cuenta, además, legítimamente, los resultados económicos que para él podrían derivar del cumplimiento del contrato establecido. Por otra parte, es indudable que el cocontratante particular, que ha cumplido todas sus obligaciones, es siempre extraño a los hechos o situaciones que conducen a la rescisión, por lo que ésta no puede ni debe ocasionarle, en derecho, ningún daño en sus intereses particulares.

Ese resarcimiento comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante, ya que la indemnización debe ser completa, poniendo al cocontratante particular en condiciones semejantes a las que razonablemente hubiera logrado con el cumplimiento completo del contrato extinguido.

Recuérdese lo dispuesto por el Decreto 1023/01 en el sentido de que excluye, en estos casos, el lucro cesante, y la jurisprudencia mencionada *supra*.

3.2.6 Derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato

El contrato administrativo, una vez celebrado, importa para el cocontratante particular una situación general que es tenida en cuenta por él, y que resulta de cierto equilibrio económico-financiero, que surge de la idea de considerar el contrato como un todo, y en el cual los intereses de las partes se condicionan entre sí, intereses que son, por un lado, la pretensión de la administración pública de satisfacer determinado interés público, y por el otro la posibilidad para el cocontratante particular de lograr un beneficio inicialmente calculado.

Sin embargo, ese equilibrio económico-financiero –la ecuación financiera del contrato- puede resultar afectado por causas imputables a la administración pública o por causas no imputables a ésta, sobrevinientes, imprevistas, y, por ello mismo, no tenidas en cuenta al celebrarse el contrato, lo que se traduce, casi siempre, para el cocontratante particular, en una disminución del beneficio calculado.

Cuando esas situaciones se producen, el cocontratante particular tiene derecho a exigir, reuniéndose determinadas condiciones, que tal equilibrio sea restablecido, o que los perjuicios ocasionados sean al menos atemperados.

Es que el cocontratante particular, si bien debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de sus ganancias razonables, encontrando este derecho su fundamento jurídico, sin perjuicio de las disposiciones constitucionales o legales que le den sustento, en el hecho de que resulta justo que entre los derechos y las obligaciones correlativas del cocontratante particular exista una equivalencia honesta, una relación equitativa, de

modo que el cocontratante no sea indebidamente sacrificado, en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente, a la administración.

La ecuación económico-financiera del contrato puede verse afectada por tres causas fundamentales: 1) por causas imputables a la administración pública; 2) por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el contrato; y 3) por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato y que alteran, sin embargo, su economía general.

De las primeras ya nos hemos ocupado precedentemente. Las segundas son tratadas, por lo general, dentro de la teoría del "hecho del príncipe", mientras que las terceras las consideramos al tratar la "teoría de la imprevisión".

3.2.6.1 La teoría del hecho del príncipe

El "hecho del príncipe" es toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato administrativo y que ésta realiza en su carácter y condición de tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo, y diferencial respecto del cocontratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económico-financiera.

Como se advierte, en el "hecho del príncipe" no hay una conducta contractual, sino la conducta de una autoridad pública que está actuando en ejercicio de sus potestades y atribuciones y en su carácter y condición de tal autoridad pública. Además, debe producir una alteración extraordinaria o anormal en el contrato, puesto que las alteraciones comunes u ordinarias constituyen el álea normal de toda contratación, y no pueden dar efecto a ninguna situación especial.

Existiendo un "hecho del príncipe", que reúna todas las condiciones que quedan resumidas, el cocontratante particular debe ser integralmente indemnizado de los perjuicios que se le hayan ocasionado por la alteración de la ejecución del contrato, comprendiendo tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*, evaluados conforme a las reglas comunes aplicables en tales casos.

Los efectos del "hecho del príncipe" encuentran su fundamento y explicación en la circunstancia de que la autoridad de la cual emana ha actuado, en la emergencia, como autoridad pública sin vinculación alguna con el contrato, y teniendo en cuenta razones de interés público, por lo que si por tales causas se ocasiona un perjuicio al cocontratante particular, es natural que éste sea íntegramente indemnizado, tal como ocurre en otras situaciones análogas.

Si la situación se considerara regulable por los principios propios del instituto expropiatorio y los que rigen la potestad rescisoria, se debe valorar que, en su marco, se excluye el reconocimiento del lucro cesante.

Por ello mismo, son siempre nulas las cláusulas por las cuales el cocontratante particular renuncia de manera general a reclamar indemnización por los daños y perjuicios resultantes del "hecho del príncipe", pudiendo admitirse, únicamente, aquellas que impliquen renuncia ante determinadas y concretas conductas o decisiones de la autoridad pública.

De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1023/01 la obligación del contratista de cumplir *per se* las obligaciones asumidas cesa cuando los actos o incumplimientos de *autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública tornen imposible la ejecución del contrato* (las cursivas no están en el

original). Se desprenden del decreto dos conclusiones. En primer lugar: el "hecho del príncipe" se configura y la teoría pertinente es invocable cuando los actos de las autoridades públicas nacionales provienen, genéricamente, de la contraparte pública, sea del órgano contratante u otro, de lo cual se sigue que si el acto deviene de una autoridad que no pertenece a la contraparte pública nacional (v.gr. provincial, municipal, de la ciudad autónoma de Buenos Aires) la teoría no es invocable. Por otro lado, al vincularse, en el Decreto, la teoría de la imprevisión –y, como se vio, también la fuerza mayor- con acontecimientos naturales, los comportamientos administrativos de entes públicos no nacionales, como los ejemplificados, que afecten el contrato, no autorizarían su invocación por el contratista. Esta solución no es justa. Por eso, con fundamento en el interés público implicado en el contrato administrativo (siempre valorable en la gestión contractual, como lo dispone el artículo 3º, inciso a, del Decreto 1023/01) y la garantía debida al derecho de propiedad del contratista (artículo 17 de la Constitución Nacional), corresponderá atender a situaciones de fuerza mayor o de imprevisión que reconozcan su origen en comportamientos de autoridades no nacionales.

3.2.6.2 La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión, también llamada "del riesgo imprevisible" o de la "lesión sobreviniente, es el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico-financiera en perjuicio del cocontratante particular, éste puede reclamar la ayuda pecuniaria de la administración para obviar esa crítica situación y poder cumplir o seguir cumpliendo sus prestaciones, debiendo ser siempre esas circunstancias ajenas a la voluntad del cocontratante (Marienhoff).

La Corte Suprema ha indicado que si bien la doctrina de la imprevisión fue receptada en materia de contratos administrativos en aquellos supuestos en que la alteración del equilibrio se origina en causas ajenas a la voluntad del Estado, para que ella sea admisible deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato administrativo y, asimismo, debe tratarse de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones[10].

Según el Decreto 1023/01 el derecho a la recomposición del contrato sólo le asiste al contratista cuando las prestaciones a su cargo se tornan más onerosas a causa de acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural (art. 13, inciso a).

Si el hecho del príncipe, como dijimos, queda limitado a las decisiones y conductas de la misma autoridad pública que celebró el contrato de que se trate, va de suyo que las que corresponden a las restantes autoridades públicas, cualquiera que éstas sean, pueden dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, si se dan las condiciones necesarias para ello, que son las siguientes:

a) debe estarse en presencia de un contrato administrativo *stricto sensu*, cualquiera que sea su clase, y sin que sea necesario, para aplicarla, la existencia de normas legales o convencionales que la prevean;

b) el hecho que de lugar a su aplicación no debe ser previsible, o sea, debe ser un acontecimiento razonablemente imprevisible, bastando que esa imprevisibilidad sea aplicable a las consecuencias del acto, y no a éste en sí mismo;

c) el evento invocado debe producir una perturbación suficientemente profunda en la ecuación económico-financiera del contrato, constituyendo un álea contractual anormal;

[10] CSJN, 27/08/1996, "J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina)", Fallos: 319:1681.

d) debe existir una relación directa entre el hecho invocado y el trastorno producido en la ejecución del contrato;

e) ese hecho, además, debe ser independiente de la voluntad de las partes contratantes o por lo menos de la del contratante particular;

f) el trastorno producido no debe ser definitivo, sino temporario o transitorio;

g) finalmente, el cocontratante particular, pese al trastorno producido, no debe haber suspendido, por sí mismo, la ejecución del contrato en curso.

La teoría de la imprevisión no importa, para el cocontratante, una compensación completa, integral, sino sólo la que sea necesario otorgarle a fin de asegurar la ejecución del contrato y en la medida en que lo sea, debiéndose tener en cuenta las pérdidas y los perjuicios, y no las ganancias posibles, ya que la imprevisión no cubre ni asegura ganancias, sino que sólo es una ayuda en las pérdidas, de modo de volver el contrato a su álea normal.

El estado de imprevisión debe ser establecido por la administración pública, la cual debe fijar, también, el monto de la compensación o ayuda a otorgarse. Si el cocontratante no se conformara, en ambos casos puede ocurrir a la autoridad jurisdiccional judicial, en defensa de sus derechos e intereses.

El fundamento de la teoría de la imprevisión se halla en la preeminencia del interés público, que le da basamento jurídico. Si el contrato administrativo persigue un fin de interés público, y su ecuación económico-financiera se ha trastrocado, no es justo que el cocontratante particular, que está colaborando en el logro de esa finalidad, deba cargar con los efectos de tal alteración, a la cual ha sido extraño, y de ahí que la administración concurra, también en salvaguarda de aquel interés público, en su ayuda, para permitir que pueda continuar cumpliendo las prestaciones del contrato, a que está obligado. Una vez más, la idea del interés público, que domina todo el derecho administrativo, da sustento a una institución o estructura de ese derecho.

4. Conclusión de los contratos administrativos

Los contratos administrativos, como todo contrato, están destinados a llegar, de distintas maneras y por diferentes formas, a su conclusión. Constituyen situaciones jurídicas esencialmente transitorias, no obstante que en algunos casos pueden tener una duración bastante prolongada, y así como tienen una formación y un nacimiento a la vida jurídica, tienen también un fin, una terminación prevista.

Un análisis de los modos como concluyen los contratos administrativos pone de manifiesto que existen supuestos en que la finalización del contrato se produce en virtud de que se ha agotado su cumplimiento, mientras que en otros la extinción de la relación contractual se lleva a cabo sin que se haya concretado ese agotamiento del contrato.

Cabe distinguir, en consecuencia, dos modos distintos de conclusión de los contratos administrativos, que agrupan situaciones diferentes, que hemos de considerar en detalle: *a*) normal; y *b*) anormal.

Los modos normales de conclusión implican ese agotamiento del objeto del contrato, su cumplimiento completo, y lo común es que de ellos no resulten consecuencias para las partes contratantes, que habrán liquidado sus obligaciones en la forma establecida originalmente. Los modos anormales de conclusión, al contrario, no se producen por dicho agotamiento del objeto del contrato, sino que la relación

contractual se ve interrumpida, produciéndose una liquidación excepcional del contrato, que incluirá indemnizaciones, daños y perjuicios, penalidades, etc. En los modos anormales de conclusión, los efectos también son anormales, no son los queridos y previstos por las partes, que no desean la extinción anticipada del contrato, sino su ejecución.

4.1 Modos normales de conclusión de los contratos administrativos

4.1.1 Cumplimiento del objeto del contrato

Cuando se ha cumplido el objeto propio del contrato administrativo –la realización de una obra pública, la prestación de un servicio, el suministro de ciertas mercaderías o materiales, etc.-, lo natural es que la relación contractual establecida a ese fin se extinga, ya que no hay razón alguna para que se mantenga un vínculo establecido en mira de un resultado que ya se ha alcanzado.

Como ambas partes han cumplido en la forma debida sus obligaciones, no tendrán nada que reclamarse, y a lo sumo, sólo restará una liquidación final, que no implica sino el reajuste de las situaciones existentes entre la administración y su cocontratante particular.

En estos supuestos, para que tenga cabida la conclusión del contrato administrativo, sólo habrá de determinarse si las partes han realizado enteramente las prestaciones que asumieron, para lo que se tendrá en cuenta lo previsto en el propio contrato, y si han vencido los plazos de garantía que dan efecto a la recepción definitiva del objeto del contrato.

4.1.2 Expiración del término de duración del contrato

Existen contratos administrativos en los cuales se tiene en cuenta, no tanto la obtención de determinado resultado, sino más bien el mantenimiento de una situación, durante el plazo determinado en el mismo contrato.

No es que estos contratos carezcan de objeto, ya que efectivamente lo tienen, sino que lo que ocurre es que en ellos el elemento que adquiere preponderancia relevante es el plazo de su duración, ya que lo que la administración desea es asegurarse, durante ese tiempo, la actividad de su cocontratante.

Cuando así ocurre, el vencimiento del plazo contractualmente previsto como de duración del contrato produce su conclusión, ya que ésa ha sido la voluntad de las partes al formalizarlo.

Aquí también los contratantes no tendrán nada que reclamarse, por cuanto hasta la finalización del término contractual ambas habrán cumplido, en la forma debida, las prestaciones a su cargo y agotado las obligaciones que les correspondían. Se producirá, de tal modo, la pacífica conclusión del contrato administrativo, al haberse alcanzado el resultado querido por la administración.

No obstante, puede ocurrir que al vencimiento del contrato sea preciso resolver algunas cuestiones adicionales, resultantes principalmente del hecho de que el

cocontratante particular haya afectado, a la ejecución contractual, determinados bienes de su propiedad, o de que hayan existido prestaciones, cumplidas por el cocontratante, con posterioridad a la expiración del término contractual. Tales cuestiones se deberán resolver aplicando las previsiones que contenga, al respecto, el contrato, o a falta de éstas, por aplicación de los principios generales y comunes del derecho administrativo.

4.2 Modos anormales de conclusión de los contratos administrativos

4.2.1 Rescisión convencional del contrato

Los contratos administrativos pueden concluir, al igual que los de derecho privado, en virtud de una rescisión convencionalmente acordada por las partes que los concertaron, o sea, la administración pública y el cocontratante particular. Las mismas voluntades que dieron nacimiento al contrato, se ponen de acuerdo para darle fin, sin esperar el cumplimiento del objeto del contrato, o sin aguardar la expiración del término fijado como de duración de aquél.

En estos supuestos, es también la voluntad acordada de las partes la que determinará los efectos de la extinción del contrato, los cuales, por lo general, se limitarán al pago de la parte del precio contractual que corresponde y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado.

Quedan excluidas, en principio, las indemnizaciones o posibles compensaciones al cocontratante particular, salvo casos de excepción en que ha prevalecido la voluntad rescisoria de la administración, simplemente aceptada, pero no querida, por el cocontratante particular.

4.2.2 Desaparición del objeto del contrato

El contrato administrativo también concluye cuando se produce la desaparición del objeto mismo de la relación contractual.

Si el contrato ha quedado privado de objeto, si éste ya no existe, la subsistencia de aquél no tiene ningún justificativo, pues se estaría frente a una relación jurídica carente de todo contenido.

La desaparición del objeto del contrato puede deberse a un hecho exterior, es decir, totalmente ajeno a la voluntad de los contratantes, o resultar de hechos del hombre que reúnan ese mismo carácter de irresistibilidad. En estos supuestos, la conclusión del contrato se producirá de manera pura y simple, quedando el cocontratante particular liberado de sus obligaciones y responsabilidades y desligada la administración de la obligación de reconocerle indemnizaciones o compensaciones por tal causa.

Cuando la desaparición del objeto del contrato se debe a una actitud de la administración pública, se está acorde en admitir que en dichos supuestos la indemnización del cocontratante particular no puede ser excluida, sino que procederá, en mayor o menor medida, según las particularidades de cada situación, teniendo

cabida, en ese sentido, los principios que hemos examinado al tratar del "hecho de la administración" y del "hecho del príncipe".

Se acepta, por lo común, que tales compensaciones no proceden cuando los hechos o conductas de la administración no han llegado a crearle al cocontratante particular una situación diferenciada o especial, sino que lo afectan de la misma manera que a todas las personas que se hallan en su misma situación general.

4.2.3 Rescisión debida a fuerza mayor, hecho de la administración o hecho del príncipe.

Se deben tener en cuenta en esta materia las disposiciones particulares, ya enunciadas, previstas en el Decreto 1023/01.

Existen situaciones, originadas en la fuerza mayor, el hecho de la administración o el hecho del príncipe, que pueden llevar a la conclusión del contrato administrativo, al dar lugar a su rescisión.

La fuerza mayor, como tal, puede dar lugar a obstáculos que afecten la ejecución del contrato, impidiendo su concreción de manera definitiva o permanente. Se produce, en tales supuestos, una situación contractual irreversible, que producirá la rescisión del contrato, que concluirá de ese modo.

Tal rescisión puede ser declarada directamente por la administración, incluso a requerimiento de su cocontratante, o solicitada por éste a la autoridad jurisdiccional judicial correspondiente, la cual deberá expedirse sobre la existencia del caso de fuerza mayor, si hubiera sido negado por la administración pública.

Dado que la administración ha sido ajena a los hechos constitutivos de la fuerza mayor, por regla general la rescisión no habrá de generar ninguna indemnización o compensación a favor del cocontratante particular, admitiéndose su procedencia sólo cuando la fuerza mayor, sin hacer absolutamente imposible la ejecución del contrato, ha trastrocado definitivamente su equilibrio económico.

El hecho de la administración puede producir, asimismo, la conclusión de la relación contractual, al llevar a que el cocontratante particular puede requerir justificadamente la rescisión cuando aquél hace definitivamente irrealizable el cumplimiento del contrato, o produce la quiebra definitiva de su equilibrio económico-financiero, quedando asimilada a la primera de estas situaciones aquella en que meramente se ha ocasionado la "razonable" imposibilidad de ejecutar las prestaciones contractuales.

El hecho de la administración es siempre una conducta contractual de la administración pública, capaz de generar responsabilidad pecuniaria para ésta, en cuanto implique un acto contractualmente reprochable. Si así ocurriera, se aplicarán las reglas generales que rigen ese tipo de responsabilidades de la administración pública y que imponen el reconocimiento de una indemnización integral al cocontratante particular (téngase en cuenta lo dicho respecto de la situación legal actual al tratar los efectos del "hecho del príncipe").

Por último, los hechos del príncipe pueden producir la conclusión de un contrato administrativo, siempre por la vía de la rescisión, si han llevado a la imposibilidad definitiva y permanente de ejecutar las obligaciones a que estaba sujeto el cocontratante particular; y si en ciertos aspectos los efectos del hecho del príncipe, en esta materia, pueden ser asimilados a los de la fuerza mayor, ello no impedirá la reparación integral

de los perjuicios causados al cocontratante, por una razón de interés público, por imperio de los principios generales que son aplicables en tal situación, y que han sido explicados.

4.2.4 Rescisión dispuesta por la administración pública por aplicación de su potestad rescisoria

En todo contrato administrativo, como sabemos, se halla presente, de manera virtual, la existencia de la potestad rescisoria que es propia de la administración pública, y en cuya virtud ésta puede disponer, en forma unilateral, la rescisión de esos contratos, fundada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas que atañen directamente al interés público.

Esa decisión de la administración pública, que si es ejecutoria no hace cosa juzgada y puede ser impugnada en sede judicial por el cocontratante particular afectado, produce la conclusión de un contrato administrativo en curso de cumplimiento, sin que haya mediado culpa o responsabilidad alguna imputable al cocontratante, por lo cual éste tiene el pleno derecho de exigir una indemnización por rescisión, que lo compense tanto del *damnum emergens* sufrido como el *lucrum cessans* ocasionado, es decir, a una indemnización integral, de la cual sólo podría verse privado en aquellos casos en que el contrato administrativo hubiera previsto expresamente esa posibilidad de la administración pública, especificando que el uso de esa potestad rescisoria no daría lugar a ningún tipo de compensación a favor del cocontratante particular. En este supuesto, la voluntad de las partes, y en especial la del particular, debe prevalecer, pues se trataría de una situación prevista y querida por los cocontratantes.

El Decreto 1023/01 excluye, como se vio, el lucro cesante en estos casos.

4.2.5 Imposición de sanciones rescisorias por la administración pública

Las sanciones rescisorias que en un contrato administrativo puede imponer la administración pública, en ejercicio de la potestad sancionatoria que le es inherente, producen, como es natural, la conclusión de los contratos administrativos en que se hayan aplicado.

Las sanciones rescisorias, que son las más serias que pueden ser adoptadas en materia contractual administrativa, son impuestas directamente por la administración, y sólo proceden ante faltas especialmente graves y cuando ya no exista otro medio para lograr la ejecución del contrato en forma regular. El cocontratante particular puede impugnarlas ante la autoridad jurisdiccional judicial, pero tal impugnación, no obstante, no les quita ejecutoriedad.

Las sanciones rescisorias pueden producir distintos efectos, según que la rescisión tenga carácter puro y simple, o sea dispuesta a cargo y riesgo del cocontratante. En el primer caso, éste queda liberado de las consecuencias que puedan derivarse de la formalización de un nuevo contrato, para la finalización del anterior rescindido, pero sin que ello lo exima de tener que afrontar las sanciones pecuniarias que le puedan corresponder por los retardos en que haya incurrido y los daños y perjuicios que resulten para la administración. En el segundo, en cambio, que deberá estar especialmente pactado en el contrato o resultar de las normas legales aplicables, el

cocontratante deberá tomar a su cargo las consecuencias onerosas de la nueva contratación celebrada con otro cocontratante o de la realización directa de las prestaciones por la administración misma, sin perjuicio de los demás efectos puntualizados en el párrafo precedente.

4.2.6 Rescisión debida al ejercicio de la potestad modificatoria de la administración pública

La potestad modificatoria de la administración pública, en cuya virtud ésta puede variar los términos de un contrato administrativo ya celebrado, es una potestad limitada, sujeta a principios de razonabilidad, que la constriñen a extremos que sean aceptables, dentro de los fundamentos de interés público que le dan sustento. De otro modo, se podría llegar a destruir la posibilidad misma de la existencia del contrato administrativo como tal, puesto que éste, a pesar de todo, debe ser siempre la ley de las partes.

Cuando la administración, en el ejercicio de esta potestad, traspasa tales límites y altera la existencia y configuración del contrato celebrado, nace para el cocontratante particular el derecho a solicitar su rescisión y conclusión, ya sea ante la misma autoridad administrativa, o más precisamente ante la autoridad judicial correspondiente, puesto que el cocontratante particular no puede declararla por sí mismo, sino que debe continuar con la debida ejecución del contrato, hasta que sea pronunciada.

La conclusión del contrato administrativo, en estos supuestos, dará lugar a que el cocontratante particular sea íntegramente indemnizado, pues ha sido totalmente ajeno a las circunstancias que han originado la rescisión, incluyéndose en esa indemnización tanto el daño emergente como el lucro cesante, ya que aquél no puede verse afectado, por motivos de interés público, ni siquiera por la pérdida del beneficio razonable que pudiera haberle resultado de la completa ejecución del contrato.

4.2.7 Muerte o quiebra del cocontratante particular

La muerte y la quiebra del cocontratante particular pueden llegar a producir la conclusión de un contrato administrativo, como resultado de una rescisión dispuesta por esos motivos.

Tiene influencia, en este sentido, la existencia de un principio que es propio de la contratación administrativa, según el cual el cocontratante particular tiene, en todos los casos, la obligación de ejecutar "personalmente" las obligaciones puestas a su cargo por el contrato celebrado.

Producida la muerte del cocontratante, es obvio que ese principio no puede ya observarse. Si el contrato administrativo ha previsto el caso, disponiendo los efectos que se derivarán de ese evento, ya sea previendo su rescisión, o la continuación de él con los sucesores del cocontratante, tales disposiciones se aplicarán, siendo como son la ley de las partes. En cambio, si tales previsiones no existen, la muerte del cocontratante dará derecho a la administración pública a rescindir, por sí y ante sí, el contrato administrativo de que se trate, sin que la rescisión genere ninguna indemnización o compensación a favor de los causahabientes del cocontratante fallecido. Pero no se debe dejar de tener presente que si la administración pública lo estima conveniente o

necesario, la ejecución del contrato podría continuar, poniéndola a cargo de los sucesores del fallecido, para quienes la prosecución de la relación contractual será siempre obligatoria.

La quiebra del cocontratante particular producirá efectos similares, en los casos en que ella haya sido declarada casual, ya que si la quiebra fuera culpable o fraudulenta, la conclusión del contrato deberá imputarse a una conducta propia del cocontratante, de la cual es responsable, por lo que deberán seguirse las reglas que son propias de la rescisión contractual producida por culpa del cocontratante particular.

Si el contrato tuviera previsiones respecto de la quiebra del cocontratante particular, se aplicarán éstas, en sus términos, no debiéndose olvidar, asimismo, que las leyes de quiebra suelen tener disposiciones que regulan sus efectos sobre los contratos en ejecución, normas que se aplicarán en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los contratos administrativos.

El concurso civil del cocontratante particular queda asimilado, a estos efectos, al caso de quiebra.

El artículo 1º del Decreto delegado 1834/02 dispuso que durante el plazo de emergencia pública establecida por el artículo 1º de la Ley Nº 25.561 y con la finalidad de asegurar la continuidad y calidad de los servicios públicos que se brindan a la población, la sola presentación en concurso preventivo o la solicitud de quiebra de las Empresas Concesionarias o Licenciatarias de obras y servicios públicos, comprendidas en el proceso de renegociación dispuesto por la referida Ley, con las excepciones previstas en los Decretos Nros. 1534 (Correo Argentino S.A.) y 1535 (Aeropuertos Argentina 2000 S.A.), no dará lugar a la rescisión de los contratos de concesión o licencia que celebraron con el Estado Nacional. Ello, consigna el Decreto, sin perjuicio de las demás facultades con las que, en su calidad de concedente u otorgante de la licencia, el Estado cuenta para declarar la extinción del contrato por otras causales distintas a la sola presentación en concurso preventivo o solicitud de quiebra de las Empresas Concesionarias o Licenciatarias de obras y servicios públicos. La norma impone a la Autoridad de Aplicación la obligación de comunicar al Juez competente la caducidad o suspensión de la concesión o licencia otorgada en el plazo de treinta días a partir de la fecha del dictado del correspondiente acto administrativo.

4.2.8 Ruptura definitiva de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo

El contrato administrativo, en el momento en que es celebrado, importa para el cocontratante particular una situación general, que resulta de cierto equilibrio económico-financiero y de la idea de considerarlo como un todo en el cual los intereses de las partes se condicionan. Ese equilibrio puede resultar afectado, con posterioridad, por causas imputables a la administración pública o por causas no imputables a ésta, sobrevinientes e imprevisibles, lo que se traduce, por lo general, en una disminución del beneficio razonablemente esperado por el cocontratante.

Cuando esa ruptura del equilibrio contractual, por cualquiera de las causas que pueden producirla, adquiere los caracteres de una ruptura definitiva e irreversible, que haga imposible la ejecución del contrato administrativo o que la torne, por lo menos, razonablemente imposible, se produce su conclusión, tema que ya hemos considerado al referirnos al "hecho de la administración" y al "hecho del príncipe", y a sus efectos consiguientes, remitiéndonos a ese lugar, para evitar innecesarias repeticiones.

Sólo resta insistir en que para la determinación concreta de los efectos de tal conclusión del contrato, no existiendo previsiones legales ni contractuales, siempre será oportuno tener en cuenta los principios de la responsabilidad contractual o

extracontractual de la administración pública, según sean aplicables unos u otros, en atención a las particularidades que cada situación ofrezca.

4.3. El arbitraje, la transacción y los contratos administrativos.

La doctrina viene discutiendo, desde hace tiempo, si las controversias y divergencias que se susciten entre la administración pública y su cocontratante particular, con motivo de la interpretación, alcance y cumplimiento de un contrato administrativo, pueden ser dirimidas recurriendo al arbitraje.

Por un lado, y sobre la base de una directa aplicación de lo dispuesto en el art. 100 de nuestra Constitución nacional (116 actualmente), se ha sostenido que esa posibilidad no existe, ya que la Nación no tiene otros jueces para solucionar y decidir aquellas cuestiones y controversias que los establecidos por la misma Constitución, entre los cuales no se hallan, como es obvio, los tribunales, que de tal modo le quedan vedados.

Parece mucho más razonable, en cambio, la opinión que sustenta el criterio de que el juicio arbitral, cuando la Nación es parte, no sólo procede cuando aquélla actúa en el campo del derecho privado, sino también cuando actúa en la órbita del derecho público –como ocurre cuando concierta contratos administrativos propiamente dichos-, excepto cuando se plantean cuestiones que pueden afectar al orden público, al orden o sistema institucional, o impliquen un agravio o rozamiento a la autoridad del estado o a su soberanía (Marienhoff), criterio que concuerda con una más correcta y coherente interpretación del mismo art. 100 de la Constitución nacional (en la actualidad 116). El arbitraje, en los supuestos en que procede, puede resultar de disposiciones legales generales o especiales, o, a falta de ellas, cuando la administración pública lo haya pactado en el mismo contrato administrativo, o aun posteriormente a su celebración.

No puede soslayarse en este punto la referencia a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que son los instrumentos internacionales celebrados por nuestro país en la década del ’90 utilizados como herramienta para atraer capitales extranjeros. En ellos se intenta asegurar la inversión frente a riesgos no comerciales y, con ese fin, en su articulado se prevén mecanismos de solución de controversias en materia de 'inversión' por medio de arbitrajes internacionales, ya sea a través de tribunales *ad hoc* o mediante tribunales constituidos bajo reglas específicas, estableciendo serias restricciones al ejercicio de la jurisdicción nacional en materia de control judicial, alterándose, en alguna medida, la regla de la competencia contenciosoadministrativa en los casos en que el inversor extranjero invoque la protección del tratado. Si bien la Nación ha sido quien, hasta el momento, los ha celebrado con más de 60 países, se ha sostenido, también la posibilidad de que las provincias argentinas, a partir del art. 124 de la Constitución Nacional, puedan celebrar tratados internacionales de promoción y protección de inversiones. En consecuencia, de aceptarse esta postura, cabe la misma salvedad en el ámbito provincial (Nielsen).

En fecha reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto, en un pronunciamiento de interés también para la contratación administrativa, que es requisito básico del laudo arbitral su estricta adecuación a las cuestiones incluidas en el compromiso arbitral, y declaró la nulidad de un laudo que transformó las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis, variando, así, aquel compromiso[11].

Respecto de la transacción, si bien el art. 841, incs. 1 y 2, del Código Civil establecen que la Nación, las provincias y las municipalidades están inhabilitadas para

[11] CSJN, 1/06/2004, “José Cartellone **Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. c. Hidronor S.A.**”, Fallos: 327:1881, también publicado en JA 2004-III-39.

efectuar transacciones, cuando actúan como poder público, tal norma legal merece una interpretación semejante a la anterior, habiéndose llegado a la conclusión de que el Estado tiene competencia para transigir libremente, sin necesidad de ley formal que lo faculte a ello, incluso en situaciones que estén regidas por el derecho público, siempre que las cuestiones que son motivo de la transacción no lo afecten de modo directo o indirecto, en sus poderes, facultades, potestades y prerrogativas como poder público, de las cuales no puede desprenderse, ni siquiera en parte, puesto que le han sido otorgadas por razones de interés público.

5. Los cuasicontratos administrativos

Una parte de la doctrina ha sostenido, con argumentos diversos, la aplicación en el campo del derecho administrativo de la teoría del cuasicontrato, que aparece como una adaptación, en la órbita del derecho público, de un concepto desarrollado ampliamente por el derecho civil y que se remonta en sus orígenes al derecho romano. Esta teoría tiene aplicación, especialmente, en situaciones que se derivan del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios y el pago de lo indebido, habiéndose extendido a otras de más típica raigambre administrativa.

No obstante, va abriéndose camino la idea de que la teoría de los cuasicontratos, que en el ámbito del derecho privado está totalmente desacreditada, debe ser desterrada del derecho administrativo, ya que no existen razones que impongan la subsistencia, en esta rama del derecho público, de un concepto que reposa en un error de interpretación doctrinal y en una exageración del lenguaje, y que puede ser ventajosamente reemplazada, para resolver las situaciones que se pretenden solucionar con dicha teoría, por el simple reconocimiento de que las relaciones obligacionales que en cada caso se trata de explicar, son obligaciones *ex lege*, o surgidas de la voluntad unilateral, respondiendo siempre al gran principio del enriquecimiento sin causa, que debe ser estructurado contemplando las exigencias propias del derecho público.

En consecuencia, no hemos de referirnos, como institución diferenciada, a los llamados cuasicontratos administrativos, habiendo quedado tratadas las cuestiones a que su teoría se vincula y aplica, al considerar, en el capítulo anterior, las obligaciones administrativas. El autor se refiere al capítulo X de obra "Compendio de Derecho Administrativo",

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Altamira, Pedro, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1971.
2. Berçaitz, Miguel Á., Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1952.
3. Bidart Campos, Germán, El derecho constitucional del poder, Buenos Aires, 1967.
4. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, t. I.
5. Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones, Buenos Aires, 1965, t. I.
6. Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, Buenos Aires, 1944-1955, t. III.

7. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Lisboa, 1965.
8. Caramés Ferro, José M., Curso de derecho privado romano, Buenos Aires, 1943, t. II.
9. Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1914-1916, t. II.
10. Colmo, De las obligaciones en general, Buenos Aires, 1928.
11. Comadira, Julio P., La ley de emergencia 25.561 y el alcance de la prohibición a los prestadores de servicios públicos de suspender o alterar sus obligaciones, JA 2003-IV-992.
12. Comadira, Julio Pablo, Reflexiones sobre el alcance de la excepción de incumplimiento contractual en el derecho administrativo, publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com, www.eldial.com.
13. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1963, t. II.
14. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1965.
15. Druetta, Ricardo T., Renegociación del contrato administrativo, en Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Cap. 21, Buenos Aires, 2000.
16. Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1977, t. I.
17. Escola, Héctor J., Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, 1967.
18. Fiorini, Bartolomé A., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1968, t. I.
19. García Oviedo, Carlos, y Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 1968, t. II.
20. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962.
21. Gondra, Jurisdicción federal, Buenos Aires, 1944.
22. Hauriou, Maurice, Jurisprudencia administrativa, Paris, 1929, t. III.
23. Jèze, Gaston, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1948-1950, t. IV.
24. Lafaille, Héctor, Derecho civil, Buenos Aires, 1953, t. VIII.
25. Lafaille, Héctor, Derecho civil. Tratado de las obligaciones, Buenos Aires, 1947, t. I.
26. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1963-1970.
27. Laubadère, André de, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956.
28. Lentini, Arturo, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1939.
29. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1970, t. III-A.
30. Nielsen, Federico, Las provincias ante los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y sus consecuencias, EDA, 2001/2002-833..
31. Péquignot, Des contrats administratifs, extract du Juris Classeur Administratif, Paris, 1953, fascículo 515.
32. Petit, Tratado de derecho romano, Buenos Aires, 1903, 2ª parte.
33. Planiol-Ripert, Tratado de derecho civil. Obligaciones en general, Buenos Aires, 1946, t. I.
34. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1962.
35. Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil. Obligaciones en general, Buenos Aires, 1946, t. IV.

36. Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil. Obligaciones en general, Buenos Aires, 1946, t. I.
37. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
38. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1961.
39. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
40. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1936, t. I.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo XVII

Los contratos administrativos en especial[1]

1. Los principales contratos administrativos

El examen de cuáles son los principales contratos administrativos considerados por la doctrina y la legislación y consagrados por la práctica administrativa, sirve a un doble objetivo: por un lado, nos ilustra sobre las distintas particularidades que pueden presentar; por el otro, pone de manifiesto la innegable unidad del derecho administrativo, ya que a pesar de esas particularidades, tales contratos presentan semejanzas de fondo, y, además, son estructuralmente similares.

Esta última circunstancia deriva del hecho de que las necesidades de interés público que debe atender cualquier administración pública son esencialmente las mismas, a despecho de las diferencias de carácter jurídico o institucional, y aun políticas, que puedan darse entre los diferentes Estados.

Un análisis detenido de los principales y más frecuentes contratos administrativos existentes en los diferentes países que presentan una estructura jurídica semejante a la nuestra, y en nuestro propio medio, evidencia que los contratos de ese tipo más comunes y de mayor relevancia, son los que a continuación se indican:

a) concesión de servicios públicos;

b) contrato de obra pública;

c) contrato de función o empleo públicos;

d) contrato de suministro; y

e) contrato de empréstito o deuda pública.

Estos contratos, siendo los más importantes y los que con más frecuencia celebra la administración pública en el desarrollo de su accionar cotidiano, son también los que han sido objeto, por ello mismo, de una extensa y completa consideración doctrinal y jurisprudencial, así como de una precisa regulación jurídica.

Pero siendo tan complejo y diversificado el accionar administrativo, va de suyo que la gama de los contratos administrativos y los tipos que de ellos pueden configurarse son, teóricamente, infinitos, ya sea que se concreten figuras especiales y propias del derecho administrativo, ya sea que se adopten figuras contractuales específicas del derecho privado.

Es que los organismos administrativos, dentro de la competencia que les es asignada por la ley, pueden celebrar cualquier tipo de contrato, los que serán administrativos en tanto y en cuanto presenten los caracteres propios del contrato administrativo, que han sido precisados al efectuar la definición respectiva.

En el presente capítulo hemos de efectuar una reseña de los principales contratos administrativos que quedan indicados, cerrándolo con la mención sucinta de los otros contratos de derecho público que la administración suele celebrar. Por razones de espacio propias de los límites de este estudio, se ha eliminado la consideración del contrato de empréstito público que realiza Escola en su Compendio.

[1] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira.

La aplicabilidad del Decreto 1023/01 a los diversos contratos administrativos.

El Decreto delegado 1023/01 fijó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, con el objeto, se lee en su artículo 1º, de que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvante al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.

Bajo el título "Ámbito de aplicación" su artículo 2º establece que el régimen aprobado será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la ley 24156 y sus modificaciones.

Y en sus artículos 4º y 5º enuncia los contratos comprendidos y excluidos, respectivamente.

En el primero, en efecto, incluye a los siguientes contratos: Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente; Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias. En el segundo enuncia como excluidos al empleo público; las compras por caja chica; los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Régimen aprobado por el decreto cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la ley 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control; finalmente se excluyen los comprendidos en operaciones de crédito público.

En relación en particular con el contrato de obra pública dispone, por su artículo 33, distintas modificaciones relativas a su procedimiento de formación y, por su artículo 35, la aplicación del Régimen que aprueba a los contratos de obras públicas regulados por la ley 13064, en tanto no se opongan a sus prescripciones.

El artículo 38, por otro lado, deroga los artículos 55 a 63 del Decreto-Ley 23.354, ratificado por la Ley 14.467 (pertinentes de la Ley de Contabilidad relativos a las contrataciones del Estado); la Ley 19.900 (de creación del Sistema Nacional de Catalogación); la Ley 20.124 (Régimen de Contrataciones de las Fuerzas Armadas) en lo que respecta a los contratos comprendidos en ese régimen; el artículo 12 de la Ley 22.460 (relativo al procedimiento de selección a observar en los servicios de consultoría de la Administración Pública, en sentido lato) y todos aquellos regímenes de contrataciones que se opongan al fijado por el Decreto, con excepción de la Ley de Obras Públicas 13.064 y sus modificatorias.

Las disposiciones del Decreto 1023/01 rigen, pues, respecto de los contratos incluidos, con los alcances indicados, de modo que sus contenidos enunciados en el capítulo anterior son también aplicables a los contratos especiales que se estudian en el presente capítulo, los cuales, salvo el de obras públicas y el de empleo público, carecen de una regulación específica.

2. El contrato de concesión de servicios públicos

2.1 Noción conceptual

Así como la comprensión del contrato de obra pública no es posible si no se brinda previamente un concepto claro de lo que se debe entender por "obra pública", tampoco puede adquirirse una exacta noción conceptual del contrato de concesión de servicios públicos, si al mismo tiempo no se parte del concepto general de lo que se debe interpretar como "servicio público".

Este concepto ha sido ya considerado y concretado en un capítulo anterior, razón por la cual –por cuestiones de brevedad- nos remitimos a lo allí expuesto.

El autor se refiere a su concepto vertido en su obra "Compendio de Derecho Administrativo". En

ella definió al servicio público como "aquella actividad de prestación que es asumida por la administración pública, en forma directa o indirecta, a fin de atender a la satisfacción de necesidades de interés público, bajo un régimen especial, predominantemente de derecho público".

Es, pues, sobre esa base que se puede establecer la noción de la concesión de servicios públicos, diciendo que ella consiste en "un acto de la administración pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa".

La conceptualización de Escola no es incompatible con la noción de servicio público expuesta por quien actualiza su obra, si se tiene en cuenta que, para éste, el servicio público es un título jurídico exorbitante invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas en forma directa o *indirecta*. Esta última modalidad se refiere, precisamente, a la concesión del servicio.

Cabe consignar que a raíz de la denominada reforma del Estado implementada con fundamento en la ley 23.696, y de las consecuentes privatizaciones, ciertos servicios públicos (v.gr. telecomunicaciones; transporte y distribución de gas natural) fueron objeto no de concesión, sino de licencia.

En la doctrina se ha sostenido que, en el marco de la ley referida, los contratos de concesión y de licencia y la figura del permiso están sometidos a un sistema unitario, sin diferencias, en tanto dichas técnicas de contratación, referidas incluso a servicios de interés público, se sujetan a un principio propio de los contratos administrativos de concesión, esto es, la exigencia de una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y las ganancias obtenidas (Salomoni).

Otros autores , en cambio, han entendido que si bien la licencia es, en el fondo, una concesión, cuando la licencia reviste naturaleza contractual y su objeto es la explotación de un servicio público, ello no implica, sin embargo, que, cuando la legislación opta por encuadrar la relación concesional en el marco de la licencia, se configure, en razón de tal circunstancia, un régimen jurídico unitario, sino un entramado de principios y técnicas que, en cada régimen sectorial, puede presentar una regulación diferente y específica (Cassagne-Tawil).

De esta definición resultan, como elementos caracterizantes de la concesión de servicios públicos, los siguientes:

a) Es un acto que se regula por el derecho público, lo que no excluye que puedan aplicársele ciertos principios generales de derecho, e incluso de derecho privado.

b) Es otorgado por la administración, o sea, por un ente estatal actuando en función administrativa.

c) El beneficiario de la concesión es una persona, física o jurídica, privada o pública.

d) Mediante la concesión se otorgan al concesionario determinados poderes o atribuciones, sin los cuales la ejecución del servicio se vería entorpecida.

e) El concesionario desarrolla su actividad a su cuenta y riesgo, tomando a su cargo las consecuencias patrimoniales de la explotación, percibiendo una remuneración, que puede revestir distintas formas.

f) La concesión es siempre temporal, al punto de que no se concibe una concesión sin plazo, lo que hace que cuando el plazo sea indeterminado, la administración mantenga la posibilidad de concluirla, cuando lo estima oportuno.

g) La prestación del servicio se lleva a cabo bajo la vigilancia y control amplio e intenso de la administración pública (Sayagués Laso).

2.2 Naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos

La determinación de la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos ha dado lugar a la formalización de distintas opiniones, que en concreto pueden reducirse a cuatro, las que admiten, a su vez, algunas variantes especiales, a saber: *a*) teoría del acto unilateral de la administración pública; *b*) teoría del contrato del derecho privado; *c*) teoría del contrato administrativo, concebido como un acto mixto, contractual y reglamentario; y *d*) teoría del contrato administrativo *stricto sensu*.

2.2.1 Teoría del acto unilateral de la administración pública

Los partidarios de esta teoría han explicado la naturaleza jurídica de la concesión sosteniendo que no es sino un acto unilateral de la administración pública, del cual emanan las obligaciones, derechos y prerrogativas de que es titular el concesionario.

Se trata de un criterio en el cual se resta toda importancia a la voluntad del concesionario, lo que se explica por el hecho de que sus adherentes, por lo general, han negado, al mismo tiempo, la posibilidad de la existencia de los contratos administrativos.

Se está, pues, frente a un acto de poder soberano del Estado*, jure imperii*, y no ante una relación contractual, de suerte que el concesionario no puede tener verdaderos derechos frente a la administración concedente, la cual tiene la facultad de revocar la concesión o modificarla, sin lugar a indemnización alguna a favor del concesionario, ya que "*qui jure suo utitur neminem laedit*".

Dentro de la teoría que ahora nos ocupa cabe advertir ciertos matices, como el de quienes aprecian que se está frente a un acto unilateral no sólo subjetivo, sino también objetivo; a un acto de soberanía; o a una mera autorización, permiso o licencia de policía.

La teoría del acto unilateral de la administración pública, como explicación de la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos, se halla actualmente en franco abandono, aun cuando existan autores, como Silva Cimma, que sigan propiciándola.

El reconocimiento de la existencia de los contratos administrativos, y el desarrollo cada vez más creciente de la actividad contractual de la administración, contribuyó eficazmente al deterioro de esta teoría, la cual no explicaba satisfactoriamente la existencia y el funcionamiento de las concesiones de servicios públicos, y, sobre todo, el hecho de que no podían ser llevadas a cabo sin la libre voluntad coincidente del concesionario, que es un elemento absolutamente esencial y que integra su propia sustancia.

Como variantes de la posición que hemos reseñado, se encuentra la que explica la concesión como el resultado de dos actos distintos –uno emanado de la administración pública y otro del concesionario- que se integran en una resultante, que es la voluntad de las partes de llevar adelante la prestación del servicio; y la que ve en la concesión un acto complejo, formado por tres elementos: un acto reglamentario, un acto

condición y un contrato.

2.2.2 Teoría del contrato de derecho privado

La teoría que explica la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos sosteniendo que se trata, simplemente, de un contrato de derecho privado, se formó al influjo de la doctrina civilista, y, también, sobre la base de que no era posible la celebración de contratos de derecho público entre la administración y los administrados, ya que no se admitía la existencia de contratos de esta última clase.

Según esta concepción, se reconocía que existía en la concesión de servicios públicos un acuerdo de voluntades, una verdadera relación contractual, pero dado que no se aceptaba o se rechazaba la existencia de los contratos administrativos, no cabía concluir sino que se estaba frente a un contrato puro y simple, es decir, a un contrato de derecho privado. Era siempre el Estado, actuando como persona de derecho privado, que contrataba con un particular la prestación del servicio público.

La teoría del contrato de derecho privado se halla también abandonada, ya que no ha podido subsistir ante el creciente desenvolvimiento del derecho administrativo actual.

En primer lugar, porque se ha reconocido la existencia posible, y además necesaria, de los contratos administrativos; y en segundo término, porque resulta inconcebible que se pretenda someter al derecho privado relaciones que son de indudable carácter público, y que no pueden, como tales, estar sometidas a una normatividad que no contempla sus peculiaridades ni suministra los medios necesarios para asegurar la participación que le corresponde a la administración pública.

De tal modo, la teoría que nos ocupa no puede ya sostenerse como explicación de la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos, y constituye un mero antecedente que se recuerda como ilustración de la evolución habida en la materia.

2.2.3 Teoría del contrato administrativo, concebido como un acto mixto.

La teoría que explica la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos sosteniendo que consiste en un contrato administrativo o de derecho público, que constituye un acto mixto en el cual es posible advertir la presencia de dos categorías de cláusulas diferentes, unas de naturaleza legal o reglamentaria, y otras de naturaleza puramente contractual, que dan lugar a dos situaciones jurídicas también diferentes, ha sido seguida por un calificado sector doctrinal, que ha encontrado en ella la mejor explicación de las particularidades y modalidades propias del acto de concesión.

Esta posición, que aparece esbozada en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado francés, fue expuesta por Duguit, quien sostenía que en la concesión existe, por un lado, una "convención" que establece, sobre la base del acuerdo existente entre la administración pública y el concesionario, la aplicación de un conjunto normativo reglamentario; y por el otro, un verdadero contrato, que rige el resto de las condiciones y situaciones de la concesión.

La situación legal o reglamentaria está dirigida a la regulación del servicio, es decir, su organización y funcionamiento, y es por ello mismo que la administración

pública puede modificarla unilateralmente, cada vez que el interés público lo imponga, debiendo el concesionario aceptar tales modificaciones; la parte contractual, en cambio, regula el contenido económico de la concesión, su duración, su régimen financiero, el sistema de tarifas, el régimen del personal, las cláusulas de caducidad, etc.

Para ciertos autores, en cambio, la existencia de la situación reglamentaria es resultado de un acto-condición, por el cual el concesionario acepta hacer funcionar el servicio conforme a dichas normas reglamentarias, que la administración puede variar, con obligación de indemnizar al concesionario, si se afecta el equilibrio financiero de la prestación.

La principal ventaja de esta teoría radica en el hecho de que explica de manera fácil y coherente la situación de los usuarios de los servicios públicos, que sin ser parte en la celebración del contrato de concesión, se ven, sin embargo, afectados por sus cláusulas, en especial las que se refieren a la utilización del servicio y a las tarifas aplicables.

La existencia de una situación reglamentaria, aceptada por el concesionario, es justamente la que permite esa extensión a los terceros, para quienes fue concebido el reglamento y para cuyo beneficio se lo estableció.

Sin embargo, otra gran parte de la doctrina administrativa ha señalado que la teoría del contrato, concebido como un acto mixto, es inaceptable, puesto que trastrueca conceptos generales sólidamente establecidos, y transforma a un acto que siempre aparece como homogéneo –la concesión de servicios públicos- en un instituto heterogéneo, en el cual, sin necesidad, se yuxtaponen dos situaciones que no pueden ser sino debidamente escindidas y limitadas, cada una de ellas, a su campo propio.

2.2.4 Teoría del contrato administrativo, “stricto sensu”.

Finalmente, una posición que hoy se puede considerar predominante, sostiene que en la concesión de servicios públicos no debe verse sino un contrato administrativo, en sentido estricto, con todos los elementos y características que son propios de los contratos de derecho público, y cuyo contenido es, como resulta obvio, de exclusiva índole contractual, apareciendo, por tanto, con una estructura homogénea y única.

El desarrollo de la teoría general de los contratos administrativos y la específica caracterización de éstos, ha dado lugar y predominio a la concepción que ahora nos ocupa puesto que explica, con sólidos fundamentos, las singularidades propias de la concesión de servicios públicos, sin tener que recurrir a sistemas complejos, como el del acto mixto, y sin tener que echar mano, tampoco, a sistemas no enteramente procedentes, como el de la estipulación por otro.

El reconocimiento de que la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos no es sino la de un contrato administrativo, explica clara y simplemente su estructura, su funcionamiento y sus efectos.

Como bien se ha dicho, las consecuencias que llevaron a sostener la existencia en la concesión de una parte reglamentaria o legal, y principalmente la de la posibilidad de modificar la organización y el funcionamiento del servicio, no son otra cosa que corolarios lógicos de su carácter administrativo y manifestaciones del principio de mutabilidad presente en todo contrato administrativo, que dan lugar a cláusulas exorbitantes, incluso virtuales, del derecho privado. El interés público que se busca

satisfacer, justifica todas las modificaciones y alteraciones que la relación contractual pueda sufrir, como resultado de esa potestad modificatoria, y sólo la ley y el criterio de razonabilidad fijan los límites de esa potestad y sus posibles consecuencias restrictivas.

Los derechos de los usuarios del servicio público quedan también explicados de manera directa y simple. No hay aquí nada que crear, no hay tampoco razón para buscar fundamento de doctrinas tomadas, sin mucha precisión, del derecho privado. Esos derechos –derecho al uso del servicio y derecho de exigir su prestación- son resultado de la extensión de los efectos de los contratos administrativos no sólo a las partes que los celebraron, sino también a terceros, tanto más cuanto que el contrato se lleva a cabo, en este caso, para concretar la atención y realización de un servicio cuyos destinatarios son esos terceros.

La teoría del contrato administrativo *stricto sensu* brinda, pues, una solución de derecho administrativo a una cuestión administrativa, y además de ofrecer soluciones comprensibles y coherentes, presenta la pureza de un método inobjetable.

2.3 Caracteres del contrato de concesión de servicios públicos

Si la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo, en sentido estricto, es natural que presente todas las características que son propias de todos los contratos de esa clase.

Pero esta afirmación, como es obvio, no exime de precisar cuáles son, en concreto, respecto de este específico contrato, esos caracteres.

En tal sentido, cabe observar que el contrato de concesión de servicios públicos es un contrato administrativo que ofrece los siguientes caracteres:

a) Por las partes que se obligan, es un contrato bilateral o sinalagmático, pues las partes que lo celebran –la administración concedente y el concesionario- se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

b) Por la relación que existe entre las prestaciones, es un contrato a título oneroso, puesto que las ventajas que reporta a una de las partes le son concedidas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte ha hecho o prometido a la otra.

c) Por el momento en que queda concluido, la concesión de servicios públicos es un contrato consensual, pues sólo exige que las partes manifiesten su consentimiento, no incidiendo, en este sentido, el hecho de que la concesión se otorgue, por lo común, en forma escrita y casi siempre por escritura pública, ya que estos recaudos se refieren a la prueba, y no a la existencia del contrato, salvo que una ley expresa disponga lo contrario.

d) Por su calificación o no por la ley, se trata de un contrato nominado, individualizado y designado no sólo por la doctrina, sino también por las leyes administrativas que lo regulan.

e) Por la circunstancia de que las prestaciones sean o no ciertas y puedan ser objeto de apreciación, la concesión de servicios públicos es un contrato indudablemente conmutativo, ya que todos las prestaciones comprendidas y establecidas en él son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata, no dependiendo su determinación de acontecimiento incierto alguno.

f) Por la duración del cumplimiento de las prestaciones, se trata de un contrato que tomado en su unidad es de ejecución sucesiva, puesto que sus prestaciones se llevan a cabo de manera continuada, en la forma convenida por las partes.

g) Finalmente, es un contrato principal, ya que su existencia no depende de la de ningún otro contrato administrativo, y siendo un contrato nominado es, además un contrato simple, es decir, que constituye una figura definida y perfectamente diferenciada de las demás figuras contractuales aceptadas por el derecho administrativo.

En consecuencia, la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo bilateral o sinalagmático, consensual, salvo en los casos en que la ley disponga lo contrario, a título oneroso, conmutativo, nominado, principal, simple y de ejecución sucesiva.

2.4 Elementos del contrato

2.4.1 Sujetos

En la concesión de servicios públicos aparecen, como sujetos que celebran el contrato, el concedente y el concesionario. El primero es quien otorga la concesión, es decir, la administración pública; el segundo, es aquél a quien la concesión le es otorgada.

Pero, además, cierta parte de la doctrina ha entendido que en el contrato de concesión de servicios públicos también son "parte" las personas a quienes pueden alcanzar sus efectos, es decir, los usuarios, en consideración de los cuales se formaliza la concesión.

Tratándose de la prestación y satisfacción de un servicio público, es natural que el concedente no pueda ser sino la misma administración pública estatal actuando en función administrativa, ya sea nacional, provincial, municipal o, incluso, una entidad autárquica institucional.

Dentro de esa tónica, se acepta que ciertas empresas o sociedades del Estado, que han sido creadas como entidades autárquicas institucionales, podrían actuar como sujeto administrativo en el contrato de concesión, si tuvieren competencia para celebrar este contrato, ya sea en virtud de la ley o de los estatutos o regímenes específicos que las rigen.

Puede ser contratante particular cualquier persona, ya sea de existencia visible o ideal, y también una persona pública estatal, requiriéndose únicamente, respecto de las personas privadas de existencia ideal y de las personas públicas, que tengan capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios.

Lo más habitual, sin embargo, es que las concesiones se otorguen a sociedades comerciales que dispongan de los capitales y de la organización necesaria para atender convenientemente las serias y complejas obligaciones que la prestación del servicio público implica.

El concesionario, no obstante, no puede ni debe ser considerado como un órgano de la administración pública, ni tampoco como funcionario o empleado público, puesto que el vínculo contractual que lo liga a la administración no es suficiente para constituirlo en una parte de ésta, ni le crea una situación jurídica que pueda considerarse

semejante a la que resulta del contrato administrativo de función o empleo públicos.

Los actos del concesionario, en consecuencia, no son actos administrativos, sino actos jurídicos de derecho privado y sometidos a éste, debiendo reconocerse que esta posición ha tenido sólo algunas disidencias aisladas.

El decreto 1446/90 –derogado por el decreto 779/95- disponía que contra los actos del concesionario de Rutas Nacionales que impusieran sanciones o compensaciones a los usuarios, éstos podrían interponer en sede administrativa recurso jerárquico en los términos del Reglamento de Procedimientos Administrativos.

En los casos en que el concesionario es una persona pública estatal, el ente concesionario actúa como si fuera un concesionario cualquiera, de la misma forma y en la misma medida, comportándose la administración pública, a su respecto, como si se tratara de un concesionario privado, y ciñéndose al contrato administrativo celebrado. El personal utilizado por el ente para la ejecución del contrato no adquiere, tampoco, la calidad de funcionarios o empleados públicos.

En cuanto a los usuarios de un servicio público, éstos no son, en realidad, parte en el contrato de concesión, en el sentido de que no son sujetos de la relación contractual establecida, sino que son terceros que se benefician con la extensión en su favor de los efectos del contrato administrativo de concesión de servicios públicos, en la parte que les atañe, o sea, la efectiva prestación del servicio, debiendo aceptar, al invocar esos beneficios, el cumplimiento de las condiciones y requisitos fijados por la administración pública en el mismo contrato o por aparte, o por el concesionario, en su consecuencia.

2.4.2 Competencia y capacidad

Sin perjuicio de tener presente, en este aspecto, los principios generales que son aplicables en todo contrato administrativo, y con relación al sujeto administrativo, es decir, al concedente, cabe preguntar qué poder u órgano del Estado tiene competencia para otorgar concesiones y qué recaudos hay que adoptar para hacerlo, cuestión que en países como el nuestro, en donde rige el sistema federal de gobierno, reviste especial importancia.

De manera general, cabe afirmar que el otorgamiento de concesiones de servicios públicos corresponde a la jurisdicción provincial o local, conforme a lo que resulta del art. 104 de la Constitución nacional (actual 121), ya que se trata de una potestad que no habiendo sido delegada al gobierno federal, las provincias han retenido y conservan.

La potestad de la Nación para otorgar concesiones aparece, de tal modo, como excepcional y debe quedar limitada a aquellos casos en que esa jurisdicción resulta procedente, como ocurre, entre otros, en los supuestos de concesión de un servicio público internacional o interprovincial, o cuando se trata de servicios que habiendo comenzado por ser puramente locales, se extienden luego a otros ámbitos, haciéndose interprovinciales en virtud de conexiones o ampliaciones.

El otorgamiento de una concesión de servicios públicos, que implica la celebración de un contrato de concesión de servicios públicos, no es sino el cumplimiento de una actividad administrativa, y como tal corresponde, por principio, a los órganos administrativos, conforme a la distribución de competencias que entre ellos se haya efectuado. Sin embargo, será necesario la intervención del órgano legislativo y

la sanción de una ley especial, en aquellos casos en que las concesiones contengan privilegios o exenciones, o se trate de concesiones cuyo otorgamiento esté específicamente reservado al órgano legislativo, por texto expreso. Esa intervención legislativa, que se traducirá en el dictado de leyes de autorización o aprobación, no impedirá que el respectivo contrato de concesión sea concertado por el poder administrador, con quien se establecerá la relación contractual y al cual se vinculará el cocontratante particular.

Con respecto a la capacidad de este último, sólo se debe señalar que en algunos países existen establecidas ciertas restricciones, prohibiéndose que sean titulares de concesiones de servicios públicos, o al menos de ciertas concesiones, las personas físicas o jurídicas extranjeras o que deban ser consideradas como tales, según el derecho nacional vigente. Estas restricciones aparecen como razonables, en aquellos supuestos en que las concesiones puedan llegar a afectar la seguridad general o la defensa nacional, o comprometer la capacidad de decisión nacional.

2.4.3 Consentimiento

En este aspecto, cabe tener presente lo dicho precedentemente respecto de la necesidad, en ciertos casos, de la intervención parlamentaria, mediante leyes formales autorizativas o de aprobación, sin las cuales la concesión no puede otorgarse, así como que tales leyes no pueden pretender interpretar las cláusulas del contrato celebrado ni fijar su sentido auténtico.

2.4.4 Objeto

El objeto del contrato administrativo de concesión de servicios públicos no es otro que el de poner la prestación de un servicio público a cargo de una persona privada, física o jurídica, que asume llevarlo a cabo a su cuenta y riesgo y bajo el control de la administración pública. Ese es el efecto directo que ésta se propone alcanzar con dicho contrato.

Se ha señalado que en la actualidad las concesiones de servicios públicos no pueden estar referidas a servicios de orden económico, a los cuales se suele designar, con no mucha propiedad, como “servicios públicos industriales”.

No obstante, se añade, no existe ningún impedimento jurídico que se oponga a que la concesión de servicios públicos se extienda a otros servicios públicos, como serían los de policía, impuestos, sanidad, etc.

Este último aserto tiene relativo valor, puesto que si bien la decisión de si determinado servicio público debe estar atendido o no directamente por la administración pública es siempre cuestión de política administrativa y mejor gestión del interés público comprometido, lo cierto es que no se puede confundir la prestación de un servicio público con el cumplimiento de funciones o poderes del Estado, que éste debe asumir por sí mismo, y que no pueden ser materia de concesiones a favor de particulares, porque tales funciones o poderes no deben ser objeto de transferencia, sobre todo en cuanto importan el ejercicio de atribuciones y facultades que no cabe que sean asumidos por tales particulares.

Es frecuente que el concesionario de servicios públicos deba echar mano de bienes públicos, para llevar a cabo la ejecución del servicio. En esos supuestos, se establece una concesión accesoria de uso de bienes públicos, que completa las posibilidades del concesionario, dentro de la misma concesión de servicios públicos.

2.4.5 Forma

La importancia y complejidad del contrato de concesión de servicios públicos ha llevado a la doctrina a sostener, sin divergencias importantes, que este contrato, sin perjuicio de su categorización como contrato consensual, requiere la forma escrita, aplicable a todo contrato administrativo, imponiéndose, a veces, la exigencia de escritura pública, mientras que en otros sistemas sólo se establece la formalización por instrumento público, ante la autoridad administrativa.

Es que sólo la forma escrita puede dar estabilidad y certeza a una relación contractual como la de que aquí se trata, y sólo la forma escrita –preferentemente con el carácter de instrumento público- garantizará la posición de los usuarios, en los casos en que tengan que exigir la prestación del servicio en las condiciones en que se lo deba llevar a cabo, o cuando sean sujetos pasivos de obligaciones y cargas que la concesión pueda aparejarles.

2.5 Ejecución del contrato

La ejecución de un contrato de concesión de servicios públicos presenta particularidades que le otorgan una fisonomía especial, distinguiéndola de la que es común a los demás contratos administrativos.

Esas particularidades se originan, principalmente, en las propias modalidades que suelen presentar los servicios públicos y su prestación, y en la participación en ellos de los usuarios, que tienen, aisladamente considerados, un real interés en que el servicio se preste en la forma establecida en el contrato de concesión, el cual merece –a su vez- una adecuada protección jurídica que lo garantice.

Celebrado y formalizado el contrato de concesión de servicios públicos, da lugar a distintos tipos o clases de relaciones, que pueden afectar al concesionario.

En primer lugar, el contrato dará efecto a una amplia gama de relaciones jurídicas entre la administración pública concedente y su cocontratante particular, es decir, el concesionario, relaciones de tipo contractual, regidas en forma directa y plena por el derecho administrativo, y que pueden originar conflictos o divergencias que deberán tramitarse y resolverse ante la jurisdicción contenciosoadministrativa, si está establecida, o ante la que tenga competencia en esa materia, en caso contrario.

En segundo lugar, existen relaciones que se establecen entre el concesionario, por una parte, y el usuario del servicio público, por la otra, que surgen de su utilización.

Si se acepta que el servicio público concedido, a pesar de la concesión, no deja nunca de ser un servicio público, y que la situación del usuario, en tales casos, es idéntica a la que le corresponde cuando el servicio es prestado directamente por la administración, es ineludible concluir que la situación del usuario no es sino una situación jurídica objetiva, que se origina en el hecho mismo de la utilización del

servicio público. Es indiferente –estando siempre en el campo de los servicios públicos *uti singuli*- la modalidad que ofrezca el servicio y las formas adoptadas para su prestación. Sólo el hecho de su empleo es el que da lugar al nacimiento de relaciones entre el concesionario y el usuario; sólo es ella la que genera derechos e impone obligaciones.

No obstante, esas relaciones pueden aparecer a veces con el carácter y el alcance de una relación contractual, cuando las normas legales así lo establecen, cuando efectivamente se han formalizado bajo el modo de una relación de esa clase, o cuando la regulación del servicio permite utilizar el mecanismo contractual. En otras, en cambio, aparecen con el carácter y el alcance de una relación reglamentaria.

En consecuencia, la vinculación del concesionario con los usuarios queda simplificada a sus estrictos límites administrativos, a su verdadera esencia y naturaleza, que no es otra que la de una prestación administrativa, cumplida de modo especial, pero que nunca deja de ser tal.

Sin embargo, la Corte tuvo ocasión de señalar que la relación entre el concesionario y el usuario consiste en un contrato sometido a un régimen jurídico-privado[2]. Ver, también, lo dicho *infra* al tratar la jurisdicción competente.

Por otra parte, no existen actualmente normas que fijen un sistema específico de responsabilidades de los concesionarios frente a los usuarios; sólo hay en los distintos marcos regulatorios pautas fijadas de manera fraccionada e inorgánica, las cuales, en muchos casos, resultan no de la ley formal sino de los propios contratos (Perrino).

La concesión de servicios públicos origina, también, otro tipo de relaciones, que son las que se establecen entre el concesionario y el personal que utiliza o emplea para llevar a cabo la ejecución del servicio. Tales relaciones no son sino relaciones contractuales, regidas enteramente por el derecho privado, y cuyos conflictos, de existir, deben ser sometidos a la decisión de la jurisdicción común y no a la contencioso administrativa.

Finalmente, existe otro grupo de relaciones jurídicas, resultantes de la concesión, que son las que se formalizan entre el concesionario y los terceros no usuarios, que pueden ser tanto de tipo contractual (caso de los proveedores, locadores, etc.) como extracontractual (supuesto de daños causados por el concesionario o su personal durante la prestación del servicio o motivo de ella), las cuales están asimismo regidas por el derecho privado, y sometidas a la jurisdicción común, competente *ratione materiae*.

Para concluir esta parte general sobre la ejecución de los contratos de concesión de servicios públicos, sólo resta efectuar una referencia a la interpretación de tales contratos, cuando no es claro el sentido y el alcance de sus cláusulas.

Como principio general y dominante, debe partirse del fin de interés público que dio origen a la contratación, debiéndose tener en cuenta, además, la intención presunta de las partes, conforme a las reglas comunes de interpretación de los contratos, y a las propias de los contratos administrativos.

Sin perjuicio de ello, debemos considerar las reglas especiales de interpretación que rigen en materia de concesiones, que pueden ser resumidas del modo siguiente: 1) existiendo ambigüedad en las cláusulas, debe estarse siempre a favor de la concedente, de la mejor prestación del servicio y del mejor logro del interés comprometido; 2) las cláusulas que establezcan privilegios o exenciones a favor del

[2] CSJN, 08/09/1992, "Davaro, Saúl c/ Telecom SA.", Fallos: 315:1883.

concesionario, deben ser interpretadas en forma estricta y con alcance restringido, y en caso de duda en contra del concesionario; 3) las cláusulas de la concesión nunca deben ser interpretadas en el sentido de que consagran derechos implícitos del concesionario; éstos deben ser siempre expresos.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el concesionario; además, ha expresado el Alto Tribunal, es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias o concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos[3].

2.5.1 Continuidad en la ejecución

La continuidad de la ejecución, en el contrato de concesión de servicios públicos, además de estar impuesta por las mismas razones que la hacen exigible en todos los contratos administrativos, resulta también del hecho de que los servicios públicos deben prestarse –y eso, justamente, ha dado lugar a la concesión-, por lo que esa prestación debe ser regular, sin interrupciones, suspensiones o alteraciones.

Pero, además, esa ejecución continuada debe ser efectuada por el concesionario ciñéndose estrictamente a la forma convenida en el contrato de concesión, o determinada en su consecuencia, y exigida por el interés público comprometido, con igualdad de trato para todos los usuarios, es decir, sin hacer distinciones entre unos y otros, que no resulten de la naturaleza misma del servicio público que se cumpla.

La obligación del concesionario, en este sentido, sólo puede verse afectada, como en cualquier contrato administrativo, por situaciones de fuerza mayor o que constituyan hechos de la administración, pero con la salvedad de que esas situaciones deben ser consideradas con un sentido restrictivo, favorable a la continuidad del servicio, y no a su posible interrupción o suspensión.

Las obligaciones del concesionario, por otra parte, se extienden a todo lo que sea imprescindible para asegurar la ejecución del servicio público, teniendo la administración pública un correlativo derecho a exigir ese amplio cumplimiento, cuya observancia está asegurada por una amplia gama de sanciones, que pueden ser pecuniarias (que son las más comunes), coercitivas o rescisorias, como luego se verá.

Pero la administración no debe imponer al concesionario un cumplimiento inflexible e irrazonable de sus obligaciones, sino que debe concurrir en su auxilio, en la medida de lo necesario y posible, para evitar la interrupción de sus prestaciones, o la conclusión anormal de la concesión.

2.5.2 Dirección y control

Si el servicio público concedido no deja de ser servicio público, y si la concesión no es sino una forma contractual por medio de la cual la administración pública lleva a cabo la ejecución de ese servicio, que sigue siendo de su responsabilidad, es natural que su potestad de dirección y control deba manifestarse en una forma muy intensa,

[3] CSJN, 22/04/1986, "Hotel Internacional Iguazú", Fallos: 308:618 y sus citas.

adquiriendo una extensión que supera la que es habitual en otros contratos administrativos. Esa amplitud encuentra su fundamento en el hecho de que existe en el servicio público un interés general que debe satisfacerse de la forma más adecuada posible, tal como si la misma administración lo ejecutara directamente.

Es por ello que se ha dicho, con acierto, que el concesionario "gestiona" la prestación del servicio, mientras que la administración lo "controla", configurándose una verdadera "policía del servicio", que implica un continuado e ininterrumpido control de inspección e intervención, que se manifiesta de las más diferentes maneras.

Dentro de esa actividad de control, se halla –de manera muy especial- el que la administración lleva a cabo sobre las tarifas que habrá de percibir el concesionario por la prestación del servicio a los usuarios. Las tarifas deben ser aprobadas por la administración, procurando que sean justas y razonables, y el concesionario no puede, posteriormente, modificar las tarifas aprobadas, si no media un nuevo acto aprobatorio de la administración. Es que el concesionario no puede convertir la explotación del servicio en un negocio lucrativo sin límites.

Se ha discutido sobre quién deben recaer los gastos que demande la actividad de dirección y control que cumple la administración, y la opinión predominante es que esos gastos deben ser soportados por la administración pública, no sólo porque tal control significa el ejercicio de potestades integrantes del poder de policía, sino porque esa actividad es el resultado necesario de la decisión de la administración pública de prestar el servicio público mediante un contrato de concesión.

La administración no puede utilizar sus fuertes poderes de dirección y control sino para alcanzar el buen funcionamiento del servicio público concedido; si así no lo hiciera, si acarreara indebidos perjuicios al concesionario o agravara innecesariamente sus obligaciones, se configuraría una verdadera desviación de poder, de la cual el concesionario podría agraviarse.

La actividad de dirección y control no debe ni puede llegar a la desnaturalización de la concesión, transformando al concesionario en un simple agente de la administración, al excluirlo del ejercicio de los poderes de iniciativa que deben corresponderle, pues el servicio se presta por su cuenta y riesgo. La concesión, en tal caso, dejará realmente de ser tal.

Los usuarios, por su parte, pueden reclamar a la administración el ejercicio de sus potestades de dirección y, sobre todo, de control, si advierten deficiencias o incorrecciones en el servicio, pero sin que puedan pretender reivindicar un derecho que obligue necesariamente a la administración a llevarlo a cabo, si a juicio de ésta no existen motivos que lo justifiquen. Ello, sin perjuicio de las acciones y recursos de que los usuarios podrían echar mano, ante una tal denegatoria de la administración.

Respecto del control de los servicios públicos y de la situación de los usuarios se debe tener en cuenta, muy especialmente, el artículo 42 de la Constitución Nacional después de la reforma de 1994. Esta disposición, en efecto, reconoce a los consumidores y usuarios de bienes y servicios el derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno e impone a las autoridades la obligación de proveer a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La misma cláusula determina, además, que la legislación debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Para todo lo relativo al concepto de servicio público y su control remitimos a lo expuesto en el capítulo "El servicio público y los entes reguladores".

2.5.3 Mutabilidad

Si en todo contrato administrativo la administración pública tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular, en el contrato de concesión de servicios públicos esa potestad modificatoria de la administración adquiere especial relevancia e intensidad, ya que estando de por medio la prestación de un servicio público, es indispensable asegurar que se cumpla de manera que coincida permanentemente con las exigencias del interés general. Y si se piensa que los contratos de concesión, por lo general. son concertados por un plazo prolongado, es corriente que durante ese término no sólo varíen las condiciones de hecho, en especial las técnicas, tenidas en cuenta al contratarse, sino que incluso pueden producirse alteraciones en las modalidades y alcance del interés público que haya sido considerado al establecerse la relación contractual, al punto de que en un momento dado ciertas previsiones del contrato vigente puedan llegar a ser contrarias a ese nuevo interés público y, por tanto, inadmisibles.

La jurisprudencia recogió estos principios, y los pronunciamientos del Consejo de Estado francés los admitieron, siendo célebre, en ese sentido, la sentencia que dictó en el *cas d'espèce* "Compagnie Générale des Tramways", en la cual sostuvo que el concesionario debe plegarse a las modificaciones del servicio exigidas por la autoridad concedente en el interés general, aun cuando éstas contradigan las cláusulas del pliego de condiciones de la concesión.

Esta potestad de la administración no es, sin embargo, ilimitada, sino que reconoce límites ciertos, que la restringen y subordinan a condiciones de razonabilidad y conveniencia.

Esas modificaciones unilaterales del contrato no pueden llegar a ser de una índole tal que impliquen una modificación del objeto del contrato, ni tampoco afectar ventajas financieras nacidas de él a favor del concesionario, o que incidan en su ecuación económico-financiera.

Si se traspasan esos límites, nace el derecho del concesionario a pedir la rescisión de la concesión, o a solicitar una justa indemnización, que evite su perjuicio económico o restablezca la ecuación económico-financiera del contrato celebrado.

También se ha considerado que la administración pública no puede, por su sola decisión, alterar el plazo de duración del contrato de concesión, ya que dicho plazo es una garantía establecida a favor del concesionario, sin perjuicio de que la administración pueda echar mano de otros arbitrios para poner fin, por ejemplo, a una concesión que resulta inconveniente, inútil o contraria al interés público, disponiendo la conclusión anormal del contrato, con sus naturales consecuencias.

La negativa del concesionario a admitir y cumplir las modificaciones dispuestas por la administración, sin perjuicio de la imposición de las sanciones que pudieran corresponderle dentro del mecanismo de la relación contractual establecida, puede autorizar a la administración pública a otorgar nuevas concesiones a terceros, dejando sin efecto el derecho de preferencia o la exclusividad en la explotación que le hubiera sido otorgada a aquél.

Téngase en cuenta, asimismo, lo expuesto en Contratos Administrativos, Parte General.

2.5.4 Potestad rescisoria

Son de aplicación los principios generales expuestos, en relación con esta materia, en el capítulo anterior.

2.5.5 Potestad sancionatoria

Si el concesionario no presta el servicio concedido en forma regular y continuada, si no acata las órdenes e instrucciones que le imparta la administración, si viola las obligaciones impuestas por el contrato, si no cumple, en fin, con todo lo relativo a la debida ejecución del servicio público y que debe realizar por resultar de la relación contractual establecida, la administración puede recurrir, para obligarlo a ejecutar el servicio público en forma correcta, al recurso de imponerle sanciones, ejerciendo de ese modo la potestad sancionatoria que le es inherente.

Las leyes 24.065 (Marco Regulatorio de la Electricidad) y 24.076 (Marco Regulatorio del Transporte y Distribución del Gas Natural) atribuyen a los Entes Reguladores respectivos, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), competencia para propiciar ante el Poder Ejecutivo la aplicación de ciertas sanciones (v.gr. la caducidad de la concesión, arts. 56, inciso h), de la ley 24.065 y 52, inciso j), de la ley 24.076). Por su lado, el Decreto 999/92, aprobatorio del Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales, atribuye al Ente Regulador Tripartito creado por la ley 23.696 (ETOSS) competencia para aplicar al concesionario las sanciones previstas en el contrato de concesión por el incumplimiento de sus obligaciones (artículo 17, inciso o).

Esa potestad, que surge como natural correlato del poder de dirección y control que corresponde a la administración, aparece también como muy intensa y de aplicación frecuente en el contrato de concesión de servicios públicos, por la circunstancia de que en este contrato es muy amplia, como ya se sabe, la potestad de dirección y control, que no podría llegar a tener verdadera significación, si no estuviera acompañada por una facultad, igualmente vigorosa, de sancionar la inconducta contractual del concesionario y las transgresiones que cometa, con perjuicio de la mejor prestación del servicio.

Tratándose de una facultad o potestad virtual de la administración pública, no es imprescindible que se determinen expresamente las posibles faltas del concesionario ni que se prevea el régimen de las sanciones aplicables. La facultad de sancionar estará siempre presente, aun en ausencia de cláusulas de este tipo, y las sanciones, en tal caso, serán aquellas que son tradicionalmente admitidas por el derecho administrativo y por las leyes administrativas que pudieran aplicarse.

Si el contrato contiene previsiones de esa clase, y si ellas son suficientes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, no hay inconveniente en que se las aplique, con preferencia a cualquier otra modalidad de sanción.

Pero si las sanciones contractualmente establecidas fueren inadecuadas o insuficientes, las cláusulas contractuales existentes no serán impedimento para que la administración ejerza, con toda la amplitud necesaria, su potestad sancionatoria.

Las sanciones que corresponde imponer al concesionario son, en principio, las mismas admitidas en todos los contratos administrativos, es decir, sanciones

pecuniarias, coercitivas y rescisorias, si bien algunas de ellas pueden aparecer con modalidades especiales, lo que justificaría una denominación también diferente, como ocurre en el caso del secuestro o la caducidad.

El secuestro –el *sèquestre* del derecho francés- consiste, en concreto, en la sustitución temporaria del concesionario por la administración concedente en la prestación del servicio público concedido con el fin de asegurar la continuidad y regularidad de su explotación.

El secuestro, como sanción, supone la existencia de una falta cometida por el concesionario, casi siempre grave, y aparece como una medida provisional, temporal o transitoria, que se decide directamente por la administración pública, que se sustituye al concesionario, lo que no impide que el servicio siga llevándose a cabo a costa y riesgo de éste.

Dispuesto el secuestro, puede ocurrir que al cabo de cierto tiempo el concesionario esté otra vez en condiciones de retomar el servicio y ejecutarlo en debida forma. Tiene, entonces, la posibilidad de exigir el cese del secuestro, demostrando esa condición. Pero si, al contrario, el concesionario entendiera que se halla en la imposibilidad de reasumirlo, puede reclamar entonces que la administración disponga la conclusión del contrato de concesión, con sus naturales efectos.

La caducidad, finalmente, es otra de las sanciones que, asumiendo características y denominación especial, pueden imponerse al concesionario. Nos referiremos a ella al tratar, más adelante, los modos de conclusión anormales de la concesión de servicios públicos.

¿Corresponde imponer *astreintes* al concesionario, como medio para obligarlo a cumplir determinadas prestaciones?

Si bien alguna parte de la doctrina se ha mostrado propicia a este sistema, ya ha quedado expresada la opinión de que las condenaciones conminatorias o compulsorias, conocidas en el derecho francés bajo la denominación de "*astreintes*", no tienen cabida en el derecho administrativo y especialmente en el de los contratos administrativos, ya sea que se pretenda aplicarlas contra la administración pública, como contra el cocontratante particular.

En el contrato de concesión de servicios públicos, la aplicación de un tal sistema llevaría a la administración además, a una actitud pasiva, en la cual ésta se desentendería de su propia obligación principal, que es la de hacer prestar regularmente esos servicios, o asumir directamente su ejecución, cuando el concesionario no quisiera o no pudiera prestarlos.

2.5.6 Sanciones penales

La legislación penal, en los distintos países, contiene disposiciones que, mediante la represión de distintos delitos específicos, busca asegurar la correcta, regular y segura prestación de los servicios públicos; así, por ejemplo, el capítulo II del título VII del libro segundo de nuestro Código Penal**.**

2.6 Derechos y obligaciones de la administración pública

2.6.1 A exigir la debida ejecución

El concesionario debe prestar el servicio en forma regular y continua, ciñéndose estrictamente a todo lo que en ese sentido disponga el contrato, cumpliendo, además, las órdenes e instrucciones que le imparta la administración concedente. Esa debida ejecución significa que el concesionario debe prestar el servicio público conforme corresponda, aun cuando se produzcan situaciones de hecho o circunstancias que hagan más difícil o gravosa su realización, o se produzcan eventos económicos excepcionales, imprevisibles e independientes de la voluntad de las partes, que alteren la economía del contrato. Ello, como es natural, sin perjuicio de la aplicación, cuando sea procedente, de las teorías de la fuerza mayor y de la imprevisión.

La debida ejecución del servicio significa, por otro lado, que el concesionario debe prestarlo en forma semejante para todos los usuarios, respetando la igualdad más severa entre todos éstos. Los usuarios, por su parte, en caso de que se les deniegue arbitrariamente la prestación del servicio, o cuando se ejecute de manera deficiente, podrán hacer uso de los recursos administrativos o judiciales, en especial contencioso-administrativos, que sean admisibles, según las previsiones del contrato o la ley aplicable.

El concesionario debe ejecutar la prestación del servicio por sí mismo, y, en consecuencia, no puede hacerse sustituir por otro, ni ceder o transferir su contrato de concesión, en todo o en parte, salvo que haya obtenido el consentimiento del organismo concedente. Pero este principio no puede dar lugar a que la administración deniegue arbitrariamente, sin motivos reales, tal autorización, ni impide que el concesionario, como es obvio, pueda celebrar contratos o negociaciones con terceros, relacionados con el servicio público, como locaciones de cosas, servicios y obras, compraventas, suministros, etc.

La cesión o transferencia efectuada sin autorización es nula y sin ningún valor, y el concesionario será responsable de todos los daños y perjuicios que de este acto resulten para el servicio y la administración.

2.6.2 A exigir la ejecución en término

La administración pública tiene el derecho de exigir a su cocontratante particular el cumplimiento en término de todas las obligaciones y prestaciones a las cuales en el contrato de concesión se les haya fijado término de ejecución. La concesión, en sí misma, comenzará a correr a partir de la fecha que se haya establecido en el contrato, o, a falta de ella, desde que el contrato haya quedado perfeccionado.

La administración pública, no obstante la fijación del término de duración de la concesión, mantiene la prerrogativa de hacerla concluir anticipadamente, por medio del rescate de la concesión, modo de conclusión que hemos de examinar más adelante.

Antiguamente se aceptaba que las concesiones pudieran ser otorgadas a perpetuidad, pero este sistema se considera inconveniente, porque significa la constitución de un monopolio perpetuo y no asegura la renovación, el mejoramiento y la actualización del servicio; por lo demás implica, de hecho, una indebida enajenación de una actividad que corresponde en forma primaria a la administración y de la cual no puede ni debe desprenderse.

También puede ocurrir que la concesión sea otorgada por tiempo indeterminado, de modo que el contrato no tiene una duración determinada, a plazo cierto, sino que dura mientras la administración concedente no decida ponerle fin.

Ni las concesiones a perpetuidad ni las por tiempo indeterminado son hoy admisibles, ya que, por encima de cualquier otra crítica, lo más grave es que producen un relajamiento de la relación contractual, obstaculizando una mejor actividad de dirección y control del concedente, un desempeño más eficaz del concesionario, y una protección más segura del interés de los usuarios.

La fijación del plazo de duración de una concesión es, por ello, una delicada cuestión, que deberá ser resuelta en cada caso, atendiendo a las particularidades del servicio, y a lo que sea más conveniente para su continuidad y regularidad.

Vencido el término por el cual se ha otorgado una concesión, la relación contractual se extingue y se produce la reversión a la administración concedente de las instalaciones y bienes afectados al servicio, con o sin indemnización al concesionario, según se haya establecido en el contrato o en la ley.

Las concesiones otorgadas a plazo fijo presentan un período crítico, que es característico en ellas. Cuando el plazo está próximo a expirar, el concesionario pierde su interés en la debida prestación del servicio, negándose a efectuar nuevas inversiones y mejoras. Es en estos momentos cuando la concedente debe ejercer con más vigor sus poderes de dirección y control del servicio y su potestad sancionatoria, a fin de evitar o impedir tales inconvenientes, pudiendo llegarse incluso, a la conclusión anormal anticipada de la concesión.

2.6.3 Causas eximentes de la responsabilidad por la inejecución en término

Como es natural, en el contrato de concesión de servicios públicos tienen plena aplicación las teorías de la fuerza mayor y del hecho de la administración, como eximentes de la responsabilidad del concesionario por la inejecución en término, pudiendo éste invocar, asimismo, la existencia de hechos que al afectar la ejecución económico-financiera del contrato, hagan imposible o razonablemente imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales, presentando las condiciones y los efectos de la fuerza mayor.

2.7 Derechos y obligaciones del cocontratante particular (concesionario).

Conforme a lo que es común en todos los contratos administrativos, el concesionario tiene el derecho de exigir que la administración pública cumpla de buena fe, y en término oportuno, todas las obligaciones que haya adquirido por el contrato de concesión y las que sean consecuencia de ellas, de modo que el concesionario pueda prestar el servicio público en forma regular, cumpliendo, a su vez, con sus propias obligaciones.

En el contrato de concesión se hace evidente que si la administración pública debe ser rigurosa en exigir al concesionario que ejecute sus prestaciones en la forma pactada, no es menos cierto que la administración debe ser también muy cuidadosa del cumplimiento de sus propias obligaciones, absteniéndose, además, de adoptar medidas o

cumplir actos que perjudiquen, afecten o alteren sus obligaciones y las del concesionario, salvo cuando razones de interés público obliguen a proceder de tal manera.

La administración pública debe otorgar al concesionario las facultades indispensables para realizar el servicio, facultades que deberán estar siempre determinadas en forma expresa, limitadas por el objeto y la finalidad de la concesión y que serán de interpretación restrictiva.

Pero la administración pública puede llegar a tener un rol más activo, como es el de proteger al concesionario, evitando que sufra una competencia ilícita o indebida en la ejecución del servicio, o que terceros alteren la continuidad y regularidad de él, o cometan actos que produzcan ese efecto.

Puede ocurrir, no obstante, que la administración pública no cumpla sus propias obligaciones. Ante tal situación, ¿puede el concesionario dejar de cumplir las obligaciones a su cargo, invocando la aplicación de la "*exceptio non adimpleti contractus*"?

Ya se ha expresado, en el capítulo anterior, que esta excepción no tiene cabida en el contrato administrativo, dándose las razones que fundamentan ese criterio.

Ver, sin embargo, las aclaraciones efectuadas sobre este tema al analizar los contratos administrativos en general.

Ello no significa que el concesionario quede totalmente desarmado frente al incumplimiento de la administración y que deba cumplir las suyas *à outrance*. En este sentido, cobra especial importancia la aplicación de la teoría del hecho de la administración, no sólo en cuanto a que se puede llegar a la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato, sino sobre todo a la "razonable" imposibilidad de cumplirlo, sin perjuicio de que el concesionario tenga derecho a reclamar los daños y perjuicios que pueda sufrir, y las demás medidas conducentes a la defensa de sus derechos.

2.7.1 A percibir el precio

Cuando se estudia el régimen de los servicios públicos es habitual, al tratar de su retribución, referirse a si deben ser prestados en forma gratuita, o en forma onerosa, o incluso lucrativa.

El servicio público es gratuito cuando el usuario no paga suma alguna por su prestación; es oneroso, en cambio, cuando el usuario paga por su prestación un importe determinado, como retribución; y es lucrativo, finalmente, cuando, además de ser oneroso, la retribución está fijada en tal forma que no sólo cubre el costo del servicio, sino también un beneficio o ganancia a favor de quien lo ejecuta.

En el caso de los servicios públicos prestados por vía de concesión, es natural y corriente que se lleven a cabo no sólo en forma onerosa sino también lucrativa, asegurando al concesionario la posibilidad de obtener un beneficio, que es lo que lo ha llevado a aceptar el contrato.

Nace así el derecho del concesionario a percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio que ha tomado a su cargo, la cual no es pagada por la administración concedente, sino por el público que utiliza concretamente el servicio.

Esa retribución se fija y resulta de un instrumento especial en el cual consta, con

todas sus formas y modalidades, y que constituye la "tarifa".

Ésta tiene entre el concedente y el concesionario valor contractual, pues resulta de cláusulas insertas en el contrato de concesión; respecto de los usuarios, en cambio, la tarifa tiene valor reglamentario, de acto administrativo reglamentario, de modo que debiendo ser aceptada por el usuario, da derecho a éste de exigir su debida aplicación y la ejecución correcta del servicio que se pague.

Para que la tarifa tenga validez y pueda ser aplicada por el concesionario, debe ser necesariamente fijada y homologada por la administración concedente, aunque ello no signifique que en su preparación y determinación no deba tener intervención el concesionario, que debe ser oído y consultado, ya que se trata de una cuestión que afecta un interés que le es propio. De tal modo, si bien la fijación de la tarifa no aparece como un acto puramente unilateral de la administración, de ninguna manera puede sostenerse que sea un acto de naturaleza contractual, pues no se requiere, para establecerlo, el consentimiento del concesionario.

En lo referente a la naturaleza de las tarifas correspondientes a los servicios públicos prestados por concesionarios, en el aspecto relativo a la vinculación entre éste y el concedente, es posible advertir en la doctrina y jurisprudencia nacional, las siguientes etapas: a) desde fines del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial prevalece la valoración contractual; b) desde la Primera Guerra Mundial y hasta 1989 prevalece la concepción reglamentaria; c) a partir de 1989, época en la cual comienza un importante proceso privatizador de servicios públicos, se tiende a volver a la concepción contractual (Grecco-Sacristán). En este proceso, se ha sostenido, la concepción contractual para la fijación o modificación tarifaria se afirma como una tendencia que no se puede desconocer ni ignorar, aunque no se deja de reconocer que la condición jurídica de la tarifa y el poder del concesionario para fijarla conforme con las cláusulas del contrato es algo que no se puede determinar *a priori* ni dogmáticamente pues todo dependerá, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos general y sectorial (Cassagne). En ese sentido, se ha estimado que el acto estatal de fijación o determinación de las tarifas, dirigido a una firma prestadora en particular, como ocurre en el caso de los servicios de transporte y distribución de gas y de electricidad; de provisión de agua y cloacas y de telecomunicaciones, tendrían naturaleza contractual (Sacristán), aun cuando no se ha dejado de considerar también la naturaleza reglamentaria, incluso después del dictado de los marcos regulatorios (Urrutigoity).

Se ha reflexionado, asimismo, acerca de la imposibilidad de circunscribir la relación tarifaria al binomio poder-contrato, teniendo en cuenta que, después de la reforma de 1994, el derecho público argentino ha acentuado las técnicas democráticas con la participación del usuario debiéndose garantizar el principio de audiencia y el derecho de producir prueba, quien, en un sistema monopólico y de exclusividad, carece de todo poder de contratar (Bezzi).

Más allá de las controversias doctrinales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Fernández"[4] ha recordado y reiterado su doctrina relativa a la radicación de la potestad tarifaria en el poder administrador y su no afectación por la concesión a particulares de la prestación del servicio público, sin perjuicio de las diferencias que pudieran presentar, según el caso, las condiciones de la concesión. En todo régimen de prestación indirecta de tales servicios –es decir, por medio de concesionario- las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley o bajo forma contractual, sostuvo el Alto Tribunal, el que, asimismo, también recordó un pronunciamiento anterior[5], en el cual se había puntualizado que el ejercicio de esa atribución administrativa tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario.

En materia tarifaria corresponde a los entes reguladores de los servicios públicos las siguientes atribuciones: establecer las bases para el cálculo de las tarifas; controlar que su aplicación respete los títulos habilitantes (concesión o licencia) y disposiciones de la ley; aprobarlas disponiendo su publicación a cargo de los prestadores; intervenir en su actualización; verificar la procedencia de las revisiones y

[4] CSJN, 7/12/1999, "Fernandez, Raúl c/ Estado Nacional (PEN)", Fallos: 322:3008.
[5] CSJN, 30/06/1998, "Maruba SCA. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante", Fallos: 321:1784.

ajustes. En caso de que el ente advierta que una tarifa es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial, el ente que corresponda (v.gr. ENRE o ENARGAS) debe notificar tal circunstancia al prestador del servicio y convocar a una audiencia pública antes de la decisión pertinente, quedando a cargo de quien solicite la modificación la carga de la prueba. Estas facultades han sido judicialmente ratificadas (Bianchi).

Una de las condiciones más importantes que debe reunir una tarifa es la de ser "justa y razonable", y esa justicia y razonabilidad debe ser considerada teniendo en cuenta no sólo los intereses del concesionario, sino especialmente los del público en general, es decir, el de los propios usuarios, considerando las inversiones que exige la prestación del servicio, el costo de esa prestación y la correcta ganancia del concesionario.

El concesionario no puede, por sí solo, modificar la tarifa, pero ésta no es ni puede ser inmutable, puesto que para su fijación se toman en cuenta numerosos elementos que son variables en el tiempo.

Las tarifas, igualmente, deben ser ciertas, para su más simple aplicación y, al mismo tiempo, uniformes, dentro de las variantes que admita o imponga el servicio.

Por la forma de establecerlas o calcularlas las tarifas pueden ser fijas o móviles, admitiéndose, asimismo, el caso de las llamadas tarifas máximas.

En el actual marco regulatorio de los servicios públicos privatizados se ha puntualizado que el sistema tarifario está, en general, montado sobre la base de los siguientes principios: tarifas justas y razonables; razonable rentabilidad en una empresa eficiente; ingresos suficientes para cubrir costos operativos y rentabilidad; ganancias similares, como promedio de la industria, a las otras actividades de riesgo equivalente; revisión de precios; reducción progresiva de éstos; prohibición de subsidios cruzados; delegación en el ente regulador de la cuestión tarifaria. (Bianchi).

Y se ha explicado, asimismo, que, para la fijación de las tarifas existen dos sistemas: el de la tasa de retorno o *rate of return*, también llamado *cost-plus* y el de precio tope o *price cup*, también denominado *retail price index*. El primero (tradicionalmente empleado en los Estados Unidos) consiste en establecer la utilidad del prestador como un porcentaje medido sobre el total del capital invertido. El segundo (utilizado en las privatizaciones en Inglaterra) implica el establecimiento por el ente regulador de un precio o índice de éstos, que podrá percibir el concesionario como retribución por la prestación del servicio. Este último se ha empleado en la Argentina para el gas, energía eléctrica, agua y telecomunicaciones (Bianchi).

El concesionario puede recibir otros recursos, además de los que resultan de las tarifas, que concurrirán a mantener el servicio público y facilitar el accionar del concesionario. Entre ellos deben citarse las subvenciones y los privilegios que se reconocen como beneficio al concesionario, y que entre nosotros sólo pueden ser establecidos, por su índole, por vía legislativa.

Los privilegios son siempre temporales, constituyen un derecho y una propiedad del concesionario y concurren a integrar la ecuación económico-financiera del contrato de concesión. Entre ellos se halla, muy frecuentemente, la exención de impuestos, e incluso de ciertas tasas o contribuciones de mejoras.

(Téngase presente la jurisprudencia antes citada en el punto "ejecución del contrato", último párrafo).

2.7.2 A suspender la ejecución del contrato

Los principios expuestos en el capítulo anterior, en relación con esta materia, tienen directa aplicación al contrato de concesión de servicios públicos, por lo que allí

nos remitimos.

Téngase en cuenta, asimismo, lo allí dicho respecto del Decreto 1023/01 y lo preceptuado por el artículo 10 de la ley 25.561.

2.7.3 A requerir la rescisión del contrato

También aquí tienen vigencia, como es natural, los principios generales que sobre este aspecto han sido relacionados en el capítulo anterior.

El concesionario, en ningún caso, puede declarar por sí y ante sí la rescisión de su contrato, sino que debe demandarla judicialmente, deduciendo la demanda ante la autoridad judicial competente, según las normas procesales comunes.

El planteo de la demanda judicial de rescisión, sin embargo, no autoriza al concesionario a interrumpir la prestación del servicio público, sino que debe continuar cumpliéndolo hasta que la rescisión se declare, por sentencia firme, la cual producirá la extinción del contrato y originará el pago, a favor del concesionario, de los daños y perjuicios que haya sufrido y acreditado, los que incluirán tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*.

2.7.4 A ser resarcido por la extinción del contrato

En este punto, hay que tener en cuenta y aplicar los principios generales que, al respecto, hemos expuesto en la parte correspondiente del capítulo anterior.

2.7.5 Al mantenimiento de la ecuación económico-financiera

La celebración del contrato de concesión de servicios públicos implica, necesariamente, que las partes han tenido en cuenta y aceptado la existencia de una determinada ecuación o equilibrio económico-financiero, expresando esa ecuación, en concreto, una relación entre los gastos de explotación del servicio y las sumas que se recaudarán con motivo o en ocasión de él.

Si el equilibrio económico-financiero del contrato se rompe como consecuencia de hechos que sean imputables al concesionario, éste nada puede reclamarle a la administración, ya que la explotación del servicio se hace a su cuenta y riesgo.

Pero si la quiebra de ese equilibrio resulta de hechos o circunstancias que no son imputables al concesionario, entonces le asiste el indiscutible derecho de obtener que la relación económico-financiera del contrato sea restablecida.

La idea del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión funciona, en gran parte, basada en que este equilibrio debe preservarse en el interés mismo del servicio público que se está prestando. En consecuencia, cuando él se altera, es preciso buscar con premura el modo de restablecerlo, mediante la aplicación de principios que como los del hecho del príncipe y los de la teoría de la imprevisión, unidos a los que surgen de la responsabilidad contractual de la administración, permiten llegar a soluciones jurídicamente fundadas, prácticamente convenientes y políticamente aceptables.

Lo importante, lo esencial, es que el servicio público se mantenga, en forma continuada y regular, con la aplicación de tarifas que sean justas y razonables, previendo, incluso, el mejoramiento del servicio.

2.8 Conclusión del contrato

El contrato de concesión de servicios públicos puede concluir por cualquiera de los medios como concluyen los contratos administrativos, ya sean normales o anormales, pero su extinción presenta particularidades que lo singularizan, ofreciendo, incluso, modos propios de conclusión, como la renuncia y el rescate.

Una cuestión que adquiere particular importancia es la que se refiere al destino que deben tener los bienes afectados al servicio, los cuales pueden ser de propiedad de la concedente, del concesionario, o de una y otro a la vez.

Es obvio que los bienes de propiedad del Estado, afectados al servicio, continuarán siendo de su propiedad; lo mismo ocurre, en principio, con los que son de propiedad del concesionario.

No obstante, en este último caso, es muy frecuente que en los contratos de concesión se incluyan cláusulas que establezcan que los bienes de propiedad del concesionario afectados al servicio, una vez concluida la concesión, pasen al dominio del Estado, ya sea con una indemnización a favor del concesionario o, incluso, sin ella.

Esta situación particular se conoce bajo la denominación –no muy apropiada- de "reversión". Las cláusulas de reversión han sido fuente de conflictos, controversias y cuestiones, que no siempre han dejado bien parada a la administración pública. Por otro lado, su presencia es contraproducente para la administración concedente, ya que el concesionario, estando próxima a concluir la concesión, se despreocupa del cuidado, renovación y mejoramiento del servicio, evitando hacer las inversiones que, incluso, pueden ser necesarias.

2.8.1 Cumplimiento del objeto

Si el objeto del contrato de concesión de servicios públicos es su efectiva prestación, es evidente que este objeto está destinado, en la práctica, a durar indefinidamente, por lo menos mientras subsista la necesidad que con el servicio se quiere satisfacer.

Por ello, la conclusión de dicho contrato, por el cumplimiento de su objeto, es un supuesto que por lo común no se produce y que casi podría calificarse de excepcional.

2.8.2 Expiración del término de duración del contrato

La forma normal, regular y prevista de extinción de los contratos de concesión de servicios públicos resulta de la expiración del término de duración en ellos establecido.

Producido el vencimiento de ese plazo, la relación contractual se extingue, y

desde ese momento el concesionario queda relevado de su obligación de mantener y asegurar la prestación del servicio, la cual pasa a la administración pública, que debe tomar, con la debida anticipación, los recaudos necesarios para garantizar su continuidad.

La concesión, por otra parte, puede ser renovada o prorrogada, con lo que su duración se extenderá más allá del plazo originalmente previsto. La renovación o prórroga puede ser convenida por las partes durante la vigencia del contrato y antes de su vencimiento, o una vez producido éste; no es raro, tampoco, que haya sido prevista en el mismo contrato de concesión.

El contrato de concesión puede reconocer al concesionario un "derecho de preferencia", que debe ser expreso, en virtud del cual, si se hubiera de otorgar una nueva concesión para la prestación del mismo servicio, el concesionario anterior sería preferido, en igualdad de condiciones, a los demás posibles concesionarios.

Puede suceder que una vez extinguida la concesión, el concesionario continúe prestando el servicio, ante la inacción, tolerancia, o aun complacencia de la administración.

En este caso, la situación del concesionario debe ser entendida como una situación jurídica fundada en su voluntad unilateral, y en la prestación que ha realizado efectivamente, la cual genera a su favor derechos tendientes a evitar, en la justa medida, el enriquecimiento sin causa de la administración pública, con detrimento del concesionario.

2.8.3 Renuncia

Se suele citar, como una forma específica de conclusión del contrato de concesión de servicios públicos, la renuncia del concesionario a la concesión que le fue otorgada.

La renuncia no es, ni puede ser, por sí misma, un medio idóneo para extinguir una concesión, sino que para ello es preciso que sea expresamente aceptada por la administración concedente, con lo que se produce, en realidad, una forma de rescisión convencional, formalizada por ambas partes y con el acuerdo de ellas, es decir, sobre la base de un nuevo consentimiento destinado a ese objeto.

2.8.4 Rescisión convencional del contrato

Respecto de esta cuestión, tienen plena aplicación los principios generales que son utilizables respecto de cualquier contrato administrativo, y a los cuales ya nos hemos referido.

En especial, y teniendo en cuenta el interés público especialmente implicado en toda concesión, se debe tener en cuenta que la rescisión convencional debe responder a motivos fundados, es decir, no debe ser caprichosa, arbitraria o inmotivada.

Si la posibilidad de la rescisión convencional está prevista en el propio contrato de concesión, han de ser esas disposiciones las que deberán aplicarse, con todos sus efectos.

2.8.5 Desaparición del objeto del contrato

También aquí, los principios generales aplicables en esta materia, respecto de cualquier contrato administrativo, tienen aplicación al de concesión de servicios públicos.

Conviene recordar, únicamente, que cuando la desaparición del objeto del contrato se ha producido como resultado de una actividad o decisión de la administración pública, tienen cabida los principios que resultan de las teorías del "hecho de la administración" y del "hecho del príncipe", según corresponda, con sus naturales efectos.

2.8.6 Rescisión debida a fuerza mayor, hecho de la administración o hecho del príncipe.

Todos los principios que hemos examinado en el capítulo anterior, al tratar esta forma de extinción de los contratos administrativos, se aplican igualmente, y como es natural, al contrato de concesión de servicios públicos, con las modalidades y particularidades que son propias de esta especial relación contractual. Nos remitimos, por ende, al lugar indicado.

2.8.7 Rescisión dispuesta por la administración pública por aplicación de su potestad rescisoria

La administración pública puede disponer la rescisión de un contrato de concesión de servicios públicos, en forma unilateral, cuando lo imponen razones de conveniencia, oportunidad o mérito, que la administración ha apreciado, es decir, cuando el interés público lo exige y lo hace necesario. Estamos aquí frente a un modo específico de conclusión de este contrato, que es conocido en doctrina bajo la denominación particular de "rescate".

Como la extinción de la concesión, en este caso, no es imputable al concesionario, la administración queda obligada a indemnizarlo en forma íntegra, es decir, compensándolo tanto por los daños que le causa la rescisión, como por los beneficios razonables de que se haya visto privado por el rescate.

Ver lo dicho en contratos parte general respecto de la legislación actualmente vigente.

Éste, como se advierte, no es sino la expresión de la potestad rescisoria que es propia de la administración en todos los contratos administrativos. Implica la liquidación de la relación contractual y la adquisición, por la administración, de los bienes que estén afectados a la prestación del servicio, lo cual no es sino la consecuencia indirecta del rescate, y no su causa o fundamento.

La rescisión de la administración pública de proceder al rescate de una concesión debe ser siempre fundada, y los motivos invocados serios y reales, no pudiendo esa valoración de la administración ser objeto de revisión por el Poder Judicial, dada su propia índole y sustancia.

Cuando el contrato de concesión ha previsto el rescate y regulado sus efectos, en

especial las indemnizaciones debidas al concesionario, sus términos deben ser aplicados, siempre que no existan cláusulas que afecten la facultad de la administración de decidir, en cualquier momento, dicho rescate.

2.8.8 Imposición de sanciones rescisorias por la administración pública

En relación con esta cuestión, tienen directa aplicación los principios expuestos, al respecto, en el capítulo anterior.

Se ha discutido a qué autoridad corresponde la facultad de imponer, en relación con el contrato que ahora nos ocupa, las sanciones rescisorias, habiendo prevalecido, con razón, la opinión de que ellas pueden ser impuestas directamente por la administración pública, manteniendo el concesionario la posibilidad de impugnar la sanción aplicada ante la autoridad jurisdiccional judicial competente, lo cual, sin embargo, no la priva de ejecutoriedad.

Como la sanción rescisoria se aplica por hechos imputables al concesionario, éste no tiene derecho a exigir ninguna indemnización por la extinción del contrato; al contrario, el concesionario deberá hacerse cargo de los daños y perjuicios que por su accionar haya sufrido la administración pública, conforme a los principios propios de este tipo de responsabilidad.

2.8.9 Rescisión debida al ejercicio de la potestad modificatoria

Tienen aplicación, en este aspecto, los principios generales que sobre esta materia hemos expuesto en el capítulo anterior.

Cuando la administración traspasa los límites de su potestad modificatoria, cuando altera la existencia y configuración del contrato celebrado, afectando, al mismo tiempo, la ecuación económico-financiera sobre la cual se basó la relación contractual, el concesionario tiene derecho a solicitar, o bien una indemnización adecuada, o, en su caso, el restablecimiento de la ecuación económico-financiera, o bien la rescisión, que podrá requerir a la autoridad administrativa, o a la autoridad jurisdiccional judicial correspondiente. La rescisión, pronunciada por esta causal, dará lugar a que el concesionario sea íntegramente indemnizado, puesto que ha sido ajeno a las circunstancias que lo llevaron a la rescisión.

2.8.10 Muerte o quiebra del concesionario

Los principios generales explicados en el capítulo precedente respecto de este punto, tienen directa aplicación en el caso de los contratos de concesión, con la salvedad de que, en relación con los servicios públicos, la administración deberá tener siempre presente la necesidad de la continuación y regularidad de su prestación, a fin de llegar a soluciones convenientes y oportunas según los casos. Téngase en cuenta lo dispuesto por el Decreto Delegado 1834/02 (sintetizado en la Parte General).

2.8.11 Ruptura definitiva de la ecuación económico-financiera del contrato

Ver lo expuesto sobre esta materia en el capítulo anterior.

2.8.12 Nulidad del contrato.

Ver lo expuesto sobre esta materia en los capítulos precedentes.

2.9 Jurisdicción competente

El contrato de concesión, como ya sabemos, da lugar a que se establezcan distintos tipos de relaciones, a saber: *a*) entre la administración concedente y el concesionario; *b*) entre el concesionario y los usuarios del servicio, o terceros no usuarios; y *c*) entre el concesionario y los agentes y empleados que utiliza.

Esas relaciones pueden originar conflictos o controversias, cuya decisión corresponderá a las siguientes jurisdicciones:

1) los producidos entre la administración concedente y el concesionario, a la jurisdicción judicial contenciosoadministrativa, o a la que tenga competencia atribuida en esta materia;

Ver, sin embargo lo expuesto en el capítulo anterior sobre los arbitrajes internacionales en el marco de los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

2) los suscitados entre el concesionario y los usuarios, a la jurisdicción judicial contenciosoadministrativa, o a la que tenga atribuida esa competencia, ya que en esas relaciones tienen valor preponderante las normas y preceptos del derecho administrativo;

En la causa "Davaro"[6] la Corte Suprema atribuyó la competencia para entender en una controversia entre un usuario y una empresa prestadora, a la justicia en lo civil y comercial federal. Y reiteró recientemente su doctrina en "Rodríguez"[7] al considerar, en este caso, que se trataba de una relación entre particulares al no aparecer cuestionados actos de la administración nacional o de entes públicos estatales, y consistir la pretensión de la actora en la obtención de un resarcimiento derivado de los perjuicios que le habría ocasionado la instalación del electroducto de alta tensión que se encontraba ubicado en las cercanías de su vivienda.

En otros casos, teniendo en cuenta que la cuestión debatida no estaba ceñida a una relación contractual entre particulares ni se trataba de una mera desavenencia comercial, sino que, por el contrario, se encontraban en tela de juicio, en forma directa, además de la inteligencia del régimen tarifario vigente, normas vinculadas al contrato de concesión, la Corte declaró competente para resolver el conflicto al fuero contencioso administrativo[8].

3) las surgidas entre el concesionario y sus agentes y empleados, o con terceros no usuarios, salvo situaciones muy especiales, a la jurisdicción judicial común, civil, comercial, o laboral, según corresponda.

---

[6] CSJN, 08/09/1992, "Davaro, Saúl c/ Telecom SA.", Fallos: 315:1883.

[7] CSJN, 14/09/2004, "Rodríguez, Ramona Valentina c/ Central Dock Sud S.A. y otro s/ daños y perjuicios", Fallos: 327:3706.

[8] CSJN, 08/02/2000, "Asociación de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c. Aguas Argentinas S.A.", Fallos: 323:61; 09/03/2004, "Manzo, Félix c. Aguas Argentinas S.A. s/ proceso de conocimiento", Fallos: 327:471.

4) Finalmente, los conflictos y controversias surgidos entre la administración concedente y los usuarios, con motivo de la concesión, serán también sometidos a la jurisdicción judicial contenciosoadministrativa, o a la que tenga competencia atribuida en esta materia.

3. El contrato de obra pública

3.1 Noción conceptual

La teoría de las obras públicas ocupa un lugar singularmente importante dentro del derecho administrativo y se presenta con una fisonomía muy original, que le confiere un carácter realmente especial.

Dentro de ese derecho de las obras públicas, considerado en forma amplia, ha tenido real relevancia la regulación del contrato de obra pública, que es una de las formas como éstas pueden ser llevadas a cabo, al punto de que dicho contrato aparece como el contrato administrativo por excelencia.

Es que en el contrato de obra pública aparecen de mejor manera y más definidamente evidenciados, todos los caracteres que configuran a los contratos de derecho público.

Toda obra pública es siempre el resultado de un trabajo público, pero la idea de "obra pública" exige fijar convenientemente el alcance que se da a esa expresión, ya que se la utiliza con dos significados diferentes, por lo menos.

El análisis de las definiciones dadas, pone de manifiesto que toda obra pública, además de ser siempre el resultado de un trabajo público, exige que tales trabajos deban ser efectuados por cuenta de una persona pública estatal, y, además, que estén efectivamente encaminados o dirigidos al logro o satisfacción en forma directa e inmediata, de un interés público, entendido este último concepto con el sentido y alcance que en esta obra se le ha asignado.

Esa finalidad de interés público de la obra pública no puede confundirse con la de servicio público, que es mucho más limitada y restringida, y puede estar igualmente desvinculada del uso a que se libre la obra pública, en sí misma, que incidirá en la determinación de si la obra pertenece al dominio público o privado del Estado.

No tiene trascendencia, en cambio, el que la obra pública haya sido financiada con fondos del tesoro público, ya que puede ser costeada de ese modo, o por otros medios diferentes –como el peaje-, habiéndose aceptado incluso que puede ser financiada con fondos privados o de particulares, puesto que no es el origen de los fondos el que le da ese carácter, sino la existencia de las demás condiciones que contribuyen a conformarla.

En virtud de lo expuesto, podemos establecer la noción de "obra pública", diciendo que es tal "todo bien, inmueble o mueble, u objeto inmaterial, que es el resultado de un trabajo público, realizado por cuenta de una persona pública estatal, con el propósito de obtener, en forma directa e inmediata, el logro o la satisfacción de un interés público".

Ahora bien, las obras públicas pueden ser llevadas a cabo de dos maneras

diferentes.

Una, es aquella en que los trabajos públicos que dan como resultado la obra pública son efectuados directamente por la misma administración pública, accionar que se configura como una actividad administrativa más.

La otra, es aquella en que la administración actúa indirectamente, recurriendo a la colaboración de terceros, que son quienes se hacen cargo del cumplimiento de los trabajos que darán lugar a la obra pública. Esa colaboración se obtiene por vía contractual, apareciendo así los contratos administrativos de obra pública y de concesión de obra pública, cuya diferencia radica esencialmente en que mientras que en el contrato de obra pública el pago de ésta es efectuado directamente por el Estado, en el contrato de concesión de obra pública la obra es pagada por los administrados usuarios, mediante distintos sistemas, como el peaje o la contribución de mejoras.

Resulta ahora sencillo establecer la noción conceptual del contrato de obra pública, formulando su definición: el contrato de obra pública "es el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular".

3.2 Naturaleza jurídica

Para establecer la naturaleza jurídica del contrato de obra pública, es necesario partir de la noción que hemos dado precedentemente de lo que se debe entender por "obra pública", adhiriéndonos a la opinión general y predominante que exige que para que haya obra pública, ésta debe estar encaminada al logro o satisfacción de un interés público, haciendo predominar el concepto teleológico o finalista, por encima de cualquier otro.

Y si la obra pública es aquella, realizada por cuenta del Estado, que tiende a ese logro o satisfacción, es lógico que el contrato de obra pública aparezca dominado por esa finalidad, y siendo así, será necesariamente un contrato administrativo, conforme al concepto que de ellos hemos dejado establecido en el capítulo anterior, al decir que son tales los contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante particular en una situación de subordinación, respecto de la administración.

El contrato de obra pública es celebrado por la administración pública con esa finalidad de interés público, directa e inmediata, y en él, tal vez más típicamente que en ningún otro contrato administrativo, aparecen numerosas cláusulas exorbitantes del derecho privado, que hacen que el cocontratante particular quede subordinado, a la administración, sin dejar de ser por eso un eficaz colaborador de aquélla.

Estamos, pues, frente a un contrato cuya naturaleza jurídica es la de un contrato administrativo, la que le fue reconocida desde que se comenzó a diferir a la jurisdicción contenciosoadministrativa los conflictos y cuestiones que en tal contrato se producían.

Frente a las obras públicas que persiguen una finalidad directa e inmediata de interés público, están las simples "obras" de la administración o del Estado, en las cuales esa finalidad sólo aparece en forma indirecta y mediata. Estas últimas pueden estar, por ello, sometidas al derecho privado, y los contratos que se celebren para

llevarlas a cabo no serán sino locaciones de obra del derecho común.

3.3 Caracteres del contrato de obra pública

Teniendo en cuenta el número de partes que se obligan, el contrato de obra pública aparece como un contrato bilateral o sinalagmático, puesto que en él ambas partes quedan obligadas, recíprocamente, la una hacia la otra.

Si se atiende a la relación que existe entre las prestaciones a que se obligan las partes, se advierte enseguida que estamos frente a un contrato oneroso, puesto que las ventajas que otorga a una le son concedidas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte ha hecho o prometido a la otra.

Por el momento en que queda concertado, el contrato de obra pública es un contrato consensual, que queda concluido desde que las partes hayan manifestado su consentimiento, sin que este carácter quede desvirtuado por la circunstancia de que la legislación, a veces, imponga necesariamente la forma escrita.

Por su clasificación o no por la ley, se trata de un contrato nominado, ya que no sólo la ley lo designa con esa denominación, sino que está especialmente regulado por ella, en sus caracteres y circunstancias.

Por la condición de que las prestaciones sean o no ciertas y puedan ser objeto de apreciación, el contrato de obra pública es un contrato conmutativo, sin que se oponga a esta calificación la existencia de un álea común aceptada por los contratantes, que hace que éstos, más allá de lo que haya sido pactado, puedan en definitiva obtener ventajas o sufrir pérdidas.

Se trata, además, de un contrato principal, cuya existencia no depende de ningún otro, y que siendo un contrato nominado aparece como un contrato simple, que constituye una unidad como tal. Por la forma del cumplimiento de sus prestaciones, es un contrato sucesivo, en el cual el cocontratante particular debe realizar la ejecución de la obra de manera continuada, hasta finalizarla.

En conclusión, el contrato de obra pública, por sus caracteres, es un contrato bilateral o sinalagmático, a título oneroso, consensual, nominado, conmutativo, principal, simple y de cumplimiento sucesivo.

Reviste especial importancia considerar lo que se ha dado en llamar el carácter extensivo del contrato de obra pública, la fuerza atractiva de una obra pública, o la teoría del vínculo invisible entre los contratos accesorios de una obra pública, y ella misma. Se trata del caso de los contratos de obra pública por accesoriedad, que son todos aquellos acuerdos o convenios que, sin tener por objeto la construcción o realización de la obra pública, se refieren a trabajos o labores secundarias o anexos a ésta y dirigidos a permitir o facilitar su ejecución.

Esa accesoriedad se explica por la simple aplicación del principio jurídico según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*), que tiene muchas aplicaciones semejantes en derecho.

En todos los casos, es imprescindible que la relación entre esas convenciones y el contrato de obra pública aparezca de manera indubitable, con preponderancia ostensible del elemento propio de la noción de obra pública.

3.4 Elementos del contrato

3.4.1 Sujetos

En el contrato de obra pública, que es siempre contrato administrativo, una de las partes debe ser, necesariamente, el Estado u otra persona jurídica pública estatal, es decir, una persona jurídica administrativa, que lleve a cabo la prestación descentralizada de un servicio.

También deben ser considerados como contratos de obra pública los celebrados por otras personas, físicas o jurídicas –por ejemplo, concesionarios de servicios públicos-, si éstos efectuaren o llevaren a cabo obras públicas por cuenta del Estado o de una persona jurídica estatal, siempre que mediare autorización legal para ello.

En general, las empresas y sociedades del Estado, cualquiera que sea la figura jurídica que adopten, no pueden, como sujeto administrativo, celebrar contratos de obra pública, ya que son personas jurídicas que, siendo públicas, no son, sin embargo, estatales, no cumplen funciones del Estado. No obstante, dado lo confuso y complejo del régimen y organización de tales empresas y sociedades, en cada caso particular se deberá efectuar un prolijo análisis del ente de que se trate, a fin de determinar su verdadera naturaleza jurídica y la de las funciones que cumple, ya que pueden presentarse situaciones en que aquellos celebren, verdaderamente, contratos que son, sin duda, de obra pública.

Es ilustrativo destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "La Buenos Aires, Compañía de Seguros"[9], por adhesión al dictamen del Procurador General, Juan Octavio Gauna, sentó una idea amplia de la descentralización administrativa, y, por consiguiente, de la personalidad jurídico pública estatal, al incluir en ella a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (en el caso, consideró que una sociedad de esa índole estaba sometida a la ley nacional de procedimientos administrativos y a las normas y principios que de ella derivan respecto de la aplicación de la garantía del debido proceso a favor del oferente en una licitación pública).

Puede ser cocontratante particular, a su vez, cualquier persona, de existencia visible o ideal, que cumpla las condiciones que legal y reglamentariamente se impongan a quienes deseen actuar como contratistas de obras públicas, entre ellas –por ejemplo- la de estar inscritos en ciertos registros especiales para constructores de obras de esa clase, creados y habilitados a ese efecto.

En virtud del Decreto 2284/91, denominado de "desregulación económica" se dictó, en 1993, el Decreto 1724/93, por el cual se derogó el Decreto 756/81 -aprobatorio en su momento del Reglamento del Registro Nacional del Registro de Obras Públicas- se aprobó un nuevo Reglamento del Registro mencionado y se creó el Consejo Asesor del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Habida cuenta que el propósito principal del citado Decreto 756/81 era sujetar la habilitación de las empresas a diversos parámetros técnicos y económicos que, según el Decreto 1724/93, conducían, en la práctica, a restringir la oferta y restringir, consecuentemente, la competencia, el objeto de la nueva norma es facilitar a las empresas locales y extranjeras el acceso al mercado de obras públicas, eliminándose los límites impuestos a la competencia en los procesos concursales realizados por el Estado Nacional.

No se debe descartar la posibilidad de que ciertos organismos estatales puedan

[9] CSJN, 12/05/1988, "La Buenos Aires, Compañía de Seguros c. Petroquímica Bahía Blanca, S.A.", Fallos: 311:750.

actuar como cocontratantes particulares en contratos de obra pública, si ello está dentro de su competencia, y actúan con sujeción al derecho privado.

3.4.2 Competencia y capacidad.

Son de aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos en el capítulo precedente, lugar al cual nos remitimos.

3.4.3 Consentimiento

Corresponde aplicar, al respecto, los principios generales expuestos sobre este aspecto en el capítulo anterior.

3.4.4 Objeto

Al definir el contrato administrativo de obra pública, ya queda entendido que el objeto de éste puede consistir tanto en una cosa inmueble, mueble, o incluso en un objeto inmaterial.

La totalidad de la doctrina, nacional y extranjera, coincide en afirmar que el objeto del contrato de obra pública puede ser un inmueble, por naturaleza o por accesión o destino, y en esto no hay discrepancias.

Las diferencias surgen, en cambio, cuando se trata de precisar si las cosas muebles y los objetos inmateriales pueden constituir también el objeto de un contrato de obra pública.

La posición de quienes niegan esa posibilidad, se basa en una distinción arbitraria y convencional, que no es de principio, ni tiene fundamentos jurídicos sólidos, respondiendo tan sólo a la interpretación de ciertos textos legales vigentes en la materia, o a tendencias jurisprudenciales o de mera práctica administrativa.

Quienes aceptan aquella posibilidad, en cambio, afirman –con acierto- que la obra pública que verse sobre muebles puede tener un objeto que llegue a ser tanto o más importante que la que está referida a un inmueble, así como que la utilidad o el interés público, en el caso de ciertas cosas muebles, puede ser mayor que en el de inmuebles. Además, no existe ninguna razón jurídica que se oponga a la extensión del objeto del contrato de obra pública a los muebles y a los objetos inmateriales, quedando diferenciado el contrato de obra pública del de suministro, en este último caso, por el distinto rol que en ellos juega el cocontratante particular, sometido en la obra pública a las determinaciones, especificaciones, dirección y control estricto de la administración, respecto del resultado querido en la contratación, situación que no se presenta, con esas características, en el de suministro.

Por ello mismo, si las cosas muebles fungibles no tienen por qué ser el objeto de un contrato de obra pública, sí pueden serlo las cosas muebles consumibles, que en nuestra época –ante el gran avance técnico- pueden llegar a tener un valor e importancia muy grande.

Cabe aceptar, pues, que pueden ser objeto del contrato de obra pública tanto las cosas muebles como los inmuebles y, además, los objetos inmateriales, es decir, en

general, los "bienes", en el sentido y con el alcance que da a esta expresión el art. 2312 de nuestro Código Civil.

3.4.5 Causa

Tienen aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos en el capítulo anterior, al cual remitimos.

3.4.6 Finalidad

En todo contrato de obra pública está presente, por la misma noción fijada para ésta, la finalidad de obtener en forma directa e inmediata el logro o la satisfacción de un interés público –entendido este concepto con el sentido y alcance que le hemos dado en esta obra-, siendo esa finalidad la que da lugar, como natural consecuencia, a que todo contrato de "obra pública" sea siempre un contrato administrativo.

Este criterio podría aparecer redundante, puesto que la finalidad del interés público no es exclusiva del contrato de obra pública, sino que se extiende, además, a todo contrato administrativo. Pero lo que aquí queremos indicar es que en el contrato de obra pública aparece claramente, con referencia a su objeto, un fuerte sentido teleológico, que da efecto a una obra pública, es decir, al logro o satisfacción de un interés público en forma directa e inmediata, y no a la búsqueda sólo indirecta o mediata de ese mismo interés público, que puede dar lugar a obras de la administración, que no pueden ser llamadas "públicas" con propiedad, ya que están equiparadas a las que hacen los particulares, siendo llevadas a cabo por medio de una locación de obra de derecho común.

3.4.7 Forma

Es regla aceptada la de que todos los contratos administrativos deben ser celebrados bajo forma escrita, conforme a lo que en ese sentido disponga la legislación vigente.

El contrato de obra pública no podía escapar a esta regla general, mucho más cuando por su importancia, complejidad y envergadura, no es posible pensar que se celebre de otra manera.

La Ley Nacional de Obras Públicas 13.064, en sus arts. 21 a 24, se refiere concretamente a ese requisito, señalando que "entre la administración y el adjudicatario se firmará el contrato administrativo de obra pública", haciendo luego otras referencias como "después de firmado el contrato", y "firmando el contrato", etc.

El art. 24, por su parte, ha dispuesto que el contrato de obra pública sólo se considerará perfeccionado desde que se haya llevado a cabo la firma del documento contractual por las partes, es decir, la administración pública y su cocontratante particular.

Esta previsión legal no quita, no obstante, que el contrato de obra pública siga siendo siempre un contrato consensual, que se debe considerar concluido desde que se produce el acuerdo de voluntades entre las partes que concurren a celebrarlo.

3.5 Ejecución del contrato

La ejecución del contrato de obra pública presenta particularidades especiales, que se derivan de las dificultades que normalmente ofrece la construcción de una obra de ese tipo, por su complejidad, la diversidad de elementos personales y materiales que intervienen en ella, la coordinación que exige, los problemas técnicos y económico-financieros que se suscitan, y su duración, que a veces suele ser muy larga.

Como todo contrato, el de obra pública debe ser interpretado, y la administración pública goza, en este sentido, de un verdadero poder de interpretación de los contratos en que es parte, dando un efecto ejecutorio a tales interpretaciones, por medio de directivas y órdenes al cocontratante particular, sin perjuicio del derecho de éste de recurrir las decisiones así adoptadas.

Formalizado el contrato de obra pública, el cocontratante debe presentar enseguida, o dentro del plazo contractualmente fijado, el plan de trabajos, en el cual deberá prever el desarrollo y desenvolvimiento de las distintas etapas que comprenderá la ejecución de la obra. Dicho plan de trabajos debe ser aprobado por la administración.

La iniciación de los trabajos constituye un acto de importancia, que generalmente es revestido con formalidades especiales, ya que es a partir de ese momento que las obligaciones y derechos de ambas partes se ponen en marcha, y que comienza a contarse el plazo de ejecución de la obra.

Como el contrato de obra pública da lugar a frecuentes vinculaciones entre la administración y su cocontratante particular, es corriente que éstos designen representantes que con autorización suficiente cumplan esas tareas, facilitando la fluidez de ellas.

Aparecen así el "delegado" o "inspector de obra" –representante de la administración pública- y el "representante técnico" del cocontratante particular, los cuales son, casi siempre, profesionales con capacidad como para afrontar tales funciones, y cuyo nombramiento cada parte debe notificar formalmente a la otra.

3.5.1 Continuidad en la ejecución

Iniciada la ejecución de una obra pública, es deber del cocontratante particular continuar ininterrumpidamente los trabajos, siguiendo el ritmo previsto en el plan y cronograma aprobados por la administración, sin que pueda suspendérselo, salvo aquellos casos en que se produzcan situaciones que justifiquen esas suspensiones, en virtud de la ley o del contrato.

Si el cocontratante, indebidamente o injustificadamente, suspende o interrumpe la ejecución de la obra, incurre en una grave inconducta contractual, que dará lugar a que la administración pública haga uso de los medios previstos para asegurar esa ejecución.

Pero el cocontratante debe abstenerse, además, de incurrir en actos o decisiones que indebidamente puedan producir la suspensión o interrupción de los trabajos, por tratarse de conductas que repercuten en la ejecución normal de la obra.

3.5.2 Dirección y control

En el contrato de obra pública la potestad de dirección y control está particularmente desarrollada, y se ejerce con especial amplitud e intensidad, en razón de que la obra no constituye un resultado que corre por cuenta del cocontratante particular, sino un resultado que el contratista debe lograr de manera determinada.

Esa intensidad de la facultad de dirección, da lugar a una permanente vinculación entre la administración pública y su cocontratante, y se manifiesta mediante las llamadas "órdenes de servicio", que no son otra cosa que actos mandatorios que la administración dirige al cocontratante, en los que puede llegar, incluso, a modificar o completar algunas previsiones del contrato.

Las órdenes de servicio deben ser impartidas por escrito y se consignan en el "libro de órdenes de servicio" o "cuaderno de obra", que debe estar siempre en la obra a disposición de la inspección. Ello no implica que no existan órdenes de servicio verbales, cuando el contrato o ciertas circunstancias (por ejemplo, motivos de celeridad y urgencia) lo hacen necesario.

El cocontratante particular debe cumplir estrictamente las órdenes de servicio que se le impartan, y ese cumplimiento lo releva de responsabilidad por el resultado de los trabajos así ejecutados, salvo grosera ilegalidad o manifiesto error, supuestos en los cuales, si el contratista no ha formulado observaciones o reparos, se mantiene su responsabilidad, en toda su amplitud.

La administración ejerce también una activa potestad de control sobre la ejecución de la obra, que comprende un poder general de vigencia sobre lugares, cosas y personas afectados o relacionados con los trabajos y sobre éstos mismos, verificando su correcta y adecuada realización.

Esta potestad de control no sirve para que el cocontratante particular excluya su propia responsabilidad, por la debida y correcta ejecución de los trabajos y de la obra, y nunca puede dar lugar a que el cocontratante se sienta perjudicado, y reclame en su consecuencia, excepto cuando haya existido un ejercicio anormal o abusivo de esos poderes.

3.5.3 Mutabilidad

El principio de mutabilidad, ya explicado en el capítulo anterior, tiene también una activa y muy amplia aplicación en el contrato de obra pública, pudiendo afectar tanto las modalidades de ejecución de la obra, como el objeto mismo del contrato.

De ese modo, la administración puede efectuar, por su sola voluntad, modificaciones y alteraciones en el contrato, las cuales son, en principio, y dentro de ciertos límites, obligatorias para el cocontratante, quien debe cumplirlas en la forma en que le hayan sido ordenadas.

En relación con este tema, cabe recordar que es común que se le reconozca al contratista la posibilidad de que introduzca ciertas variaciones o adiciones en la obra, cuando ellas son indispensables.

Si tales variaciones y adiciones han sido autorizadas por la administración, no

existirá problema alguno para su cumplimiento y su debida compensación. Pero si el contratista las ha llevado a cabo espontáneamente, es menester que la administración declare conveniente su recepción, y sólo entonces el cocontratante tendrá derecho a que se le compensen, dentro de las fórmulas contractuales.

Dentro de esa tónica, cabe considerar trabajos necesarios aquellos que no figuran en el contrato, pero resultan indispensables en el curso de la ejecución de la obra; y trabajos útiles aquellos que, sin ser necesarios, procuran un mayor provecho para la administración, beneficiándola realmente.

Si las variaciones o adiciones espontáneamente cumplidas por el contratista no han sido indispensables o útiles, la administración podrá disponer su supresión, sin que el cocontratante pueda pretender retribución o indemnización alguna.

El principio de mutabilidad no es absoluto, sino que está restringido a los límites fijados por la ley o por el contrato mismo, o la voluntad presunta de las partes. Las modificaciones pueden consistir en un aumento o en una disminución de las obras encomendadas, en sí mismas, y de los trabajos previstos contractualmente.

En estos casos, los trabajos en más y las disminuciones que correspondan, se calcularán con arreglo a los precios contractuales.

Pero si el contratista acepta efectuar trabajos que van más allá del límite debido, los trabajos así cumplidos serán pagados sobre la base de un precio especial fijado por las partes para ese caso.

La Corte Suprema ha resuelto que los artículos 30, 37 y 38 de la ley 13.064 tienden a cubrir el amplio margen de variaciones que puede experimentar un proyecto dentro de una misma obra pública, pero no fuera de ella[10].

Una situación particular se presenta con las llamadas "obras imprevistas", que implican la realización de tareas que alteran el plan de trabajos previstos originalmente. Son aquellas que siendo indispensables para la prosecución o conclusión de la obra, deben ser ejecutadas como consecuencia de hechos, condiciones o circunstancias que no han podido ser razonablemente previstos por las partes, y que tornan más onerosas las prestaciones del cocontratante particular.

El contratista está obligado a ejecutar los trabajos imprevistos, pero tiene derecho a ser resarcido de ellos mediante un aumento proporcional del precio del contrato, influyendo la ejecución de ellos en el plazo fijado para la terminación de la obra.

3.5.4 Potestad rescisoria

Son de aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos en la parte correspondiente del capítulo anterior.

Ver, asimismo, más adelante, lo atinente a la rescisión, como forma de conclusión del contrato de obra pública.

La Corte Suprema tiene resuelto que al no prever la ley 13.064 la rescisión del contrato por la Administración sin culpa del contratista, es aplicable supletoriamente el artículo 1638 del Código Civil, el que, después de la reforma introducida por la ley 17.711, otorga a los jueces, cuando el dueño de la obra

[10] CSJN, 17/11/1987, "Stamei S.R.L. c/ Universidad Nacional de Buenos Aires", Fallos: 310:2278.

desiste unilateralmente de ella, la facultad de reducir equitativamente la utilidad a reconocer si su aplicación estricta conduce a una notoria injusticia. Siendo así, no procede, entonces, según el Alto Tribunal, aplicar ciegamente la noción de reparación plena, cuando ello conduce a situaciones abusivas, tales como la del locador que no ha sufrido perjuicio o lo ha padecido en menor medida que aquella que se desprendería de una mera aplicación mecánica de la idea de daño indirecto o utilidad no alcanzada[11].

3.5.5 Potestad sancionatoria

Tienen aplicación, al respecto, los principios generales expuestos sobre esta materia en el capítulo precedente.

En el contrato de obra pública, la potestad sancionatoria aparece como muy amplia, incluso cuando está expresamente regulada en los contratos, en los cuales la mayoría de las cláusulas contienen previsiones favorables a la administración y a la efectiva imposición de las sanciones.

Las sanciones pecuniarias son las más frecuentes, mientras que las sanciones coercitivas son más raras, y por lo general concluyen o en el reinicio de los trabajos por el propio cocontratante, o en la rescisión del contrato.

Las sanciones pecuniarias no deben ser impuestas perdiendo de vista que su objeto es asegurar el cumplimiento del contrato, y no generar un crédito a favor de la administración. Por ello mismo, no pueden ser consideradas como una "ejecución por equivalente".

Las sanciones rescisorias, siendo las más graves de todas, quedan reservadas por faltas especialmente gravosas, y se deberá echar mano de ellas cuando ya no exista otro medio de alcanzar la normal ejecución de las obligaciones contractuales del cocontratante.

3.5.6 Sanciones penales

Ver lo expuesto en la parte correspondiente del capítulo anterior.

3.6 Derechos y obligaciones de la administración pública

3.6.1 A exigir la debida ejecución

Los principios generales que, sobre esta materia, son aplicables en todo contrato administrativo, tienen directa y especial vigencia en el de obra pública.

Es por ello que el contratista está obligado a conocer y cumplir sin omisiones todas las cláusulas del contrato, debiendo realizar los trabajos en un todo conforme a las reglas del arte, siendo responsable de la correcta interpretación, según las técnicas aplicables, de los planos, diseños, croquis, de la misma manera, por los defectos que se produzcan como resultado de falencias que le sean imputables en este sentido.

[11] CSJN, 25/05/1993, "Ruíz Orrico, Juan C. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", Fallos: 316:1025.

El contrato de obra pública implica, también, una serie de obligaciones de tipo personal que incumben al cocontratante, quien tiene la de prestar su directa intervención y colaboración para que el contrato se lleve a cabo, en todos sus aspectos, correctamente, procurando, de ese modo, que quienes intervengan en la ejecución de la obra lo hagan con igual corrección.

Ese cumplimiento personal de las obligaciones del contrato produce, entre otros efectos, el de que el cocontratante no pueda ceder ni transferir su contrato, ni tampoco efectuar subcontrataciones, si no media, en cada caso, una autorización expresa de la administración, que la concederá sobre la base de que no perjudiquen la regular ejecución de las obras.

Cuando se han efectuado subcontrataciones, autorizadas por la administración o permitidas expresamente por el contrato, el contratista adquiere la responsabilidad de coordinar el desempeño de todos los subcontratistas, corriendo por su cuenta asegurar su correcto desempeño y el debido cumplimiento de todos los trabajos.

Es frecuente, finalmente, que los contratos de obra pública prevean la constitución de un "fondo de reparos de obra" o de "garantía de obra", cuya finalidad es permitir a la administración resarcirse de los daños, defectos e impensas que resulten de una mala, deficiente o defectuosa ejecución de la obra, y de la necesidad de corregir, modificar o rehacer las partes de la obra mal ejecutadas.

3.6.2 A exigir la ejecución en término

Los contratos de obra pública, más bien que plazos de duración, contienen verdaderos plazos de ejecución o cumplimiento, puesto que además de precisar las obras que deben realizarse, determinan el término dentro del cual deben cumplirse y quedar concluidas.

Por lo común, se establece un plazo general para la ejecución de la obra, un plazo para su iniciación, diferentes plazos para la realización de las etapas parciales y de un plazo para su conclusión.

Todos esos plazos pueden ser objeto de prórroga, ya sea por mediar acuerdo de partes, ya sea por configurarse circunstancias que jurídicamente dan lugar a ellas.

La permanente contemplación por parte de las autoridades competentes de los motivos justificatorios invocados por el contratista para solicitar prórrogas, no es base suficiente, ha sostenido la Corte Suprema, para generar una obligación a cargo de la Administración Pública de continuar procediendo de la misma manera[12].

3.6.3 Causas eximentes de la responsabilidad por la inejecución en término.

Tienen aplicación, en esta materia, los principios generales que sobre este tema quedan expuestos en el capítulo precedente.

Es frecuente que en el contrato de obra pública se inserten cláusulas que sirvan para ampliar o restringir, según los casos, los supuestos en que legal o doctrinalmente se

[12] CSJN, 01/06/2000, "Paz, Valentín c/ Administración Gral. de Puertos - Res. 318 y 67/83 - y otro", Fallos: 323:1332.

entiende que existe un supuesto de fuerza mayor o un hecho de la administración que puedan influir en el cumplimiento en término de las obligaciones que el contrato impone al cocontratante particular, así como para asignarles efectos, condiciones o requisitos especiales, diferentes de los comunes.

3.7 Derechos y obligaciones del cocontratante particular

El contrato de obra pública otorga al cocontratante particular, frente a la administración, derechos que pueden ser agrupados en dos categorías distintas: *a*) aquellos que le dan la facultad de exigir determinadas actitudes, acciones o cosas de la administración; y *b*) aquellos que le permiten no hacer determinadas cosas o hacerlas de manera diferente.

Debe tenerse en cuenta que la obra pública se realiza en cierto modo y grado, por cuenta y riesgo del cocontratante particular, lo que influye sobre sus derechos y obligaciones, a lo que se suma el carácter de "contrato en marcha" que tiene el de obra pública, que origina que la posición de subordinación que tiene el contratista aparezca como más nítida y concreta.

La Corte Suprema tiene decidido que la magnitud de toda obra pública y los intereses en ellas en juego, le imponen al cocontratante actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pueda incidir negativamente sobre sus derechos, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar ("Astilleros Costaguta"[13]; "Dos Arroyos"[14], entre otros).

Pero el cocontratante particular, en virtud del contrato, no sólo adquiere obligaciones frente a la administración pública, sino que también puede contraerlas frente a terceros, como ocurre en el caso de perjuicios ocasionados a otras personas, por actos o conductas que le son imputables, por haber alterado las condiciones de ejecución contractualmente obligatorias.

3.7.1 A que la administración pública cumpla sus obligaciones

El derecho del cocontratante particular de exigir que la administración pública cumpla con todas las obligaciones que el contrato de obra pública pone a su cargo, va más allá del mero hecho de que aquella ejecute sus prestaciones, sino que implica, además, que las lleve a cabo dentro de un plano de buena fe, ya que no puede concebirse que la administración actúe de otra manera.

El debido cumplimiento por la administración de sus obligaciones es un factor importante en la buena marcha de los contratos de obra pública, y debe procurar llevarse a cabo con toda puntualidad y cuidado.

La administración, asimismo, debe abstenerse, de manera general, de adoptar medidas que perjudiquen, afecten o alteren la ejecución de sus propias obligaciones y de las del cocontratante, salvo que razones de interés público impongan como necesaria una conducta que arroje esos resultados.

El incumplimiento de la administración puede causar la adopción de diversas

[13] CSJN, 12/05/1992, "Astilleros Costaguta SA. c/ Estado Nacional (PEN. Ministerio de Economía Sec. Int. Marítimos)", Fallos: 315:890.
[14] CSJN, 28/09/1993, "Dos Arroyos SCA. c/ Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 316:2044.

medidas a su respecto, que van desde la justificación de demoras o retardos, hasta el pago de intereses o el de las indemnizaciones que sean procedentes, pudiendo llegar, incluso, a la rescisión del contrato, cuando ese incumplimiento llevara a una situación de perjuicio irreversible, que impidiera o tornara razonablemente imposible el cumplimiento final del contrato.

3.7.2 A percibir el precio

Si el cocontratante particular afronta el cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato de obra pública, lo hace en la inteligencia de que con ese cumplimiento se genera su derecho a percibir el precio correspondiente, que es un elemento esencial de este contrato, y que constituye la obligación principal que pesa sobre la administración pública.

La forma como se determina y calcula el precio debe estar prevista en el contrato, y los pliegos de condiciones generales y particulares precisarán las condiciones de ese pago y el modo como tendrá lugar.

El Alto Tribunal nacional se ha expresado en el sentido de que en los contratos de obra pública el plazo de pago es a favor de la comitente, motivo por el cual si la ley no lo impide la Administración Pública puede reducirlo y pactar plazos de pago inferiores a los legales, no pudiendo, después, desconocer tal obligación[15].

No es común que en el contrato de obra pública el pago del precio se efectúe de una sola vez, al quedar concluida totalmente la obra, sino que lo corriente es que se vayan haciendo pagos parciales, correlativos al avance de los trabajos, mediante los llamados "certificados" o "certificados de obra", por lo general mensuales, que son la constancia documentada de que el contratista ha cumplido correctamente determinada parte o porción de la obra, la que es debidamente cuotificada y precisada, fijándose, al mismo tiempo, la parte del precio que debe pagarse por ella. Pero ni el certificado ni el pago que en mérito de él se efectúe implican la conformidad de la administración con la corrección, calidad y buena ejecución de la parte de obra que haya sido certificada, lo cual sólo tiene lugar cuando se concrete la recepción provisoria y la definitiva de ella.

El precio se paga, comúnmente, en dinero corriente, pero también se admite que pueda ser pagado en otra forma, como la entrega de títulos de la deuda pública, la asignación de tierras provenientes de la obra, etc., pero no se debe olvidar que el contratista, salvo disposición legal o contractual en contrario, tiene derecho a ser pagado en dinero.

La administración debe pagar el precio, con más los agregados que sean procedentes, resultantes de trabajos imprevistos, necesarios o útiles, etc., en la forma y tiempo establecidos en el contrato, y debe hacerlo con puntualidad, y las sumas que se paguen por este concepto al cocontratante particular gozan del privilegio de estar exentas de embargos judiciales, excepto cuando los acreedores sean obreros empleados en la ejecución de la obra, o personas a quienes se deban trabajos, servicios o materiales utilizados en ella.

Según ha resuelto la Corte Suprema la remuneración a la que el contratista tiene derecho, no sólo se compone de los precios estipulados al inicio de la relación, más los mayores costos de la ley 12.910, sino también con las diferencias correspondientes a la aplicación de los correctores establecidos para

[15] CSJN, 5/11/1991, "Hidronor c/ Provincia de Rio negro", Fallos: 314:1423.

subsanar los desfases producidos por la aparición de circunstancias no contempladas en las ofertas[16]; el Alto Tribunal también ha decidido que la oferta más la cláusula de reajuste constituye el precio del trabajo, el que, pactado de tal forma, representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial amparado por el artículo 17 de la Constitución[17]. En relación con el régimen de mayores costos establecido por la ley 12.910 (a la cual la Corte asignó carácter complementario de la ley 13.064[18]), el tribunal citado también resolvió que él no significa que la mera irrepresentatividad de las fórmulas convenidas determinará, sin más, el reajuste de la remuneración del contratista, pues una adecuada hermenéutica de las normas citadas conduce a admitir sólo la recomposición de aquellos desfases que, además de desquiciar la economía general del contrato, derivan de acontecimientos sobrevivientes e imprevisibles al tiempo de la firma del acuerdo[19].

El precio de una obra pública puede ser establecido de diferentes maneras, reconociéndose la existencia de tres sistemas tradicionales, reflejados en las legislaciones vigentes, a saber: 1) ajuste alzado, que es el sistema "*à forfait*" del derecho francés, o "global" de otros países, y que se caracteriza porque en él se trata de una obra única, determinada en su totalidad, que el cocontratante particular se obliga a realizar por un precio, también único, y total, global, que es inmutable, inmodificable e irrectificable. Este sistema admite dos variantes: el ajuste alzado absoluto, en el cual la obra contratada y el precio fijado se mantienen siempre invariados e inalterables, tal como originalmente fueron establecidos, y el ajuste alzado relativo, en el que tal estrictez se atenúa, ya que si bien se sigue fijando un precio global por la obra a realizarse, se acepta o admite la posibilidad de variaciones en más o en menos en el precio global, según condiciones o fórmulas de variabilidad preestablecidas en el mismo contrato. 2) unidad de medida, sistema también conocido como "precio unitario" o "serie de precios", y que se caracteriza, esencialmente, porque el precio a pagarse al contratista se establece sobre la base del precio unitario asignado en el contrato a cada parte, unidad o pieza de la obra que se está ejecutando; y 3) coste y costas, que es aquél sistema en el cual la administración debe pagar el valor de los materiales y de la mano de obra utilizados e incorporados a la obra, pagando, además, un porcentaje determinado sobre dichos valores, que corresponde al beneficio a que tiene derecho el cocontratante particular por su labor.

Existen otros sistemas especiales, de uso no tan frecuente, como el sistema de gremios, el sistema de gastos controlados, el sistema por encargos, etc.

El derecho del contratista a percibir el precio, no impide que de cada certificado se le retenga determinada parte –según lo previsto legal o contractualmente- para constituir el llamado "fondo de reparos", que sirve, como se sabe, para garantizar a la administración de la corrección de las deficiencias en que se haya incurrido durante la ejecución de la obra, y cuyo sobrante le será reintegrado al contratista una vez concluida la recepción definitiva de la obra pública.

3.7.3 A suspender la ejecución del contrato

Tienen aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos al tratar esta cuestión en el capítulo anterior, y que nos permiten reafirmar que el cocontratante

[16] CSJN, 30/06/1988, "Vicente Robles S.A.M.C.I.F. c/ Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 311:1181.
[17] CSJN, 09/02/1989, "Marocco y Cía. SACIFICA. c/ Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 312:84.
[18] CSJN, 19/10/1989, "Sigma Construcciones SRL. c/ Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 312:1938.
[19] CSJN, 24/09/1996, "Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional – Comisión Nacional de Energía Atómica y otra", Fallos: 319:2037.

particular no tiene el derecho de oponer la "*exceptio non adimpleti contractus*", ante el incumplimiento de la administración pública a sus obligaciones contractuales, sino debe siempre continuar la ejecución del contrato en curso, sin perjuicio de pretender el resarcimiento justo que le corresponda, por aplicación de los sistemas que en tales supuestos tienen cabida en todo contrato administrativo.

Ver, sin embargo, las aclaraciones efectuadas sobre este tema al analizar los contratos administrativos en general.

3.7.4 A requerir la rescisión del contrato

El cocontratante particular tiene el derecho de solicitar la rescisión del contrato de obra pública, en los casos previstos por la legislación específica vigente, en el propio contrato, o que estén reconocidos por los principios generales del derecho administrativo.

Cuando se produzca uno cualquiera de esos casos, el contratista debe requerir la rescisión ante la autoridad judicial correspondiente, quedando a su cargo, hasta tanto sea pronunciada, el cumplimiento regular de las prestaciones a que esté contractualmente obligado, salvo cuando corresponda su suspensión o paralización.

Una vez pronunciada judicialmente, la rescisión no sólo producirá la extinción del contrato, sino que además podrá originar el derecho del contratista al pago de los daños y perjuicios que haya sufrido.

3.7.5 A ser resarcido por la extinción del contrato

Son de directa aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos en la parte pertinente del capítulo anterior, lugar al cual nos remitimos.

3.7.6 Al mantenimiento de la ecuación económico-financiera

Tienen aplicación, al respecto, los principios generales expuestos, en este sentido, al tratar esta materia en el capítulo precedente.

El derecho del cocontratante particular a percibir el precio contractualmente establecido por la obra pública, eventualmente se extiende a que el Estado le compense los deterioros que sufra en su situación económico-financiera y que se deriven de las llamadas áleas administrativas y económicas, las cuales configuran, respectivamente, situaciones que son contempladas y resueltas, en sus efectos, por las teorías del hecho del príncipe y de la imprevisión, a que también ya nos referimos en el capítulo anterior (Marienhoff).

3.8 Conclusión del contrato

3.8.1 Cumplimiento del objeto

La conclusión normal del contrato de obra pública se produce por el cumplimiento de su objeto, es decir, por la realización o ejecución completa de la obra pública, en todos sus aspectos, que autoriza a tenerla por finiquitada y por agotadas todas las obligaciones adquiridas, en ese sentido, por el contratista.

Desde un punto de vista formal, tal conclusión tiene lugar cuando se ha llevado a cabo la recepción de la obra por la administración pública y su correlativo pago al contratante.

La recepción de una obra pública se cumple, por lo general, en dos etapas diferentes: en primer lugar, la llamada "recepción provisional", a la cual sucede la "recepción definitiva", las cuales pueden ser, a su vez, parciales –cuando están referidas a una parte o partes de la obra- o totales.

La recepción provisoria o provisional es una comprobación contradictoria de la obra, hecha inmediatamente después de la conclusión de los trabajos, en la cual las partes hacen constar el estado de la obra y cualquier otro pormenor, reserva, disidencia y observación relacionada con ella, y cuyo efecto esencial es hacer correr el plazo de garantía fijado en el contrato.

La recepción definitiva, en cambio, que tiene lugar al vencimiento de dicho plazo de garantía, es el acto por el cual la administración pública toma la obra ejecutada por el cocontratante definitivamente, después de haber comprobado que el contratista ha cumplido debidamente el conjunto de sus obligaciones contractuales, siendo, pues, el reconocimiento de que la obra ha sido bien hecha.

Concluida la recepción definitiva y el pago final de la obra, el objeto del contrato de obra pública está cumplido y, por tanto, se produce su extinción.

3.8.2 Expiración del término de duración del contrato

Son de aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos en la parte pertinente del capítulo anterior.

El contrato de obra pública es uno de los contratos administrativos en que se tiene en mira, más que el mantenimiento de una situación, la obtención de un resultado.

Por ello, si bien es cierto que en dicho contrato se especifica el plazo dentro del cual ella debe ser terminada, no es el vencimiento de ese plazo el que produce la conclusión del contrato, sino la obtención de la obra, debidamente realizada.

El cumplimiento del plazo de ejecución, en cambio, puede tener otros efectos, si la obra no ha sido terminada dentro de él, como la imposición de multas por retardos u otras sanciones, aun más graves, que aplicará la administración en ejercicio de su potestad sancionatoria.

3.8.3 Rescisión convencional del contrato

Tienen aplicación, al respecto, los principios generales expuestos sobre este punto en el capítulo anterior, lugar al cual nos remitimos.

Cabe tener presente que los contratos de obra pública no suelen prever la posibilidad de su rescisión convencional, lo cual no quita que si ese acuerdo se produce,

la rescisión igualmente pueda tener efecto.

3.8.4 Desaparición del objeto del contrato

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales expuestos sobre este punto en el capítulo precedente, debe considerarse que la desaparición del objeto del contrato de obra pública es una de las causas que da lugar a su conclusión. Si la pérdida es una consecuencia extraña y no provocada por la administración, no habrá lugar a indemnización para la contratista, la cual procederá, en cambio, si la desaparición del objeto se ha debido a una actitud de la administración.

3.8.5 Rescisión debida a fuerza mayor, hecho de la administración o hecho del príncipe.

Ver lo expuesto, sobre esta materia, en la parte pertinente del capítulo anterior.

Algunas legislaciones, como ocurre en nuestra Ley Nacional de Obras Públicas 13.064, ponen a cargo de la administración pública no sólo las pérdidas, averías o perjuicios que se derivan para el contratista de actos imputables a ella, sino también los que se originen en el caso fortuito o fuerza mayor, sobre la base de que sin ese mínimo de garantía y respeto patrimonial, se terminaría con no contar con oferentes en las contrataciones de obras públicas que se quisieran llevar a cabo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Procuración del Tesoro de la Nación tienen dicho que el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas es un régimen de excepción y, por tanto, debe ser interpretado en forma restrictiva[20]. Según el Alto Tribunal, al establecer el artículo 39 de la ley 13.064 un régimen de excepción, modificatorio de los principios del derecho común, él debe ser interpretado en forma restrictiva, pues a diferencia de lo que sucede en el derecho civil, en el que el caso fortuito o la fuerza mayor implican una situación jurídica en la cual a pesar de mediar inejecución, el deudor queda exento de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, en el contrato de obra pública se otorga al contratista estatal, además, el derecho a ser indemnizado[21].

3.8.6 Rescisión dispuesta por la administración pública por aplicación de su potestad rescisoria

Ver lo expuesto, al respecto, en la parte correspondiente del capítulo anterior.

3.8.7 Imposición de sanciones rescisorias por la administración pública

Tienen directa aplicación, en este sentido, los principios generales expuestos, sobre este punto, en el capítulo precedente.

La rescisión a cargo y riesgo del cocontratante particular debe estar especialmente pactada en el contrato respectivo, regulándose los casos en que tendrá

[20] PTN, Dictámenes: 217:115 y sus citas; CSJN, 1963, "Beltrán Velázquez, Eduardo c/ Vallejo Sáenz, Francisco", Fallos 255:119; CSJN, 1980, "Arancibia Clavel, Enrique L.", Fallos: 302:973 (citados en el mencionado asesoramiento).

[21] CSJN, 27/08/1996, "J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina)", Fallos: 319:1681.

lugar y los efectos que producirá, o debe resultar de las normas legales aplicables que rijan las contrataciones administrativas o, particularmente, el contrato de obra pública.

Nuestra Ley Nacional de Obras Públicas 13.064 contiene previsiones de este tipo, incluyendo entre los supuestos que dan lugar a la rescisión, el fraude del contratista, su grave negligencia, la ejecución demorada de la obra encomendada, etc., fijando, correlativamente, los efectos de la rescisión dictada en tales casos (arts. 50 y 51).

Se configura la hipótesis de fraude prevista en el artículo 50, inciso a, de la ley 13.064 que justifica la rescisión del contrato, si el contratista percibió indebidamente sumas de dinero por materiales no utilizados en la obra[22]; y es también fraudulenta la actitud del contratista, en los términos de la cláusula legal citada, al cobrar un porcentaje cuando conocía que las órdenes de compra no podían en ese momento considerarse colocadas, conforme era la condición establecida contractualmente y la omisión de informar esa circunstancia a la Administración, pues el ocultamiento originó que obtuviese el pago indebido de esos fondos[23].

3.8.8 Rescisión debida al ejercicio de la potestad modificatoria

Ver lo expuesto en la parte pertinente del capítulo anterior.

La Ley Nacional de Obras Públicas 13.064, en previsión que es muy frecuente en leyes de este tipo, establece que el contratista tendrá derecho a rescindir su contrato cuando la administración disponga modificaciones que alteren el valor de las obras contratadas en un veinte por ciento, en más o en menos. Si el contratista optara por la rescisión del contrato, deberá ser íntegramente indemnizado, incluyendo tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cesans.*

Téngase en cuenta lo dicho en la parte general, respecto de la legislación vigente.

3.8.9 Muerte o quiebra del cocontratante particular

En esta materia son aplicables los principios generales expuestos, al respecto, en el capítulo precedente, debiéndose recordar que cierta parte de la doctrina coincide en que las garantías procedimentales que la ley impone a la administración para la elección de su cocontratante, demuestran que el contrato administrativo se concluye *intuitu personae*, de modo que la muerte o la quiebra de aquél son causales de rescisión.

Téngase en cuenta lo dispuesto por el Decreto Delegado 1834/02, sintetizado en la Parte General.

3.8.10 Ruptura definitiva de la ecuación económico-financiera del contrato

Nos remitimos, en esta parte, a lo ya expuesto en el capítulo anterior, en este sentido.

---

[22] CSJN, 1984, "Mengolini, Jorge c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones", Fallos: 306:1290.
[23] CSJN, 12/05/1992, "Astilleros Costaguta SA. c/ Estado Nacional (PEN. Ministerio de Economía Sec. Int. Marítimos)", Fallos: 315:890.

3.8.11 Nulidad del contrato

Ver lo expuesto, en este aspecto, en los capítulos precedentes.

La Corte Suprema rechazó el reclamo indemnizatorio sustentado en los artículos 39, 53 y ccs. de la ley 13.064 si la empresa contratista asumió concientemente el riesgo de la posterior declaración de nulidad, pues concurrió sin reserva alguna y sin que su voluntad estuviera afectada por vicio alguno a la formalización del acto, con pleno conocimiento, por razones de su especialización en la materia, de las normas que rigen tales contrataciones[24].

3.9 Jurisdicción competente

Los contratos de obra pública son muy proclives a que se susciten cuestiones y controversias entre la administración pública y su cocontratante particular, por lo que se ha buscado establecer procedimientos adecuados para darles solución en un tiempo conveniente.

Dos sistemas han existido, tradicionalmente, a ese fin, aceptándose que tales conflictos pueden resolverse tanto en sede administrativa, mediante el planteamiento de los recursos administrativos que sean admisibles, como en sede judicial, donde pueden deducirse las acciones previstas en los códigos de procedimiento aplicables.

Con referencia ya a la vía judicial, es mayoritaria la opinión de quienes sostienen que las acciones de ese carácter deben plantearse en la jurisdicción contenciosoadministrativa, o, en su defecto, en la que tenga especialmente asignada esa competencia.

Particular importancia ha adquirido la aplicación de la jurisdicción arbitral, que puede estar prevista en la legislación aplicable a las obras públicas o en los contratos de obra pública, la cual, cuando los tribunales arbitrales están bien constituidos, aparece como la solución más simple, fácil y conveniente para concluir las divergencias habidas entre la administración y el contratista, salvaguardando la mejor y más continuada ejecución del contrato, y con ello el interés público.

La Corte tradicionalmente ha considerado que contra las decisiones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación (creado por el Decreto 11511/47, reglamentario del art. 7° de la ley 12.910) no cabe recurso judicial alguno[25].

No obstante, es conveniente tener presente en especial la disidencia de los Dres. Fayt y Petracchi en la causa "Meller"[26], para quienes aquél Tribunal no constituye un verdadero tribunal arbitral, sino un tribunal administrativo dotado de facultades jurisdiccionales, pues no se cumplen, a su respecto, las premisas fundamentales del juicio arbitral, esto es, la libre elección de los jueces -prevista sólo para el contratista- y su imparcialidad -dos de sus tres miembros son funcionarios públicos-. Por ello, sus decisiones están sujetas al control judicial propio de las adoptadas por órganos administrativos de esa condición.

En "Aion"[27] consideró que no cabe ningún recurso judicial contra las resoluciones emitidas por el Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación.

---

[24] CSJN, 17/11/1987, "Stamei S.R.L. c/ Universidad Nacional de Buenos Aires", Fallos: 310:2278.

[25] CSJN, 1962, "Servente y Magliola", Fallos: 252:109; CSJN, 1965, "Kinbaum Ferrobeton S.A. c/ Administración General de Obras Sanitarias de la Nación", Fallos: 261:27; CSJN, 9/03/1999, "Pirelli Cables c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones", Fallos: 322:298; 5/11/2002, "Meller Comunicaciones S.A. U.T.E. c. E.N.Tel.", Fallos: 325:2893.

[26] CSJN, 5/11/2002, Meller Comunicaciones S.A. U.T.E. c. E.N.Tel.", Fallos: 325:2893.

[27] CSJN, 29/08/2000, "Aion S.A. y otro c. E.N.Tel.", Fallos: 322:298.

4. La concesión de obra pública

4.1 Noción conceptual

Es muy común que al estudiarse el contrato de obra pública se trate también todo lo atinente al contrato de concesión de obra pública, y esta forma de exposición no es sino una manifestación de la identidad teleológica que se reconoce entre ambos contratos, al punto de que se ha dicho que verdaderamente lo que los diferencia es el modo o forma como se lleva a cabo la remuneración del cocontratante, sin perjuicio de las demás notas que concurren a distinguirlos.

De tal suerte, "la concesión de obra pública no es sino un modo de ejecución de ellas, en el que la administración pública celebra un contrato administrativo específico, cuyo cocontratante, que puede ser una persona física o jurídica, se obliga a ejecutar una obra pública determinada, con la particularidad de que el precio no le será pagado por la administración directamente, sino por los administrados que la utilicen o se beneficien con ella, a cuyo fin le serán otorgadas temporalmente al cocontratante ciertas facultades para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que deba hacerlo".

Esa remuneración del concesionario de obra pública puede resultar tanto del "peaje" como de la "contribución de mejoras".

Entiéndese por peaje la contribución o pago que el concesionario tiene derecho a exigir de los administrados que utilizan la obra, y cuyo cobro no depende de la voluntad o arbitrio del cocontratante, sino de lo que al respecto se haya establecido en el contrato de concesión o, en su defecto, de lo que determine la administración, sobre la base de los principios propios del derecho administrativo.

El peaje, que debe ser siempre justo y razonable, y nunca discriminatorio, ha sido tachado, en nuestro país, de inconstitucional, sosteniendo que viola la libertad de tránsito que garantiza la Constitución nacional en sus arts. 9 a 12, mientras que otra parte de la doctrina entiende que esa inconstitucionalidad está referida al tránsito interprovincial e internacional.

Tales tachas son realmente improcedentes y carentes de fundamento, ya que las normas constitucionales lo que prohíben son las imposiciones o tributos agresivos, prohibitivos, discriminatorios y antieconómicos, que perjudiquen el tránsito, como faena esencial del comercio interestadual, y no la imposición que sólo pretende un pago que está destinado a costear la construcción, conservación y uso de una obra pública.

En los autos "Estado nacional c. Arenera El Libertador S.R.L."[28] la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la validez constitucional del peaje expresando que éste, para caber dentro de la Constitución Nacional, debe constituir una de las contribuciones a que se refiere el artículo 4º, pues la circunstancia de que el legislador predetermine su destino con una precisión mayor que la que regularmente emplea al establecer otras contribuciones no entorpece su carácter de tal. El peaje es, pues, una contribución que el legislador asocia a un proyecto suyo (de construcción, conservación o mejora) que identifica con particular claridad y no constituye, al menos en el caso, un pago exigido por el solo paso. Según el Alto Tribunal el peaje es para el usuario una contribución vinculada al cumplimiento de las actividades estatales (construcción de una vía o sus mejoras, ampliación, mantenimiento,

[28] CSJN, 18/06/1991, "Estado Nacional c. Arenera El Libertador S.R.L", Fallos: 314:595.

conservación, etc., aun de vías preexistentes) y para el concesionario un medio de remuneración de sus servicios. En la misma causa el Alto Tribunal también dejó sentado que exigir de manera ineludible la existencia en forma simultánea de vías alternativas gratuitas que presten servicios comparables a aquellas en que se cobra peaje, importaría tanto como admitir que en muchos casos ésta últimas se tornen antieconómicas, habida cuenta que lo usuarios no dudarían en emplear aquéllas en desmedro de las segundas, con el consiguiente quebrantamiento de ecuación económico financiera (nudo central de la cuestión) y el principio general y la base de todo contrato de concesión de obra pública.

La contribución de mejoras, por su parte, es el tributo que se paga en retribución de la "plusvalía", aumento de valor o beneficio que experimentan, como resultado de la construcción de una obra pública, las propiedades privadas aledañas, vecinas o inmediatas a dicha obra, debiendo también ser equitativas y razonables.

4.2 Régimen jurídico de la concesión de obras públicas

Ante la carencia de normas legales que especialmente lo regulen, para fijar el régimen jurídico de la concesión de obras públicas, debe recurrirse a los principios propios de otras figuras contractuales administrativas afines, como el contrato de obra pública, la concesión de uso del dominio público, la concesión de servicios públicos, etc., de donde se podrán extraer los principios generales aplicables al caso.

El dominio de la obra pública construida es siempre del Estado, sin perjuicio del derecho del contratista a percibir el precio convenido por ella, ya sea por medio del peaje o de la contribución de mejoras. En el caso de la retribución por peaje, el contratista debe hacer entrega de la obra al Estado unas vez que el precio de ella quede cubierto por los usuarios, mientras que en el supuesto de la contribución de mejoras tal entrega tiene efecto una vez concluida la ejecución de la obra.

La concesión de obra pública concluye, normalmente, por la expiración del plazo por el cual fue otorgada y, además, por las otras formas de conclusión anormal de los contratos administrativos, que sean aplicables. También puede concluir por el rescate de la concesión, fundada en razones de interés público, y que dará lugar a la íntegra indemnización del concesionario, privado de la concesión, por causas a las cuales ha sido extraño y que no le son imputables.

En la actualidad, la ley 17.520, con las modificaciones introducidas por la ley 23.696 (denominada de reforma del Estado), complementaria de la ley 13.064 (de obras públicas) si bien no constituye un régimen orgánico del contrato de concesión de obra pública regula lo relativo a esta clase de concesión mediante el cobro de peaje. El artículo 1º de la ley 17.520 autorizaba, en su versión original, al Poder Ejecutivo a otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje conforme a los procedimientos por ella fijados. La citada ley introdujo una modificación importante al incorporar, como párrafo segundo del artículo 1º, la aclaración de que podrán otorgarse concesiones de obra para explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. A esos efectos, determina el párrafo aclaratorio, se debe tener en cuenta la ecuación económico financiera de cada emprendimiento, la que se debe estructurar en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario. La misma cláusula consigna que la tarifa de peaje debe compensar la ejecución, modificación o ampliación de los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva y, finalmente, aclara que no se considerará subvencionada la concesión por el solo hecho de otorgarse sobre una obra ya existente.

De acuerdo con lo dispuesto por la ley 17.520 la concesión puede asumir una modalidad onerosa (imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus

beneficios a favor del Estado), gratuita o subvencionada por el Estado (con una entrega inicial durante la construcción o con entregas en el período de la explotación reintegrables o no por el Estado), para cuya determinación se debe considerar que el nivel medio de tarifas no exceda el valor económico medio del servicio ofrecido y, asimismo, la rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y explotación. La opción por la modalidad gratuita o subvencionada exige precisar las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado cuando los ingresos resulten superiores a los previstos (artículo 2 y 3).

La norma en comentario también prevé que, en todos los casos, el contrato de concesión debe definir el objeto de la concesión; su modalidad; el plazo; las bases tarifarias y procedimientos para la fijación y reajuste del régimen de tarifas; la composición y las facultades de la representación o delegación estatal en el ente concesionario; la indicación de utilizar recursos del crédito para financiar las obras; las garantías a acordar por el Estado; los alcances de la desgravación impositiva, si la hubiere; el procedimiento de control contable y de fiscalización de los trabajos técnicos; las obligaciones recíprocas al término de la concesión; las causales y las bases de valuación para el supuesto de rescisión (artículo 7º). Este artículo contempla, asimismo, disposiciones relativas a las inversiones financiadas con créditos a obtener por el Estado o por el concesionario con garantía de éste.

5. El contrato de función o empleo públicos

5.1 Noción conceptual

Si la administración pública cumple una actividad concreta y continuada, de carácter subordinado, es natural que para ella se prevea la existencia de una organización, lo más adecuada que sea posible al cometido que debe llevarse a cabo, que se traduce en la existencia de diferentes órganos y entes, de distinto nivel, a los cuales se les asigna determinada competencia y ciertos poderes y facultades.

Esos órganos y entes son personas de existencia ideal, que no pueden actuar y desenvolverse por sí mismos, sino que requieren la presencia de personas físicas, por medio de las cuales llevan a cabo la actividad que les corresponde.

Surge, de ese modo, el concepto y la relación de "función pública".

Hemos de considerar ahora las relaciones de función o empleo públicos que tienen carácter y naturaleza contractual. Esa relación de función o empleo públicos "es la que se establece cuando una persona es investida por la administración pública, conforme a los procedimientos o modalidades legales que correspondan, para el desempeño de una función o empleo públicos, que acepta cumplir voluntariamente, con cierta permanencia, y por lo general en forma remunerada".

5.2 Naturaleza jurídica de la relación de función o empleo públicos

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la relación de función o empleo público, tal como lo hemos delimitado y definido en el parágrafo anterior?

La discusión doctrinal formada en torno de esta cuestión es una de las más interesantes del derecho administrativo, tanto por la calidad de los argumentos esgrimidos, como porque contribuye a demostrar que las dificultades, en temas de esta índole, deben solucionarse sobre la base de elementos y conceptos del derecho administrativo, consustanciados con la realidad que se trata de explicar.

La primera posición adoptada para explicar la naturaleza jurídica de la relación de que ahora se trata fue, histórica y jurídicamente, la que pretende demostrar que se trata de una relación contractual del derecho privado, es decir, según las distintas variantes aceptadas, como un mandato civil, o un contrato de locación de servicios o de obra, como una gestión de negocios o un contrato de precario, etc.

Estas posiciones fueron al fin desechadas, fundándose principalmente en la notoria desigualdad de posición de las partes que concurrían a ese supuesto contrato de derecho común, apareciendo teorías que explican la naturaleza jurídica de las relaciones de función o empleo público, recurriendo a concepciones propias del derecho público, las cuales pueden resumirse en tres: *a*) la adoptada por quienes sostienen que se está, en el caso, frente a un acto unilateral del Estado; *b*) la adoptada por aquellos que entienden que se está frente a un acto jurídico bilateral, que da nacimiento a una situación estatutaria; y *c*) la de quienes, con más fundamento, pretenden que existe un contrato de derecho público o, más concretamente, un contrato administrativo, propiamente dicho.

La teoría del acto unilateral puede considerarse hoy como definitivamente superada, no sólo porque en el moderno Estado de derecho no puede aceptarse la existencia de una relación que únicamente admita derechos en favor del Estado, e imponga obligaciones y deberes respecto del funcionario y del empleado público, sino, además y principalmente, porque la relación de que se trata no surge realmente de la voluntad exclusiva de la administración pública, ni tampoco de la ley ni del reglamento, sino que el consentimiento del administrado que habrá de desempeñarse en la función o empleo públicos constituye un elemento esencial, y, por tanto, indispensable, para que esa relación se constituya.

La teoría del acto jurídico bilateral, que da nacimiento a una situación estatutaria, por su parte, presenta también defectos, que la hacen inaceptable.

En efecto, la relación de función o empleo públicos no corresponde ni procede que sea escindida, como lo pretende esta teoría, separando, por un lado, el acto de nombramiento y la aceptación del nombrado, y por el otro el complejo de normas legales y reglamentarias que conforman el "estatuto" que le es aplicable. Al contrario, tal relación aparece como una figura homogénea, como una unidad, que no admite una división que se revela como artificial y desvinculada de la noción de función o empleo públicos.

Además, no se puede sostener que, en la emergencia, sólo exista un acto jurídico bilateral, y no un contrato, ya que la relación establecida excede el ámbito del mero acto jurídico bilateral, que fija o determina las relaciones de las partes que lo formalizan, sin que éstas mantengan trato alguno en el futuro, para penetrar claramente en el campo del contrato, que tiende, justamente, a reglar, además, las relaciones ulteriores o futuras de los contratantes.

La relación de función o empleo públicos, en consecuencia, es algo más que un simple acto jurídico bilateral, y, por ello, es prevaleciente la posición de quienes sostienen que constituye un contrato administrativo propiamente dicho.

La teoría del contrato administrativo es la que mejor explica la naturaleza jurídica de la relación de función o empleo públicos, considerando sus elementos intrínsecos, sus modalidades y sus caracteres específicos, y lo hace aplicando simplemente los principios y condiciones propios de toda relación contractual administrativa, coincidiendo con una praxis administrativa que se impone cada vez con más fuerza.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de alguna aproximación, en la que comparó la situación del empleado público con la generada por un contrato de adhesión[29], desde hace ya tiempo (en "Cadorini"[30] no titubeó en considerarla como un "contrato de empleo público") se inscribió en la tesis contractual administrativa[31].

5.3 Caracteres del contrato de función o empleo públicos

El contrato administrativo de función o empleo públicos se ofrece a la consideración doctrinal, con los siguientes caracteres:

Por las partes que se obligan, es un contrato bilateral o sinalagmático, pues las partes que lo celebran –la administración pública y el particular que habrá de desempeñar la función o el empleo- se obligan recíprocamente la una hacia la otra, con derechos y obligaciones que resultan del mismo contrato o que son aplicables en virtud de éste, aun cuando estén fijadas en un estatuto o reglamento preexistente.

Por la relación que existe entre las prestaciones, es un contrato a título oneroso, ya que las ventajas que reporta a una de las partes le son otorgadas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte hace o se obliga a hacer a la otra.

Por el momento en que queda concluido, el contrato de función o empleo públicos es un contrato consensual, que sólo exige que las partes manifiesten su consentimiento, sin que tenga que depender de ninguna otra circunstancia o condición, sin que ciertos requisitos formales que a veces suelen acompañar o seguir a su celebración lleguen a alterar ese carácter.

Por su calificación o no por la ley, se trata de un contrato nominado, ya que se le ha atribuido una denominación, coincidente en la legislación y en la doctrina administrativa, regulándoselo, además, con suficiente previsión, de modo que queda claramente configurado.

Por la circunstancia de que las prestaciones sean o no ciertas y puedan ser objeto de apreciación, aparece como un contrato conmutativo, en el cual todas las obligaciones y prestaciones son ciertas y pueden ser objeto de una determinación, no dependiendo ésta de acontecimiento incierto alguno, y no influyendo el *jus variandi* que conserva la administración, en esa calificación.

Por la duración del cumplimiento de las prestaciones convenidas, el contrato de función o empleo públicos es un contrato de ejecución sucesiva, ya que en él las prestaciones se llevan a cabo de manera continuada, conforme a lo establecido al celebrarlo.

Es, finalmente, un contrato principal, que no depende de la existencia de ningún otro contrato, y un contrato simple, ya que constituye una figura perfectamente diferenciada de las demás figuras contractuales administrativas y concretamente definida.

---

[29] CSJN, 1925, "Fisco Nacional y Milciades Virasoro c/ Soc. Monte Dinero Sheep Ferming Company Ltda.", Fallos: 144:111

[30] CSJN, 1966, "Cadorini, Roberto Antonio", Fallos: 166:19.

[31] CSJN, 26/06/1989, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García", Fallos: 312:1082; CSJN, 02/06/2000, "Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional", Fallos: 323:1566.

En consecuencia, los caracteres propios del contrato que ahora nos ocupa lo señalan como un contrato administrativo bilateral o sinalagmático a título oneroso, conmutativo, consensual, nominado, principal, de ejecución sucesiva, y simple.

Se ha discutido si se trata o no de un contrato que se celebre *intuitu personae*, partiendo del hecho de que el cocontratante particular es seleccionado teniendo en cuenta determinadas condiciones de idoneidad moral, técnica, y aun económica, necesarias para su mejor desempeño en la función o en el empleo en que se lo nombrará.

Debe prevalecer el criterio de que el contrato de función o empleo público no es un contrato *intuitu personae*, no tanto porque tales condiciones no tienen por qué ser excepcionales, privativas de una persona singular, sino principalmente porque esas notas de idoneidad se valoran en forma objetiva, y no en forma subjetiva, de modo que cualquier persona que reúna esos requisitos y condiciones, puede ser nombrada para el respectivo cargo (Marienhoff).

5.4 Elementos del contrato

5.4.1 Sujetos

Siendo el de función o empleo públicos, como ya lo hemos dicho, un contrato administrativo, es natural que en él una de las partes sea siempre, necesariamente, la administración pública, o más correctamente, uno de sus órganos, actuando en cumplimiento de una función administrativa.

La otra parte será, en todos los casos, una persona particular. Pero en este aspecto, deben tenerse en cuenta dos singularidades, que son propias del contrato de función o empleo públicos. En efecto, el cocontratante particular, en este contrato, debe ser inexcusablemente una persona física, quedando excluida, por tanto, la posibilidad de que sea sujeto particular una persona jurídica. Consecuentemente, tampoco puede ser cocontratante particular otro órgano administrativo, lo que significa que este contrato nunca puede ser un contrato interadministrativo.

5.4.2 Competencia y capacidad

Son de aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos al respecto en la parte correspondiente del capítulo anterior.

En el contrato administrativo de función o empleo públicos suele exigirse al cocontratante particular la posesión de un cúmulo de condiciones y requisitos atinentes, especialmente, a su idoneidad para el desempeño de las tareas que habrá de cumplir.

Tales condiciones y requisitos no se refieren, en realidad, a la capacidad jurídica del sujeto particular, por lo cual habrán de considerarse al exponer todo lo atinente a la formación del contrato que nos ocupa, y en especial cuando se trate la cuestión de quienes pueden mantener tal relación contractual con la administración pública.

5.4.3 Consentimiento

Los principios generales al respecto, han sido expuestos en la parte correspondiente del capítulo precedente.

Ciertas relaciones de función pública, por expreso mandato constitucional, exigen que para formalizarlas deba concretarse previamente con un requisito que es esencial: el acuerdo del Senado.

Así, resulta, por ejemplo, del art. 86, inc. 10, de la Constitución nacional (en la actualidad 99, inciso 7), en cuanto dispone que corresponde al presidente de la nación el nombramiento de los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios "con acuerdo del Senado", o del art. 86, inc. 16, de la misma carta fundamental (en la actualidad 99, inciso 13), que establece que provee a los empleos militares de las jerarquías correspondientes a oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, también "con acuerdo del Senado".

Ese acuerdo, siendo un acto de sustancia administrativa, aparece como un verdadero acto de autorización, que habilita al Poder Ejecutivo para el ejercicio de un poder jurídico que le es propio, puesto que la atribución de nombrar y remover es una competencia exclusiva de ese Poder, sujeta en la emergencia a un recaudo o control relativo a su validez.

Si el acuerdo del Senado se reconoce como un acto administrativo de autorización, va de suyo que el acto de nombramiento no existe antes de que la autorización se preste, existiendo hasta entonces sólo meras propuestas. Por otro lado, la autorización no crea la prerrogativa, sino que permite su ejercicio, lo que implica reconocer un poder que ya existía en quien, una vez autorizado, va a ejercerlo.

5.4.4 Objeto

El objeto del contrato de función o empleo públicos no es otro que el de lograr, por la vía de un acuerdo voluntario, la ejecución, por una persona física, de las prestaciones que son propias del ejercicio de una función o empleo públicos, invistiéndola, al mismo tiempo, de los poderes que son inherentes a ese ejercicio e imponiéndole las obligaciones que él exige, todo ello conforme a un régimen de índole estatutaria, cuya aplicación a aquella persona viene impuesta por la misma relación contractual establecida.

5.4.5 Causa

Ver lo expuesto, sobre esta materia, en la parte correspondiente del capítulo anterior.

5.4.6 Finalidad

Ver lo expuesto, sobre esta materia, en la parte correspondiente del capítulo

anterior.

5.4.7 Forma

Sin perjuicio de ser aplicables, al respecto, los principios generales expuestos en la parte correspondiente del capítulo precedente, se debe tener presente que el contrato administrativo de función o empleo públicos no escapa a la regla general de estar sujeto, en el común de los casos, a la forma escrita, siguiendo el ritual establecido por las reglamentaciones y regulaciones legales que le sean aplicables.

La expresión de voluntad de la administración pública, que se evidencia en el nombramiento o designación, aparece siempre como un acto escrito. La expresión de la voluntad de la persona física nombrada, aceptando la designación, en muchos casos se manifiesta, también, bajo la forma escrita, pero puede ser, igualmente, tácita, tal como ocurre cuando resulta de un acto material determinado, es decir, del ejercicio de la función o del empleo de que se trate, y el sometimiento a los requisitos que son propios de tal ejercicio.

5.5 Formación del contrato

Si todo lo atinente a la formación y expresión de la voluntad de las partes, tal como ha sido expuesto en la parte correspondiente del capítulo anterior, tiene cabida en el contrato de función o empleo públicos, los sistemas de contratación –ya sea el de libre elección o los de restricción- no siempre resultan aplicables, tal como se los conoce en los restantes contratos administrativos.

Es así como la licitación, ya sea pública, privada o restringida, no tiene cabida, mientras que otras formas, como ocurre con el concurso, sufren modificaciones y se presentan con modalidades que sólo aparecen en este contrato.

Ciertas formas de ingreso a la función o empleo públicos, que en su momento fueron tenidas como válidas, -la herencia, la compraventa o el arriendo- tienen hoy para nosotros un valor puramente histórico y anecdótico.

Entre otras formas de ingreso, con mayor o menor vigencia en la actualidad, según los casos, cabe citar las siguientes: *a*) el sorteo, sistema prácticamente en desuso, y que libra al azar el ejercicio de cargos, a veces difíciles, y que no se ciñe a las exigencias de capacidad, celo y moral que en cada caso se requieran; *b*) la elección, que consiste en la determinación de la persona que habrá de desempeñarse en una función o en un empleo, mediante la expresión de la voluntad de un grupo de personas, corrientemente denominado "cuerpo electoral"; *c*) la accesión, que se produce cuando un funcionario, por razón de su cargo, integra automáticamente otro u otros, y que no constituye, en verdad, de un modo de ingreso a la función pública, sino un procedimiento de acceso a determinados cargos públicos; *d*) el concurso, que es un procedimiento, integrado por diferentes actos y hechos administrativos, por medio del cual se selecciona, entre varios candidatos que reúnen una idoneidad básica general, a los más capaces para desempeñar los cargos de que se trate, los cuales acceden al desempeño de ellos por la vía del nombramiento; y *e*) el contrato *administrativo ad hoc* o especial, que tiene lugar cuando se incorporan a la administración determinadas

personas en cargos que exigen una idoneidad muy particular, y que imponen rodearlos de garantías y condiciones especiales, distintas de las del común de los funcionarios y empleados de similares categorías.

Pero es indudable que el sistema más común y corriente de ingreso a la función o empleo públicos es el de nombramiento, esté o no precedido por alguno de los procedimientos de selección o reclutamiento a que ya nos hemos referido, y que consiste en la designación efectuada en forma directa por la autoridad administrativa que tenga competencia para ello, de la persona que habrá de desempeñarse en la función o en el empleo públicos, y que deberá prestar para ello, a su vez, su propio consentimiento.

El ingreso a la función o empleo públicos está dominado, en el nuestro y en otros países de organización semejante, por el principio de igual admisibilidad a los cargos públicos, que reconoce antecedentes muy antiguos –como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789- y aparece en el art. 16 de nuestra Constitución nacional, que lo consagra en términos muy concretos, al prever que todos los habitantes de la Nación "son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos, sin otra condición que la idoneidad".

El acto de nombramiento constituye un acto administrativo, siendo, por tanto, una declaración unilateral de voluntad de la administración, que está destinada a producir efectos subjetivos.

La atribución de nombrar, y consiguientemente la de remover a los agentes públicos, puede constituir una actividad reglada de la administración, regulada por la ley o por decretos u ordenanzas especiales, o también una actividad discrecional, cuando tales regulaciones no existen, no pudiendo nunca llegar a constituirse, como es obvio, en arbitraria.

Si bien el nombramiento puede tener carácter efectivo inmediatamente, lo común es que sea otorgado "a prueba", es decir, por un período de prueba, que debe ser razonable y nunca excesivo.

Pero conviene insistir en que el nombramiento, por sí solo, no basta para establecer la relación contractual de función o empleo públicos, sino que es menester que se produzca, en forma expresa o tácita, la "aceptación" del nombramiento por la persona designada, sin la cual aquél no tiene ni produce efectos jurídicos, no pasando de ser una mera oferta.

Es a partir de entonces, precisamente, que el agente público adquiere su *status* de funcionario o empleado, compuesto por una serie de prerrogativas, derechos y obligaciones, que constituyen los llamados "derechos del empleo".

La atribución de nombrar está constitucionalmente limitada por una condición, que es la de que el agente debe reunir las condiciones de idoneidad exigidas para ser nombrado en la función o empleo respectivo. Ahora bien: ¿en qué consiste la idoneidad? ¿Qué requisitos o recaudos comprende? ¿Cómo se acredita?

El concepto de idoneidad no es simple, sino al contrario, complejo, ya que lo integran diversos valores, que tienen en mira distintas circunstancias propias del ejercicio de la función o del empleo públicos, y que se convierten, de ese modo, en otros tantos requisitos a exigirse al futuro agente público.

Esas condiciones de idoneidad nunca se presumen, sino que deben ser acreditadas conforme a lo que al respecto dispongan las normas que sean aplicables.

Las condiciones o requisitos de idoneidad pueden ser: generales o uniformes, exigibles en todos o en la mayoría de los cargos públicos; generales, pero con conexión directa con el cargo; y propias y exclusivas, que son las exigidas solamente para ciertas funciones o empleos.

La verificación de la idoneidad, que debe ser efectuada por la autoridad administrativa a la cual corresponde hacer la designación, constituye una facultad que no puede ser sino discrecional, salvo cuando se trate de condiciones que pueden ser indubitablemente establecidas, como la nacionalidad, la edad, etc.

La exigencia de la idoneidad reviste una entidad tan importante para la relación de función o empleo públicos, que ha llegado a ser impuesta, incluso, bajo la sanción de normas penales, tal como ocurre con el art. 253 del Código Penal, en su redacción actual.

Entre los requisitos o condiciones relativos a la idoneidad de los agentes públicos, deben considerarse los siguientes: 1) la aptitud técnica; 2) la aptitud moral; 3) la aptitud física y mental; 4) la nacionalidad; 5) la edad; 6) las creencias religiosas; 7) las creencias políticas; y 8) el cumplimiento de las obligaciones cívico-militares; todos ellos fijados y considerados dentro del marco de los grandes principios establecidos por nuestra Constitución nacional y con arreglo a las reales y efectivas exigencias de los cargos públicos que deban ser cubiertos, fundados en la ley, en sentido formal, o establecidos por los ordenamientos dictados en su directa consecuencia.

La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (LMREP) dispone en su artículo 4º que el ingreso a la Administración Pública Nacional estará sujeto a la previa acreditación de las siguientes condiciones: ser argentino nativo, por opción o naturalizado, salvo excepción autorizada por el Jefe de Gabinete de Ministros mediante fundamentación precisa y circunstanciada de la jurisdicción solicitante; condiciones de conducta e idoneidad para el cargo, que se acreditará mediante los regímenes de selección que se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso a la función pública, pudiendo el convenio colectivo de trabajo prever los mecanismos de participación y de control de las asociaciones sindicales en el cumplimiento de los criterios de selección y evaluación a fin de garantizar la efectiva igualdad de oportunidades; aptitud psicofísica para el cargo. La ley citada establece, asimismo, en su artículo 5º, que no podrán ingresar: el que haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena; el condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal; el que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados precedentemente; el inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos; el sancionado con exoneración o cesantía en la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, mientras no sea rehabilitado; el que tenga la edad prevista en la ley previsional para acceder al beneficio de la jubilación o el que gozare de un beneficio previsional, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, las que no podrán ser incorporadas al régimen de estabilidad; el que se encuentre en infracción a las leyes electorales y del servicio militar, en el supuesto del artículo 19 de la Ley 24.429; el deudor moroso del Fisco Nacional mientras se encuentre en esa situación; los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y el Título X del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por el indulto o la condonación de la pena.

5.6 Ejecución del contrato

La ejecución del contrato administrativo de función o empleo públicos presenta particularidades propias, tanto respecto de los derechos y obligaciones de la administración, como en cuanto a los que corresponden a los agentes públicos.

Especial importancia tiene, en este sentido, la existencia de los llamados "estatutos" de los funcionarios y empleados públicos, o "estatuto del personal de la

administración pública", cuyo conjunto puede integrarse con un solo o varios cuerpos normativos, interrelacionados entre sí, en una forma coherente y homogénea.

Sean cuales fueren sus previsiones, el propósito de todo estatuto de los funcionarios públicos no puede ser otro que el de juridizar las relaciones entre la administración pública y sus agentes, sometiéndolas a normas ciertas, claras y permanentes y, al mismo tiempo, lograr la mayor eficiencia de la administración pública y la mejor atención de todos los servicios que ésta presta.

Dentro de esa tónica, es específico de los estatutos de esa clase, fijar las normas para las siguientes cuestiones: el ingreso a los cuadros de la administración; los deberes que corresponden al estado del agente, y las prohibiciones que le son impuestas; los derechos que se le reconocen; las normas que reglan su carrera; las incompatibilidades; el régimen disciplinario; la defensa y los recursos contra los actos que nieguen o desconozcan tales derechos; y los derechos sociales.

En cuanto a la autoridad o autoridades que pueden sancionar esos estatutos, debe lograrse un equilibrio adecuado entre lo que podríamos llamar el régimen estatutario-legal, competencia del Poder Legislativo, que resulta directamente del mandato constitucional y que trata las grandes líneas y los grandes principios que orientan, en este aspecto, el mejor funcionamiento de la administración pública, y el régimen estatutario-reglamentario, competencia del Poder Ejecutivo, que adecua aquellos principios y lineamientos a la realidad y a las necesidades de esa administración pública, arbitrando todo lo necesario para ponerlos en ejecución y llevarlos a la práctica, actuando de ese modo cada uno de esos Poderes en la zona de reserva que le es propia.

En el orden nacional se ha seguido este criterio, al sancionarse por la ley 22.140, el "Régimen Jurídico Básico de la Función Pública", defiriéndose al Poder Ejecutivo el dictado de los reglamentos necesarios para poner en marcha y funcionamiento tal régimen.

En la actualidad rige la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (LMREP), la cual, a lo largo de diez capítulos establece los principios generales a los que se somete la relación de empleo público. Los capítulos son los siguientes: I (Marco normativo y autoridad de aplicación); II (Requisitos para el ingreso); III (Naturaleza de la relación de empleo público); IV (Derechos); V (Deberes); VI (Sistema Nacional de la Profesión Administrativa); VII (Régimen Disciplinario); VIII (Recurso Judicial); IX (Causales de egreso); X (Del fondo permanente de capacitación y recalificación laboral).

El artículo 1º de la ley citada determina que los principios que ella sienta deben ser respetados en las negociaciones colectivas que se celebren con arreglo a la ley 24.185 y prescribe, asimismo, que los derechos y garantías acordados a los trabajadores que integran el servicio civil de la Nación constituirán mínimos indispensables que no pueden ser desplazados en perjuicio de éstos en tales negociaciones. Cabe consignar que la ley 25.164 está reglamentada por el Decreto 1421/02 y se debe tener en cuenta el Decreto 66/99 que homologó el Convenio Colectivo del Trabajo General para la Administración Pública Nacional. Asimismo, no puede soslayarse, en este último aspecto, que la ley 24.185, antes citada, fija el régimen para las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados. Según esta norma la negociación colectiva por ella regulada puede comprender todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo público, de contenido salarial o de condiciones de trabajo, con excepción de la estructura orgánica de la Administración Pública; las facultades de dirección del Estado y el principio de idoneidad como base del ingreso y de la promoción en la carrera administrativa. Las tratativas salariales o las referidas a las condiciones económicas de la prestación laboral, se deben sujetar a las normas y pautas de la ley de presupuesto (artículo 8º).

La LMREP regula los deberes y derechos del personal que integra el Servicio Civil de la Nación, el que está constituido por las personas que habiendo sido designadas conforme lo previsto en ella, prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados.

Quedan exceptuados de lo establecido en el párrafo anterior los funcionarios políticos (Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros, Secretario General de la Presidencia de la Nación, Secretarios, Subsecretarios, el Jefe de la Casa Militar, las máximas autoridades de organismos descentralizados e instituciones de la Seguridad Social y los miembros integrantes de los cuerpos colegiados; las personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados en el inciso precedente); el personal militar de las fuerzas armadas en actividad o retirado que prestare servicios militares; el de las fuerzas de seguridad y policiales en actividad o retirado que prestare servicios por convocatoria; el personal diplomático en actividad comprendido en la Ley del Servicio Exterior de la Nación; el personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo; el clero. Al personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo, se le aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo. En ese supuesto y cuando se trate de personal comprendido en las convenciones colectivas de trabajo, las partes, de común acuerdo, podrán insertarse en el régimen de empleo público, a través de la firma de convenios colectivos de trabajo.

Dispone la LMREP que el personal podrá revistar en el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones, o como personal de gabinete de las autoridades superiores; respecto del personal designado con carácter *ad honorem* su situación queda sujeta a la reglamentación que apruebe el Poder Ejecutivo (artículo 7º). El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto (artículo 8º, primer párrafo); el régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente (artículo 9º, primer párrafo); el régimen de prestación de servicios del personal de gabinete de las autoridades superiores solamente comprende funciones de asesoramiento, o de asistencia administrativa; este personal cesará en sus funciones simultáneamente con la autoridad cuyo gabinete integra y su designación podrá ser cancelada en cualquier momento (artículo 10º).

5.6.1 Continuidad en la ejecución

En el contrato de función o empleo públicos, la continuidad en su ejecución, propia de todo contrato administrativo, aparece impuesta con caracteres muy nítidos, por el hecho de que siendo la actividad administrativa continuada, y estando su cumplimiento a cargo, justamente, de los agentes públicos, no puede ser trabada ni demorada, sino por la decisión, debidamente fundada, de las propias autoridades administrativas.

5.6.2 Dirección y control

Los poderes de dirección y control de la administración pública adquieren en el contrato administrativo de función o empleo públicos particularidades muy especiales, sobre todo por la forma como se ejercen y las consecuencias que de su ejercicio se derivan.

El conjunto de los agentes públicos se halla organizado y ordenado, para su mejor desempeño, sobre la base de la existencia de un concepto que no sólo es orgánico, sino también funcional y dinámico –la jerarquía- cuya importancia se hace evidente en cuanto se advierte que los agentes públicos, aun cuando ligados con la administración por un contrato individualmente concertado, deben actuar en una estrecha relación, y como un conjunto homogéneo.

Existe, así, una verdadera escala jerárquica entre los funcionarios y empleados públicos, normativamente establecida, que da lugar a la aparición de un poder

jerárquico, en virtud del cual un agente público se puede ver sometido al poder de otro, en cuanto se refiere a su desempeño y a su obligación de participar y cooperar en el logro de las finalidades propias de la administración pública.

Ese poder jerárquico consiste en la atribución del superior de impartir órdenes a sus subordinados, ejercer su vigilancia y control permanente, y además en la posibilidad de delegar determinadas atribuciones, si tal delegación estuviere normativamente admitida. Implica, asimismo, la potestad del inferior de examinar los actos y decisiones de sus subordinados, a fin de verificar su legalidad y su oportunidad, pudiendo modificarlos o revocarlos, cuando lo considere conveniente o procedente, salvo que esta facultad les esté expresamente vedada.

El poder jerárquico no es absoluto, sino que reconoce los límites que resultan de la específica competencia del agente que lo ejerce.

Impone al subordinado un deber sin el cual aquel orden jerárquico no podría existir, y sin el cual las potestades de dirección y control de la administración no podrían ejercerse: el deber de obediencia, que es la obligación que tiene todo agente público, sea cual fuere su jerarquía, de cumplir las órdenes que les imparten sus superiores, dentro de los límites de su competencia.

Pero el deber de obediencia no es ni puede ser ilimitado, ya que una obediencia así concebida sería inaceptable, dentro de nuestro ordenamiento jurídico fundamental, pues transformaría a los agentes públicos en meros instrumentos de la voluntad ajena.

Aparece, de tal modo, la controvertida y espinosa cuestión de precisar cuáles son los límites del deber de obediencia, y, especialmente, la que se refiere a las facultades del subordinado para examinar las órdenes que recibe, a fin de determinar si debe cumplirlas o no, usando de lo que se ha llamado, no con toda propiedad, el "derecho a la desobediencia".

Tres teorías o criterios se han estructurado para llegar a fijar los contornos del derecho al examen de las órdenes del superior: 1) la teoría de la reiteración, según la cual el agente que recibe una orden de su superior tiene la posibilidad de examinarla, y si, a su juicio, dicha orden es ilegal, debe hacérselo notar a aquél, formulando la observación que corresponda; si el superior reitera la orden, el agente queda obligado a su cumplimiento, pero con la salvedad de que su responsabilidad por ese cumplimiento desaparece, siendo exclusivamente asumida por el superior; 2) la teoría de la legalidad formal o extrínseca, según la cual el agente público que recibe una orden sólo puede examinar si esa orden procede de una autoridad competente para impartirla, si el acto que debe cumplir al ejecutarla entra dentro de su propia competencia y si la orden ha sido emitida en la forma que corresponde. Si la respuesta a estos tres interrogantes es afirmativa, el deber de obediencia aparece en toda su plenitud, y el agente debe cumplir la orden inexcusablemente; 3) la teoría de la legalidad formal y material, según la cual los agentes públicos tienen la posibilidad de examinar las órdenes que reciben no sólo en cuanto a los aspectos comprendidos en la teoría de la legalidad formal, sino que deben extenderlo, además, a su contenido mismo, de modo que si aparece en forma manifiesta la ilegalidad de ese contenido, deben abstenerse de cumplirlas, so pena de ser personalmente responsables por su ejecución. Esta posición es la que prevalece, con mayores o menores variantes, en la doctrina actual.

El artículo 23, inciso e), de la LMREP requiere de los agentes obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de

actos del servicio compatibles con su función.

5.6.3 Mutabilidad

El principio de mutabilidad, propio de todos los contratos administrativos, tiene plena vigencia en el de función o empleo públicos, y es en su virtud que la administración pública, usando de la potestad que le es inherente, puede llegar a introducir modificaciones que alteren las prestaciones originarias comprometidas por el cocontratante particular, la índole de ellas y las condiciones generales del contrato, siempre dentro de los límites comunes fijados a esta potestad, que hemos tratado en el capítulo anterior.

Las modificaciones que razonablemente deban introducirse en la relación contractual, que se refieren por lo general, al incremento cuantitativo de las prestaciones, a la imposición de prestaciones extraordinarias, o a la alteración del lugar en que habitualmente se cumplen, deben ser siempre dispuestas por la autoridad administrativa que tenga competencia específica para ello.

Las condiciones que resultan de situaciones estatutarias preexistentes también pueden ser modificadas, sin que valgan, en ese sentido, pretendidos derechos de los agentes públicos a una inmutabilidad que sería totalmente contraproducente, pero deberá tenerse en cuenta que para que ello ocurra es preciso que se produzca, previamente, la modificación de aquél régimen estatutario, mediante la sanción de la ley formal o material que para ese fin sea necesario. Los derechos que los agentes públicos hayan adquirido irrevocablemente, en virtud de las condiciones que prevalecían antes de la modificación, como es obvio, se mantendrán y no podrán ser alterados.

Las modificaciones del contrato deben ser razonables y fundadas, y nunca arbitrarias, debiendo respetarse la sustancia de cada relación contractual, y conservarse el equilibrio económico-financiero tenido en cuenta al contratarse.

La Corte Suprema después de puntualizar que no es propio de la normas que fijan las tareas de los agentes públicos caracterizar exhaustivamente todas y cada una de ellas, ha señalado que es de la esencia de la relación de empleo público la potestad del empleador de variar las funciones encomendadas en razón de la concreta necesidad del servicio, siempre que tales modificaciones sean impuestas de modo razonable y no signifiquen la asignación de tareas impropias de la posición escalafonaria que corresponde al agente[32].

Las desviaciones de poder en que en esta materia incurra la administración pública, darán lugar a que se planteen los recursos administrativos y las acciones contenciosoadministrativas a que haya lugar, conforme al ordenamiento vigente.

5.6.4 Potestad rescisoria

El ejercicio de la potestad rescisoria que es propia de la administración en los contratos administrativos, adquiere en el contrato de función o empleo públicos particularidades muy especiales, derivadas del principio de la estabilidad de los agentes

[32] CSJN, 20/10/1992, "SADE SACCIFIM. c/ Municipalidad de Córdoba", Fallos: 315:2561; CSJN, 05/04/1995, "Cooperativa de Vivienda La Naval Argentina c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro", Fallos: 318:500.

públicos, constitucionalmente establecido. Consideramos más conveniente tratar este tema, al hablar de los modos de conclusión de este contrato, lugar al cual nos remitimos.

5.6.5 Potestad sancionatoria

Si la administración pública tiene potestad de dirigir y controlar a sus agentes, es natural que mantenga, asimismo, una potestad sancionatoria amplia, que aparece con caracteres específicos y que resulta, en su regulación normativa, de cuerpos reglamentarios que integran la situación estatutaria que viene a componer la relación contractual. Esa potestad se hace efectiva mediante la imposición de determinadas sanciones, que se aplican en virtud de un poder disciplinario que el superior ejerce respecto del inferior. Ese poder disciplinario es el que incumbe a las autoridades superiores de la administración para impedir, mediante la imposición de aquellas sanciones, el posible quebrantamiento, por los agentes públicos inferiores, de los deberes y obligaciones que éstos deben observar.

Las acciones de los agentes públicos, que constituyen trasgresión a esos deberes y obligaciones, y dan lugar a su responsabilidad disciplinaria, constituyen lo que en este régimen particular se denomina "faltas al servicio" o, simplemente, "faltas disciplinarias", las cuales no sólo pueden resultar del ejercicio de la función o del empleo, en sí mismos, sino también de actos de la vida privada de aquellos, en cuanto puedan influir en ese ejercicio y constituirse, por ende, en violación de algunos de los deberes generales o especiales que le son impuestos.

Falta disciplinaria es, en consecuencia, todo acto u omisión del funcionario o empleado público, intencional o culposo, que viola los deberes funcionales que aquéllos deben observar y cumplir.

La mayor parte de la doctrina ha señalado, como aspectos y condiciones propios del régimen disciplinario común en la relación de función o empleo públicos, los siguientes: 1) la ausencia de norma expresa que establezca la sanción a imponerse, no significa que la falta no pueda sancionarse; 2) los principios "*nullum crimen sine lege*" y "*nulla poena sine lege*" no tienen, en materia disciplinaria, la rigidez con que se explican en el derecho penal sustantivo; 3) a falta de normas expresas que establezcan las sanciones que pueden aplicarse, la administración puede establecerlas libremente, pero ciñéndose a los principios generales del derecho; 4) la procedencia de la sanción disciplinaria, dada su índole y su ámbito de aplicación, es virtualmente admitida por el agente público, al aceptar su nombramiento o designación.

No obstante, es corriente la existencia de un verdadero régimen disciplinario, resultante de un cuerpo estatutario, en el cual se prevean las facultades de quién debe sancionar, la calificación de las faltas disciplinarias, la forma y la imposición de las sanciones, la determinación concreta de las sanciones que pueden aplicarse, los recursos y otros medios para su revisión, sus formas de extinción, etc.

Se ha señalado en doctrina que si las sanciones están previstas en la norma, no pueden imponerse más que ellas y, asimismo, que algunas (multa o arresto) sólo proceden si resultan de ley formal, sea porque se le asigne sustancia penal o porque se las considere comprendidas en la zona de reserva legal (Marienhoff-Comadira-Goane).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni el poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal y ha resuelto, por eso, que la regla

de la ley penal más benigna rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario y que, por lo mismo, la doctrina que condujo a la jurisprudencia de la Corte a proscribir la prescripción de la acción en materia sancionatoria disciplinaria, lleva a la interpretación estricta de los preceptos que la admiten[33].

Las sanciones disciplinarias que, en forma general, se contemplan en los ordenamientos vigentes, son las siguientes: *a*) el apercibimiento o amonestación, también denominado "llamado de atención"; *b*) la suspensión; *c*) postergación en el ascenso; *d*) la retrogradación de categoría; *e*) la cesantía y la exoneración, que son sanciones expulsivas.

El artículo 30 de la LMREP dispone que el personal puede ser objeto de las siguientes sanciones disciplinarias: apercibimiento; suspensión de hasta treinta (30) días; cesantía y exoneración.

Las sanciones disciplinarias pueden extinguirse por diversas causas, de las cuales cabe mencionar las siguientes: 1) cumplimiento de la sanción, con lo que ella se agota; 2) perdón o condonación de la sanción, dispuesta por la autoridad que la aplicó u otra superior; 3) revocación, por ilegitimidad de la sanción o de su aplicación; 4) muerte del infractor; 5) prescripción de sanción o de la acción respectiva; y 6) pago, cuando están admitidas las sanciones pecuniarias.

Las sanciones pueden ser recurridas por el afectado, tanto en sede administrativa como judicial, conforme a las normas que sean aplicables, las cuales pueden prever recursos especiales, o bien remitirse a las vías recursivas comunes.

El artículo 124 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto 467/99, prevé la posibilidad de que el sancionado y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (órgano del Ministerio Público Fiscal, dependiente de la Procuración General de la Nación, al que se le informa la iniciación de todo sumario administrativo para que si lo estima conveniente tome intervención como parte acusadora, sin perjuicio de su actuación como coadyuvante cuando lo solicite) interpongan recurso administrativo contra las decisiones finales en los casos que enuncia. Este recurso, que debe deducirse ante la Procuración del Tesoro de la Nación y debe ser resuelto por el titular de este organismo, es optativo respecto de las vías recursivas ordinarias contempladas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su Reglamento y su denegatoria agota la vía administrativa. La LMREP habilita, por su parte, a los agentes amparados por la estabilidad que ella regula, a impugnar las sanciones que se les impongan, por la vía administrativa común (Ley de Procedimientos y Reglamento) y, una vez agotada ésta, acudir a sede judicial o, a su a opción, a recurrir, directamente, por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o por ante la Cámara Federal con asiento en las provincias, según corresponda al domicilio del agente. Esta opción es excluyente e inhibe la utilización de cualquier otra vía o acción; y sólo se puede fundar en la ilegitimidad de la sanción, con expresa indicación de las normas presuntamente violadas o de los vicios que se atribuyen al sumario instruido (artículo 39).

Se ha discutido si el indulto y la amnistía constituyen formas de extinción de las sanciones disciplinarias. Respecto del indulto, debe señalarse que éste, como atribución conferida al presidente de la Nación por el art. 86, inc. 6, de la Constitución nacional (ahora artículo 99, inciso 5), está referido exclusivamente a las penas de delito, como el propio texto constitucional lo indica. Con relación a la amnistía, la situación es diferente, ya que la atribución del Congreso nacional para dictarla no tiene otro límite que el fijado por el art. 67, inc. 17, de la misma Constitución nacional (en la actualidad, 75, inciso 20), que es el de que sean generales.

La renuncia del agente ¿impide a la administración el ejercicio de su poder disciplinario? La respuesta no puede ser sino negativa, ya que de otro modo se llegaría a una situación contraria al derecho, existiendo esa imposibilidad sólo cuando la administración, conociendo el proceder irregular del agente público, deja de sancionarlo

[33] CSJN, 17/02/1987, "Pereiro de Buodo, María Mercedes c/ resolución 948 MAS", Fallos: 310:316, y sus citas.

y acepta su renuncia (Marienhoff).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que la subsistencia de la relación de empleo público y la correlativa situación de subordinación jerárquica constituyen presupuesto necesario para el ejercicio del poder de policía estatal, motivo por el cual corresponde considerar nulo el decreto del Poder Ejecutivo que dispuso, como sanción, dejar sin efecto el decreto de aceptación de renuncia y declarar la cesantía de quien, en virtud de aquel acto había dejado de pertenecer a la administración[34]. La Procuración del Tesoro de la Nación ha aceptado, por su lado, la posibilidad de proseguir un sumario administrativo, pese a la desvinculación del agente de la Administración Pública, en atención a que, en la hipótesis de acreditarse eventualmente la responsabilidad de éste, sería posible anotar en su legajo personal la sanción que le hubiere correspondido de haber permanecido en la función[35]. Es ésta una práctica frecuente en la Administración Pública.

5.6.6 Sanciones penales

Los funcionarios públicos, a más de incurrir en responsabilidad civil, disciplinaria y también política, pueden resultar pasibles de responsabilidad penal, lo que ocurre cuando cometen acciones o incurren en omisiones que constituyen delitos previstos en el Código Penal o en otras leyes especiales.

Se ha señalado en doctrina la vigencia, también en esta materia, del principio de la intervención penal mínima, en atención a que la repuesta penal es la última *ratio* para el control social y sólo admisible cuando es inevitable, aun cuando la existencia de la corrupción administrativa explica la fuerte demanda social actual por el castigo penal de las prácticas corruptas (Canda).

5.7 Derechos y obligaciones de la administración pública

5.7.1 A exigir la debida ejecución

El agente público tiene la obligación, y la administración pública tiene el derecho de exigir el debido y regular cumplimiento de todas las obligaciones que a aquél le han sido impuestas y resultan de las condiciones estatutarias aplicables en virtud de la relación contractual establecida.

Los funcionarios y empleados públicos deben cumplir personalmente y en forma directa todas esas obligaciones, no pudiendo recurrir a sustitutos o personeros, ya que tal sustitución sería imposible e inadmisible, lo cual no implica, como ya se ha dicho, que el contrato administrativo que ahora nos ocupa sea un contrato *intuitu personae.*

La LMREP establece que, sin perjuicio de los deberes que impongan, en función de las particularidades de la actividad desempeñada, las convenciones colectivas de trabajo, los agentes tienen el deber de prestar el servicio personalmente, encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia y rendimiento laboral, en las condiciones y modalidades que se determinen, siendo también responsables por la eficacia y rendimiento en la gestión del personal del área a su cargo (artículo 23, incisos a y c).

Como por lo general no está determinada la cantidad de trabajo que los agentes públicos deben realizar, lo corriente es que se les imponga, en su reemplazo, el cumplimiento de los horarios de trabajo fijados por la autoridad competente, y que además deban cumplir sus tareas con la atención y diligencia indispensables. Las

[34] CSJN, 6/12/1961, "Magallanes, Miguel Alberto", Fallos: 251:368.
[35] Dictámenes: 225:69 y sus citas.

transgresiones a la asistencia y al horario, por ello, pueden llegar a constituir faltas al régimen disciplinario, que pueden ser sancionadas como tales.

Por otro lado, si bien es cierto que el agente público debe residir en un lugar que le permita cumplir sus tareas debidamente, no lo es menos que la administración tiene el derecho de trasladarlo de un lugar a otro, siempre que así lo exija el servicio administrativo y que el traslado no sea arbitrario, irrazonable, o contrario a las normas legales y reglamentarias que traten la cuestión.

Durante la vigencia de la Ley 22.140 (Régimen Jurídico Básico de la Función Pública) la permanencia del agente en la zona estaba condicionada a las necesidades del servicio, considerándose zona al territorio dentro del país determinado por un espacio de 50 kilómetros a partir del lugar de asiento de la dependencia donde se prestaran lo servicios.

Cuando los agentes públicos faltan al debido y exacto cumplimiento de sus obligaciones, o las llevan a cabo de una manera irregular, ocasionando un daño a los administrados, a otros agentes públicos o al propio Estado, pueden incurrir en "responsabilidad civil", la cual, junto con la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria o administrativa, componen en su conjunto la llamada "responsabilidad de los agentes públicos".

Tal responsabilidad civil se halla contemplada en el art. 1112 de nuestro Código Civil, que determina que "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título", que es el que trata de las obligaciones nacidas de los hechos ilícitos que no son delitos.

Cuando se trata de la responsabilidad hacia terceros, entendiéndose por tales a los administrados en general, a los demás agentes públicos y aun al propio Estado, si el daño sufrido se produce en un ámbito distinto de aquel en el cual actúa el agente responsable, esa responsabilidad aparece como extracontractual o aquiliana, tal como la trata el Código Civil en el ya citado art. 1112 y sus concordantes y correlativos, estando sometida al conocimiento y decisión de los tribunales comunes.

Cuando la responsabilidad, en cambio, aparece con relación al Estado, dentro del ámbito en que actúa el agente responsable, surgiendo de la relación de función o empleo públicos, en sí misma, aparece claramente como una responsabilidad contractual, regida por el derecho administrativo, y sometida al conocimiento y decisión, por ende, de los tribunales con competencia en lo contenciosoadministrativo.

El artículo 130 de la Ley 24.156 (de Administración Financiera y Control del Sector Público Nacional) determina que toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responde de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de su funciones sufran los entes mencionados, siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial. Y el artículo 131 de la citada norma establece que la acción para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en los organismos y demás entes mencionados en los artículos 117 y 120 de la ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable a esas personas (la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado aplicable la prescripción decenal[36]). La regulación actual de la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos deriva, pues, de los referidos artículos y, además, de diversas normas dictadas por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y por el Poder Ejecutivo Nacional (Decretos 1.154/97; 467/99), motivo por el cual se ha señalado en doctrina que si bien a partir de las reformas introducidas por la ley 24.156 la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos se debe determinar en sede judicial, la intervención de esta sede, no es, sin embargo, exclusiva, pues está sujeta a exigencias, etapas y mecanismos a cumplir por el órgano de control interno o con su intervención (SIGEN) tendientes a la

[36] Dictámenes: 207:293; 220:147, entre otros.

determinación del perjuicio fiscal y a la intimación de su pago (Ivanega). Procede consignar que el citado artículo 117 fija como competencia de la Auditoría General de la Nación el control externo posterior, en los aspectos que enuncia, de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos y la entonces Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, correspondiendo a la Corte Suprema disponer sobre la modalidad y alcances de la aplicación del sistema al Poder Judicial de la Nación. El artículo 120 de la mencionada ley dispone, a su vez, que el Congreso puede extender su competencia de control externo a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado Nacional, o las que éste se hubiere asociado, incluso aquellas a las que se les hubiere otorgado aportes o subsidios para su instalación o funcionamiento y, en general, a todo ente que perciba, gaste, administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

Para que la conducta del agente público genere esa responsabilidad civil, es menester que el hecho o la omisión haya tenido lugar o se haya producido en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, y que, además, el daño resultante se haya producido en virtud del cumplimiento o ejecución irregular de dichas funciones, puesto que si estas condiciones no se dieran, sólo existiría una responsabilidad puramente propia y personal del agente, resultante del art. 1109 del Código Civil. En el primer supuesto, el Estado es solidariamente responsable con sus agentes públicos, por las resultas de la responsabilidad civil de éstos, en virtud de lo preceptuado por el art. 1113 del Código Civil (Téngase en cuenta lo dicho al estudiar la teoría del órgano y la jurisprudencia allí citada).

La responsabilidad civil de los agentes públicos puede resultar tanto de comportamientos dolosos como culposos de ellos, y referirse tanto a hechos u omisiones vinculados al ejercicio de funciones regladas como discrecionales, pudiendo ser, finalmente, directa o indirecta, como ocurre cuando el damnificado demanda al superior jerárquico responsable del comportamiento del agente que ocasionó el daño.

5.7.2 A exigir la ejecución en término

Salvo casos especiales, el contrato de función o empleo públicos es un contrato administrativo cuya duración no se prevé específicamente, puesto que los agentes públicos se desempeñan en forma continuada y permanente, mientras dure su buena conducta y desempeño, cesando la relación por los modos normales o anormales de conclusión a que nos referiremos más adelante.

5.7.3 Causas eximentes de la responsabilidad por la inejecución en término

Ver, al respecto, lo expuesto en la parte correspondiente del capítulo anterior.

5.8 Derechos y obligaciones del cocontratante particular

La relación contractual de función o empleo públicos da lugar a la existencia de una serie de deberes u obligaciones y derechos de los agentes públicos, que presentan particularidades especiales, y que resultan del régimen legal y estatutario establecido en cada caso, los cuales se agrupan, por lo común, en generales –que son los que corresponden a todos los agentes públicos, como tales- y particulares o especiales, que son los que sólo corresponden a determinados funcionarios o empleados, en razón del

cargo que cada uno de ellos desempeñe.

A continuación, se hará una breve reseña de tales deberes y derechos, atendiendo a sus notas más comunes, tal como aparecen en el derecho argentino.

5.8.1 Deberes u obligaciones

5.8.1.1 Deber de dedicación al cargo

El deber de dedicarse en plenitud al cumplimiento de sus tareas, implica que los agentes públicos deben concurrir al lugar fijado para su desempeño, dentro de los horarios debidos, brindando su trabajo dentro de este horario completo, con el máximo de atención, dedicación y eficiencia que les sea posible, sin otras interrupciones que las que resulten del propio régimen de tareas.

El deber de dedicación plantea, como natural consecuencia, el problema relativo a las incompatibilidades, que constituyen un sistema del cual puede resultar la imposibilidad de que un mismo agente público se desempeñe o acumule varios cargos o empleos.

En este sentido, se ha señalado que la *ratio iuris* del establecimiento de un régimen de incompatibilidades es, entre otras, bajar el gasto público protegiendo el erario público frente al riesgo de que al ser materialmente imposible que se cumpla con varias funciones al mismo tiempo, se esté en la realidad ante trabajos ficticios y, a su vez, lograr la plena dedicación al cargo (Nielsen).

Las incompatibilidades pueden estar previstas en la Constitución, en las leyes, y más frecuentemente en los reglamentos, constituyendo regímenes que deben caracterizarse por su simplicidad, facilidad de aplicación y adaptación a la realidad administrativa.

La LMREP establece la incompatibilidad del desempeño de un cargo remunerado en la Administración Pública Nacional, con el ejercicio de otro de igual carácter en el orden nacional, provincial o municipal, con excepción de los supuestos que se determinen por vía reglamentaria o que se establezca en el Convenio Colectivo de Trabajo (artículo 25). Debe tenerse en cuenta, asimismo, el Decreto 8566/61, y sus modificatorios, que aprobó el "Régimen sobre acumulación de cargos, funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional" que comprende a la totalidad del personal, sin distinción de actividades.

5.8.1.2 Deber de residencia

Esta obligación significa que los agentes públicos deben residir en el lugar donde prestan sus servicios, o en otro cualquiera que por su proximidad o por sus medios de comunicación, les permita concurrir normalmente y dentro de los horarios fijados para ello, a desempeñar sus tareas habituales, en las condiciones que en cada caso correspondan.

Las normas constitucionales o legales pueden imponer, a ciertos funcionarios, un deber estricto de residencia, impidiéndoles, incluso, salir de tales lugares, si no es en los supuestos y con las autorizaciones pertinentes.

5.8.1.3 Deber de obediencia

En páginas precedentes, al tratar lo atinente al poder de dirección y control que en este contrato corresponde a la administración, hemos hecho referencia a la existencia del deber de obediencia y sus particularidades especiales. Nos remitimos, por ende, a lo allí considerado.

5.8.1.4 Deber de respetar el orden jerárquico

El respeto al orden jerárquico, inherente al régimen jerárquico que impera en la administración pública, se trasunta en que todos los agentes públicos deben mantener un trato adecuado y respetuoso hacia sus superiores, y ser considerados con sus iguales e inferiores, estando obligados, además, a seguir la vía jerárquica establecida, al dirigirse a sus superiores o inferiores. Esta última obligación resulta de lo previsto por el art. 86, inc. 20, de la Constitución nacional (actualmente, 99, inciso 17).

La LMREP determina como deber de los agentes observar las normas legales y reglamentarias, conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal y seguir la vía jerárquica correspondiente en las peticiones y tramitaciones realizadas (artículo 23, inciso b, y m).

5.8.1.5 Deber de reserva y secreto

El deber de reserva es inherente a la función y a los empleos públicos, y hace que los agentes públicos estén ligados por la obligación de discreción, que deben mantener respecto de todo lo que concierne al servicio, condición necesaria para el exacto y fiel desempeño de sus funciones.

Pero si todos los asuntos de la administración imponen ese deber de reserva y discreción, existen algunos que, por su importancia y gravedad, deben mantenerse secretos, pudiendo ser conocidos sólo por los agentes públicos especialmente habilitados o autorizados para ello.

Las transgresiones al deber de reserva y al secreto, tienen consecuencias muy distintas, ya que mientras que en el primer caso se prevén sanciones meramente disciplinarias, en el segundo la violación del secreto da lugar a sanciones penales, que pueden llegar a ser, incluso, de extrema gravedad.

El deber de reserva y de guardar secreto no cesa al concluirse la relación contractual de función o empleo públicos, sino que los agentes deben continuar observándolos, aún después de haber cesado en sus cargos.

La LMREP exige de los agentes observar el deber de fidelidad que se derive de la índole de las tareas que le fueren asignadas y guardar la discreción correspondiente o la reserva absoluta, en su caso, de todo asunto del servicio que así lo requiera, en función de su naturaleza o de instrucciones específicas, con independencia de lo que establezcan las disposiciones vigentes en materia de secreto o reserva administrativa (artículo 23, inciso f).

5.8.1.6 Deber de lealtad al orden jurídico-político

Este deber significa la obligación que pesa sobre todos los agentes públicos de guardar fidelidad a la Constitución nacional y al orden jurídico positivo dictado en su consecuencia, obligación que es al mismo tiempo moral y jurídica.

No debe entendérsela nunca como una lealtad personal, hacia el jefe del gobierno, sus actos y decisiones, ni hacia un gobierno dado, en un momento determinado, y no excluye el ejercicio, por parte de los agentes públicos, de los derechos y libertades reconocidos por la misma Constitución nacional de profesar y mantener sus propias ideas y convicciones políticas, fuera de la administración pública y como simples ciudadanos.

Además del deber, ya referido, de cumplir las normas legales y reglamentarias vigentes, la LMREP impone a los agentes el deber de respetar y hacer cumplir, dentro del marco de competencia de su función, el sistema jurídico vigente. La ley de Ética Pública fija como un deber y pauta de comportamiento ético de los agentes en ella comprendidos el de cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno (artículo 2º, inciso a).

Por su parte, el artículo 36 de la Constitución Nacional dispone que ésta mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Agrega que estos actos serán insanablemente nulos y que sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29 la Norma Fundamental (infames traidores a la patria), inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. A su vez, preceptúa que tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de la Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos, siendo las acciones respectivas imprescriptibles. Luego de destacar que todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en ese artículo, establece que atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

5.8.1.7 Deber de observar una conducta digna.

Todos los agentes públicos, sea cual fuere su jerarquía, deben observar una conducta digna, es decir, una conducta honorable y decorosa, y conforme a las buenas costumbres, tanto en el desempeño de sus funciones como fuera de ellas, pudiendo llegarse, cuando este deber no es observado, a la aplicación de sanciones disciplinarias, que pueden ser hasta de tipo expulsivo.

El Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, aprobado por la ley 22.140, exigía, expresamente, de los agentes, el deber de observar en el servicio y fuera de él una conducta correcta, digna y decorosa, acorde con su jerarquía y función (artículo 27, inicio c). En la actualidad la ley 25.188 (de Ética en el ejercicio de la Función Pública) determina que todos los sujetos comprendidos en ella deben observar como requisito de permanencia en el cargo una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones, exigencia que, de no cumplirse, merece la sanción o remoción por los procedimientos establecidos para su propia función. Este deber genérico se explicita en particular en los deberes y pautas de comportamiento a los que después haremos mención.

5.8.1.8 Deber de denunciar y querellar criminalmente

Como natural correlato del anterior, también se impone a los agentes públicos el deber, en los casos en que fuere objeto de una imputación o acusación delictuosa, de promover la acción judicial correspondiente, querellando, en su caso, al autor de tales imputaciones.

El artículo 27, inciso e, del Régimen aprobado por la Ley 22.140 obligaba a los agentes, expresamente, a promover las acciones judiciales que correspondieran cuando públicamente fueran objeto de imputación delictuosa, salvo que fueran exceptuados por autoridad competente, pudiendo contar al efecto con el patrocinio gratuito del servicio jurídico del organismo respectivo.

Por otro lado, los funcionarios y empleados públicos deben denunciar los delitos de acción pública de cuya comisión tengan conocimiento con motivo del ejercicio de sus funciones. Esta obligación complementa la que les corresponde, como cualquier otra persona del pueblo, respecto de los delitos que lleguen a conocer, fuera del desempeño de sus cargos.

El Decreto 1162/00 establece, en su artículo 1º, que los funcionarios y empleados públicos comprendidos en la obligación de denunciar impuesta por el artículo 177, inciso 1 del Código Procesal Penal de la Nación, cumplirán su deber legal poniendo a la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en conocimiento de los hechos y/o pruebas que fundamenten la presunción de la comisión de un delito perseguible de oficio cometido en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas y sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

La norma reglamentaria exceptúa de la obligación de denunciar ante la Oficina Anticorrupción dispuesta en el párrafo precedente las situaciones de flagrante delito y aquellos supuestos en los cuales el defecto de promoción inmediata de la denuncia por ante la autoridad competente pudiera provocar la desaparición o pérdida de elementos probatorios, casos en los cuales, una vez formulada ante el Juez, el Agente Fiscal o ante la Policía, ésta se pondrá en conocimiento de la Oficina mencionada dentro de las veinticuatro horas con copia de ella, a fin de que tome la intervención que corresponde. El Decreto también prescribe, en su artículo 2º, que los presuntos delitos que no sean objeto de investigación por parte de la Oficina Anticorrupción deberán ser denunciados ante el Juez, el Agente Fiscal o ante la Policía por los funcionarios y agentes enunciados en su artículo 1° de conformidad a lo establecido en el artículo 177, inciso 1 del Código Procesal Penal de la Nación.

Los funcionarios y empleados comprendidos en el Decreto que tomen conocimiento de la existencia de procedimientos o esquemas de organización que pudieran incentivar hechos de corrupción en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas y sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, deberán comunicar dicha situación a la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina referida (artículo 3º).

5.8.1.9 Deber de urbanidad y buen trato del público

Los agentes públicos, en el curso de sus relaciones con los administrados, con el público, deben observar un trato cortés, guardando las buenas maneras y el debido respeto, y una atención cuidadosa, que satisfaga todas las legítimas inquietudes o dudas de los interesados.

Es que los funcionarios y empleados públicos están, como bien se ha dicho, para servir al público, y no el público para servir a aquéllos.

La LMREP impone a los agentes públicos el deber de conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal. Se debe considerar, asimismo, el Decreto 229/00, creador del "Programa Carta Compromiso con el Ciudadano", cuyo objeto es la instrumentación de compromisos de servicio por parte de los organismos públicos prestadores directos en los que se transparenten las condiciones y modalidades operativas de las prestaciones, así como los derechos que asisten a los ciudadanos. En esta norma se afirma, entre otros derechos ciudadanos, el de ser tratado con el máximo respeto y deferencia por las autoridades y por el personal al servicio de la Administración Pública Nacional (artículo 3º, inciso c).

5.8.1.10 Deber de declarar las demás actividades que cumpla

En los sistemas en que existen regímenes de incompatibilidades, es frecuente que se imponga a los agentes públicos la obligación de declarar las actividades que dentro de la misma administración, o fuera de ella, están cumpliendo, para que se determine si son o no incompatibles con el ejercicio del cargo o función de que se trate.

Téngase en cuenta el deber de encuadramiento ya enunciado (artículo 23, inciso n, de la ley LMREP). El decreto reglamentario impone, en este sentido, a los agentes en él comprendidos, la obligación de declarar bajo juramento los empleos o cargos públicos y/o contratos que lo vinculen con la Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal, su condición de jubilado o retirado y las actividades privadas que desempeñe cuando se requiera a efectos de verificar su encuadramiento en el régimen de acumulación cargos, funciones y/o pasividades (artículo 23, inciso n), de la reglamentación aprobada por el Decreto 1421/02.

5.8.1.11 Deberes vinculados con su situación patrimonial y la prevención de conflictos de intereses.

La LMREP consigna como obligación de los agentes declarar bajo juramento su situación patrimonial y modificaciones ulteriores (artículo 23, inciso g).

Y, por su lado, la ley 25.188 (Ética en el ejercicio de la Función Pública) impone a los sujetos en ella comprendidos el deber de presentar una declaración jurada patrimonial integral dentro de los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos; la obligación de actualizar, anualmente, la información contenida en esa declaración jurada y, asimismo, la presentación de una última declaración, dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo. Exige también, respecto de aquellos funcionarios cuyo acceso a la función pública no sea resultado directo del sufragio universal, que incluyan en la declaración jurada patrimonial sus antecedentes laborales al solo efecto de facilitar un mejor control respecto de los posibles conflictos de intereses que puedan plantearse (artículos 4º y 12º).

En lo que se refiere a los conflictos de intereses, la LMREP determina la obligación de los agentes de excusare de intervenir en toda actuación que pueda originar interpretaciones de parcialidad (artículo 23, inciso k). Y la citada ley 25.188 también establece que es incompatible con el ejercicio de la función pública: dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones (artículo 13); y consigna que los funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, durante tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado (artículo 14). En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 13 referido, deberá renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo y abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres años o tenga participación societaria (artículo 15). Las incompatibilidades se aplicarán sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función.

Es muy ilustrativo destacar que, según preceptúa la ley, cuando los actos emitidos por los sujetos incluidos en ella estén alcanzados por los supuestos de los artículos 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y que si se tratare del dictado de un acto administrativo, éste se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la ley 19.549. La cláusula legal impone, asimismo, responsabilidad solidaria de las firmas contratantes o concesionarias por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado (artículo 17). La norma persigue una finalidad loable: evitar que la responsabilidad disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, quede circunscripta, eventualmente, al funcionario incurso en

incompatibilidad y extenderla, solidariamente y en el aspecto patrimonial, al contratante o concesionario, pues es razonable suponer que éstos no podían ignorar la situación del agente.

5.8.1.12 Prohibiciones

La LMREP, a diferencia del régimen aprobado por la ley 22.140, separó el tratamiento de los deberes y prohibiciones en dos capítulos diferentes e incluyó en el de las prohibiciones, y sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo, las siguientes: patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones; dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicios remunerados o no, a personas de existencia visible o jurídica que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la administración en el orden nacional, provincial o municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas; recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración en el orden nacional, provincial o municipal; mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el ministerio, dependencia o entidad en el que se encuentre prestando servicios; valerse directa o indirectamente de facultades o prerrogativas inherentes a sus funciones para fines ajenos a dicha función o para realizar proselitismo o acción política; aceptar dádivas, obsequios u otros beneficios u obtener ventajas de cualquier índole con motivo u ocasión del desempeño de sus funciones; representar, patrocinar a litigantes o intervenir en gestiones extrajudiciales contra la Administración Pública Nacional; desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; hacer uso indebido o con fines particulares del patrimonio estatal.

5.8.1.13 Deberes y pautas de comportamiento ético.

La ya citada ley 25.188, de Ética en el ejercicio de la Función Pública, establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. La norma entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (artículo 1º).

Los deberes y pautas de comportamiento ético enunciados en el artículo 2º de la ley pueden ser sistematizados con arreglo a la siguiente clasificación (Comadira): *deber de actuación virtuosa:* desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados; abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados; abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa; *deber de actuación teleológica*: velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular; *deber de actuación conforme con la juridicidad*: cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; *deber de transparencia*: fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad;

deber de imparcialidad: abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil.

Los deberes enunciados son la explicitación particularizada del deber genérico impuesto a los comprendidos en la ley, ya expuesto, de observar como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones (artículo 3º).

5.8.2 Derechos

5.8.2.1 Derecho a la estabilidad

Uno de los más importantes derechos reconocidos a los agentes públicos es el de la estabilidad, entendiéndose por tal el derecho a no ser privados o separados del cargo, como no sea por los motivos o por las causas establecidas por el ordenamiento jurídico aplicable.

El derecho a la estabilidad, que nunca es absoluto, quedó constitucionalmente reconocido, a partir de la reforma de la Constitución nacional llevada a cabo en 1957, en el llamado art. 14 bis, y como todo derecho así establecido, se halla sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Braseco, Aurelio Aparicio"[37].

Por tanto, el régimen jurídico aplicable a las relaciones de función o empleo públicos no sólo puede establecer válidamente que existan ciertos agentes públicos a los cuales no les corresponda el derecho a la estabilidad (suplentes o interinos, agentes en comisión o que no han cumplido el tiempo mínimo previsto para su designación efectiva), sino también fijar las causales que, debidamente comprobadas, pueden dar lugar al cese de la estabilidad y, como consecuencia, a la separación o remoción de los agentes incursos en esas causales.

El derecho a la estabilidad puede ser ilegítimamente desconocido por la administración, y en tales casos, los agentes afectados podrán hacer uso de las vías administrativas o judiciales pertinentes, para hacerlo restablecer.

En el año 1957 se consagra en la Constitución, por medio del artículo 14 bis, la garantía de la *estabilidad* para el empleado público y *la protección contra el despido arbitrario* para el empleado privado.

Se ha discutido si ambos términos encierran conceptos iguales o diferentes. Un sector doctrinario ha entendido que los dos sistemas se identifican en tanto acuerdan al agente público o privado, indiferenciadamente, el derecho a una indemnización cuando su derecho a la conservación del empleo es violado, de modo que, en los dos casos, la estabilidad sería, en rigor, *impropia* o *relativa* (Diez). Otra línea de interpretación –en la que me incluyo- considera, en cambio, que mientras la estabilidad del empleado público otorga a éste la posibilidad de exigir su reincorporación cuando ella es desconocida arbitrariamente, y entonces, en ese caso, la estabilidad es *propia* o *absoluta*, la protección contra el despido arbitrario se resuelve necesariamente, por el contrario, en una indemnización que excluye la reincorporación, lo cual significa que, en este supuesto, la estabilidad es sólo *impropia* o *relativa* (Fiorini-Comadira). La estabilidad del empleado público siempre es absoluta, y cuando cede por razones de interés general (v. gr. supresión de cargo) no pasa a ser impropia o relativa sino que, simplemente, cesa (Herrera de Villavicencio).

[37] CSJN, 1966, "Brasesco, Aurerio Aparicio", Fallos: 266:159.

En el plano legal formal la cuestión fue resuelta tanto en el primer Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública (aprobado por el Decreto Ley 6666/57), como en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública -arts. 17 y 42- (aprobado por la Ley 22.140)- y, luego, en la Ley Marco del Empleo Público 25.164 -arts.17, 27, primer párrafo y 41- en el segundo sentido indicado (estabilidad *propia*) pues en tales normas la estabilidad, en tanto componente esencial del régimen estatutario implementado, reconoció siempre como elementos definidores, al menos los siguientes:

a) el derecho del agente a conservar el empleo y a no ser privado de él sino con fundamento en las causales previstas en la propia ley, y

b) el derecho de exigir la reincorporación (Ley 22.140) o ésta o una indemnización, a su opción, (artículo 41 de la Ley 25.164), cuando la garantía fuera violada por su separación arbitraria del empleo.

Esta forma de regulación legal de la estabilidad del agente público –estabilidad *propia*- asigna a ésta un contenido sustancialmente diferente de la protección acordada al trabajador privado –estabilidad *impropia*-, el que, ante su despido injustificado, tiene limitada su pretensión al pago de una indemnización. De esta manera ha quedado definida, así, en el nivel jurídico formal de las normas permanentes atinentes a la función pública, la estabilidad *propia* como base esencial de la carrera administrativa y la diferenciación clara entre ésta y el sistema de empleo privado sustentado en la estabilidad *impropia*.

La garantía de la estabilidad, así concebida, se ha considerado aplicable tradicionalmente, en términos generales, por los tres *estatutos* referidos a todas las personas que en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente presten servicios en dependencias del Poder Ejecutivo Nacional, inclusive entidades jurídicamente descentralizadas. Y se han excluido de ese régimen, aunque por motivos diversos, a los denominados funcionarios políticos, a los regidos por normas públicas o privadas especiales y a los disciplinados en los propios Estatutos como personal de gabinete, contratado o integrante de plantas transitorias.

Así planteadas las cosas la cuestión consiste, entonces, en establecer cuáles son las causas legalmente habilitadas para privar de su empleo al agente protegido por la estabilidad, una vez cumplidos los requisitos legales y reglamentarios fijados para la adquisición de ésta.

En los diversos regímenes los supuestos determinantes de la pérdida del empleo y, por consiguiente, del cese del funcionario, han respondido a conductas disciplinariamente *imputables* (arts. 37 y 38 del Estatuto aprobado por el Decreto Ley 6666/57 y arts. 32 y 33 del Régimen aprobado por la Ley 22.140 y de la Ley 25.164) o bien a circunstancias *objetivas* derivadas de reestructuraciones que comporten supresión de organismos, o dependencias o de funciones asignadas a ellas, con la eliminación de los respectivos cargos (arts. 43 del Régimen aprobado por la Ley 22.140 y 11 de la Ley 25.164).

Ese marco formal reconoció, sin embargo, fisuras de diversa índole. Las denominadas leyes de *prescindibilidad* y la *laboralización* de la Administración Pública –entendida como sometimiento a una legislación de derecho privado que excluye la estabilidad *propia* del empleado público- significan el desconocimiento de la estabilidad.

Las llamadas leyes de *prescindibilidad* de empleados públicos han sido normas que, sancionadas por gobiernos *de facto* o *de iure* con el invocado propósito de racionalizar la Administración Pública, permitieron el cese de agentes con sustento en circunstancias que de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema, operaron, a partir de su sola invocación por la autoridad administrativa, como causales válidas de la privación del empleo. De ese modo, el simple uso en el acto de cese de locuciones tales como *ponderación de las aptitudes personales* del agente o *razones de servicio*, fue, *per se*, suficiente para separar a los empleados de la Administración. Esa alternativa fue legitimada por la jurisprudencia sobre la base de considerar que la estabilidad del empleado público consagrada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función cuando el Poder Ejecutivo decide remover a un agente sin culpa de éste. La idea explícita de que el reconocimiento del derecho a la indemnización por los eventuales perjuicios de una cesantía discrecional satisface la garantía de la estabilidad y de que la tutela de los derechos por la justicia no requiere, necesariamente, de la preservación en especie de las situaciones existentes, informa esa línea jurisprudencial[38]. Coherentes, asimismo, con esa postura son los fallos que habilitan no requerir de la autoridad administrativa explicación sobre las razones de servicio que son de su exclusiva valoración, en tanto no se desconozca la

[38] CSJN, 1965, "Enrique, Héctor Maximino c/ Provincia de Santa Fe", Fallos: 261:336; CSJN, 1968, "Tornese, Armando Antonio c/ Nación", Fallos: 272:99.

debida indemnización al agente prescindido[39]. Las sentencias de la Corte que reconocen, aunque sea temporal y excepcionalmente, validez al instituto de la prescindibilidad, aplicado mediante actos que carecen de adecuado sustento fáctico y se fundan, por ende, en la sola voluntad del funcionario, vacían de contenido a la estabilidad del empleado público y contradicen la axiología inspiradora de la Constitución, pues de ese modo, aquella voluntad puede operar como fuente de injusticias purgadas por la indemnización. En ese esquema de *carta blanca* a la autoridad administrativa para configurar las razones de servicio es, de todas maneras, rescatable el pronunciamiento de la Corte que, al menos, declaró inconstitucional la cláusula del Estatuto del Personal de la entonces Caja Nacional de Ahorro y Seguro por la cual se había incorporado, con carácter permanente, la posibilidad de hacer cesar al agente en su cargo por razones de servicio[40].

Otra fisura en la estabilidad constitucional es la laboralización, concebida del modo antes indicado.

Se explica que cuando el Estado asumió, bajo distintas formas jurídicas, cometidos empresariales, el régimen de su personal se haya remitido total o parcialmente al derecho privado, como ocurrió con las Sociedades de Economía Mixta (Decreto Ley 15349/46), las Empresas del Estado (Ley 13.653 y modificatorias) y las Sociedades del Estado (Ley 20.705) respecto de los empleados u obreros, y con las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (Ley 19.550, artículos 163 a 307) en relación con el personal directivo y subalterno. Y aunque es discutible la caracterización asignable a la actividad de la entonces Junta Nacional de Granos y del Mercado Nacional de Hacienda, también el personal de estos entes fue incluido, en su momento, en el régimen laboral privado. Pero está reñida con la Constitución, la invasión por el derecho laboral de un campo estrictamente público y administrativo, como se produjo, por ejemplo, con el personal de las entonces Administración Nacional de Aduanas y Dirección General Impositiva (hoy Administración Federal de Ingresos Públicos) y la Dirección Nacional de Vialidad; situación que se ha venido a profundizar con la aparición de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, cuyo personal, con exclusión de los máximos órganos directivos, se sujeta, en la gran mayoría de los casos, a la legislación laboral. Esta circunstancia tiene una consecuencia singular, porque mientras en el empleo público el agente está protegido por la estabilidad *propia*, lo cual significa, como dije, que si ella es violada aquél puede reclamar su reincorporación, no ocurre lo mismo con el empleo privado en cuyo ámbito la separación arbitraria del trabajador se compensa con una (no sé si justa) indemnización, de modo que, en este ámbito, sólo se protege la estabilidad *impropia*.

Así las cosas, se advierte, entonces, la existencia de una dicotomía entre el régimen de derecho público de base estatutaria, aunque contractual, con protección de la estabilidad *propia* o *absoluta*, por un lado, y el régimen de los agentes regidos por el derecho laboral y, por tanto, excluidos de aquella protección, por el otro. El primero, con vigencia, sustancialmente, en la Administración central y entes jurídicamente descentralizados (comprensivo de funcionarios y empleados, excepto los expresamente excluidos); el segundo, en los entes empresariales (prácticamente en extinción) y en algunos entes descentralizados, en este último caso abarcando, progresivamente, funciones administrativas típicas (aduana, órgano impositivo, entes reguladores) e incluyendo a todo el personal (funcionarios y empleados) salvo los miembros de los órganos directivos máximos.

5.8.2.2 Derecho a la carrera

Si el derecho a la estabilidad es, como se ha dicho, uno de los más importantes, el derecho a la carrera viene, en realidad, a complementarlo, consistiendo en que cada agente tenga la posibilidad de progresar regularmente dentro de las clases, grupos o categorías previstos, cumpliendo las condiciones y requisitos necesarios para ello. Este derecho comprende el de estar debidamente encasillado, el de ascender, y el de llegar, finalmente, a la jubilación.

---

[39] CSJN, 1958, "Palumbo, Nicolás Arístides c/ Nación", Fallos: 300:1258; 8/08/1985, "Asociación Argentina de Anestesiología s/ Ley 22.262", 307:1258, entre otros.

[40] CSJN, 23/04/1985, "Romero de Martino, Leonor V. c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro", Fallos: 307:388.

El derecho a la carrera se lo vincula, especialmente, con el derecho al ascenso, que aparece como la posibilidad de todo agente público de mejorar su situación, alcanzando una jerarquía administrativa mayor a la que hasta ese momento había ostentado.

Las facultades de la administración para disponer los ascensos y, en general, las mejoras propias de una verdadera carrera administrativa, no obstante estar por lo general reguladas por el ordenamiento normativo, son –en su esencia- discrecionales, pero no arbitrarias, estando limitadas en dos aspectos: 1) porque los ascensos tienen por finalidad, no tanto la mejora individual del agente beneficiado, sino, principalmente, la mejor prestación del servicio y de la actividad administrativa; y 2) porque es común que el régimen de los ascensos –sus condiciones, modalidades, sistemas de selección, etc.- estén establecidos por la ley o por los reglamentos, los cuales introducen restricciones de aquella potestad discrecional, a las que el poder administrador debe someterse.

De acuerdo con lo dispuesto por la LMREP la carrera administrativa básica y las específicas deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cubrir, de la promoción o avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y de exigencias de capacitación acorde con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar, así como la previsión de sistemas basados en el mérito y la capacidad de los agentes, que motiven su promoción en la carrera (artículo 8º, segundo párrafo). El régimen otorga al personal, asimismo, el derecho a la igualdad de oportunidades en el desarrollo de la carrera administrativa; y prevé que las promociones a cargos vacantes sólo procederán mediante sistemas de selección de antecedentes, méritos y aptitudes, y consigna que el Convenio Colectivo de Trabajo debe contemplar los mecanismos de participación y de control que permitan a las asociaciones sindicales verificar el cumplimiento de los criterios indicados (artículos 16, inciso c, y 12).

5.8.2.3 Derecho al debido tratamiento

Todos los agentes públicos, sea cual fuere su jerarquía administrativa, tienen el derecho de ser tratados en debida forma por sus superiores y sus iguales, lo que implica el respetarlos y considerarlos, no sólo en atención al cargo que desempeñan, sino también en todo lo relativo a su condición y situación como personas.

5.8.2.4 Derecho al descanso

El trabajo continuado y sin interrupciones no sólo es imposible para el hombre, sino que constituiría un riesgo cierto para la salud mental y física de quienes así trabajaran, que llevaría inexorablemente a su anulación.

Es por ello que la actividad de los agentes públicos, como toda actividad laboral, tiene que tener pausas o interrupciones, que se trasuntan en una limitación de la jornada laboral, por medio de horarios adecuados, en las vacaciones o ferias, y en las licencias, que constituyen períodos de inactividad que se otorgan a los agentes públicos por una serie de motivos atinentes a su salud, a su recuperación espiritual, a la atención de ciertos intereses personales propios, a su perfeccionamiento espiritual o físico, al cumplimiento de obligaciones ineludibles, etc., todo lo cual aparece como un verdadero derecho establecido a favor de ellos.

El régimen de las vacaciones y licencias, sus clases, su otorgamiento, su

duración, la posibilidad de su interrupción, la época de su concesión, el cómputo de su duración, etc., son todas las cuestiones que están previstas y resueltas de los reglamentos que a ese efecto se dictan.

El artículo 16, inciso f, de la LMREP otorga al agente el derecho a licencias, justificaciones y franquicias, materia reglamentable por el Convenio Colectivo de Trabajo (artículo 19). El Decreto 3413/79 aprobó en su momento el Reglamento de Licencias, Justificaciones y Franquicias para el Personal Civil de la Administración Pública Nacional.

5.8.2.5 Derecho a ser indemnizado por los daños sufridos

La prestación de las tareas propias de la función o del empleo público pueden ocasionar al agente un daño en su salud o en su patrimonio. Cuando tales daños se producen, en ocasión o con motivo de la prestación del servicio, nace el derecho de los agentes públicos a ser justamente indemnizados, derecho que sólo desaparece cuando el daño se debe a exclusiva y grave culpa del propio agente.

Los daños psíquicos o físicos, permanentes o no, están previstos y cubiertos, por lo común, en la legislación de previsión y seguridad social que les sea aplicable, dando lugar, por ejemplo, a jubilaciones de tipo extraordinario o a otros sistemas de compensación y asistencia.

Los daños patrimoniales, en cambio, originan su resarcimiento pecuniario, conforme a los principios comunes de derecho, si bien –a fin de evitar abusos- la evaluación de ellos se difiere, a veces, a la jurisdicción judicial, o a órganos jurisdiccionales administrativos con competencia específica para ello.

La LMREP reconoce a los agente el derecho a compensaciones, indemnizaciones y subsidios (artículo 16, inciso g).

5.8.2.6 Derecho a la asistencia y previsión social

Los agentes públicos tienen derecho a exigir que se les otorguen las prestaciones de asistencia y previsión social que para ellos se establezcan, siguiendo los lineamientos comunes de la política general aplicable en esa materia. El estudio de los sistemas correspondientes queda reservado al derecho de la previsión social.

La LMREP reconoce el derecho de los agentes a la asistencia social para sí y su familia (artículo 16, inciso h).

5.8.2.7 Derecho a la jubilación

La jubilación constituye un derecho establecido de favor de los agentes públicos que integra, juntamente con la pensión, los llamados “derechos pasivos” a que da lugar la relación de función o empleo públicos.

La jubilación ha sido definida, en términos generales, como la retribución periódica y vitalicia que otorga al Estado a quienes, habiéndose desempeñado en una relación de función o empleo públicos, y cumpliendo las condiciones fijadas al efecto por la legislación positiva aplicable, dejan de prestar servicios, pasando así de la

actividad a la pasividad.

Como se advierte, la jubilación se vincula con el aspecto pasivo de la relación de función o empleo públicos, y es una continuación de la etapa de efectiva prestación de servicios, de modo que el funcionario o empleado jubilados siguen siendo tales, manteniendo su relación con el Estado, aunque dentro de un plano de inactividad permanente.

Es corriente que la jubilación comprenda tres clases distintas de beneficios: *a*) la jubilación ordinaria o voluntaria, que es la que se concede a quienes, habiendo cumplido los límites de edad, servicios y aportes, resuelven acogerse a ella; *b*) la jubilación extraordinaria, que es la que se concede a quienes, sin alcanzar aquellos límites, deben pasar a la inactividad por causas especiales, como la pérdida de la aptitud psíquica o física u otras semejantes; y *c*) la jubilación obligatoria, que es la que se dispone, aun contra la voluntad del agente público, en los casos expresos señalados por la ley.

La LMREP reconoce a los agentes el derecho a la jubilación o retiro (artículo 16, inciso j).

Cabe señalar, por otro lado, que la LMREP excluye del derecho a la estabilidad al personal que goza de jubilación o retiro, motivo por el cual la designación de quien es titular de un beneficio de esa índole puede ser cancelada en cualquier momento, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (artículo 21).

5.8.2.8 Derecho a integrar asociaciones profesionales

En la actualidad, no se puede vedar a los agentes públicos la posibilidad de que se asocien, para su beneficio común, ni la de que puedan, igualmente, constituir asociaciones profesionales que tengan carácter sindical, pero siempre que de ese modo no se perjudique el servicio, ni la jerarquía administrativa, ni el orden disciplinario, ni se pretenda sostener fines que signifiquen una oposición al Estado.

La LMREP reconoce el derecho de los agentes a la libre asociación sindical y a la negociación colectiva (artículo 16, inciso e).

Vinculándose con esa posibilidad, aparece el problema de determinar si los agentes públicos pueden recurrir a la huelga, como medida directa para lograr las finalidades que se hayan propuesto. La respuesta no puede ser sino negativa, ya que la necesidad ineludible del mantenimiento del accionar administrativo y de los servicios públicos, imponen que éstos no deban sufrir ninguna interrupción.

La ley 25.877 prevé que cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. A tal fin, considera esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo y habilita, asimismo, la calificación excepcional como servicio esencial de una actividad no comprendida en las enunciadas, por una comisión independiente integrada conforme lo establezca la reglamentación, previo procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes casos: cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; o cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, de acuerdo con los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 24).

5.8.2.9 Derecho al sueldo

El sueldo es la remuneración en dinero que el Estado paga a sus funcionarios y empleados, en forma periódica, en retribución equivalente y en proporción a los servicios que prestan, y cuyo monto es establecido también por el Estado.

Constituye uno de los derechos más importantes que adquieren los agentes públicos, como resultado de la relación contractual establecida entre ellos y el Estado, y si bien consiste, por lo general, en una suma fija que se paga mensualmente, puede, no obstante, revestir otras modalidades, como comisiones y porcentajes, y pagarse en épocas o períodos diferentes.

La LMREP reconoce a los agentes el derecho a retribución justa por sus servicios, con más los adicionales que correspondan (artículo 16, inciso b).

Los parámetros que debe tener en cuenta la administración pública para fijar la remuneración de sus agentes son, en lo esencial, los siguientes: 1) las condiciones exigidas para el desempeño del cargo, y los deberes y responsabilidades que él implica; 2) la necesidad de asegurar no sólo la subsistencia sino también una vida digna y decorosa de los agentes y sus familias; 3) el rango social propio de la función o del empleo que se desempeña; y 4) la situación económica del Estado, que debe afrontar los desembolsos correspondientes.

Se ha discutido si el sueldo de los agentes públicos puede ser disminuido, y la opinión predominante es la de que si el contrato de función o empleo públicos es un contrato administrativo, va de suyo que el Estado puede, haciendo uso de la potestad modificatoria que le es propia, modificar unilateralmente una de las prestaciones que le impone, pero siempre que tal modificación no signifique una alteración sustancial de la relación contractual o de la ecuación económico-financiera del contrato, tenida en mira por el agente público al celebrarlo.

En la causa "Guida"[41] la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que no media lesión a la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional cuando, por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público y en la medida en que la quita no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada.

En los autos "Tobar"[42], sin embargo, el Alto Tribunal consideró que las razones y circunstancias tenidas en cuenta para sostener la constitucionalidad de las normas juzgadas en la causa "Guida", no se configuraban respecto del plexo normativo puesto en tela de juicio en este caso, pues, sostuvo, la devaluación operada durante el año 2002 y el envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones explican y justifican el apartamiento, en la especie, de aquel precedente.

Así, el Alto Tribunal declaró inconstitucional el marco normativo que, en el caso, estaba en cuestión, en tanto había habilitado al poder administrador a limitar *sine die* y sin expresión de márgenes cuantitativos las remuneraciones del sector público, dejando a su arbitrio la oportunidad y la proporción de la reducción salarial. Si bien la falta de definición del plazo de duración de la emergencia no constituye, afirmó la Corte, motivo de descalificación de las medidas a adoptar, al no contemplar, sin embargo, el régimen normativo en juego, que el Estado dispusiera el cese de aquélla ante la modificación de las condiciones que la mejoraran, y obstar, con esa omisión, a la verificación de la razonabilidad en el uso de la prerrogativa, la relación de empleo público quedaba, en tales condiciones, sometida a un régimen jurídico que autorizaba a disponer discrecionalmente variaciones en los niveles de remuneración, sin límites que permitieran ponderar su compatibilidad con las condiciones de su desarrollo.

El cobro compulsivo de los sueldos debe ser intentado por los agentes públicos por ante la jurisdicción contenciosoadministrativa, y la acción pertinente prescribe a los cinco años, conforme a lo previsto por el art. 4027, inc. 3, del Código Civil.

---

[41] CSJN, 02/06/2000, "Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional", Fallos: 323:1566.

[42] CSJN, 22/08/2002, "Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional -Ministerio de Defensa - Contaduría General del Ejército", Fallos: 325: 2059.

Respecto de la posibilidad de que los agentes públicos apliquen la "*exceptio non adimpleti contractus*", en el caso de que el Estado no pague o se atrase en el pago de los sueldos, ver lo expuesto sobre esta materia, en general, en el capítulo precedente.

5.9 Conclusión del contrato

Establece la LMREP que la relación de empleo del agente con la Administración Pública Nacional concluye por las siguientes causas: cancelación de la designación del personal sin estabilidad; renuncia aceptada o vencimiento del plazo fijada para su aceptación; conclusión o rescisión del contrato en el caso del personal bajo el régimen de contrataciones; vencimiento del plazo que le correspondiere de conformidad con lo previsto en la cláusula relativa a la reestructuración o disolución de organismos; razones de salud que lo imposibiliten para el cumplimiento de tareas laborales; aplicación de sanciones de cesantía o exoneración; baja por jubilación, retiro o vencimiento del plazo autorizado para la continuidad de la prestación de servicios después de la intimación a jubilarse; fallecimiento.

Si bien los modos normales y anormales de conclusión que son comunes a todos los contratos administrativos son aplicables al de la función o empleo públicos, adquieren en éste particularidades propias, resultantes de las modalidades que son específicas de esta relación contractual.

De manera general, tres principios fundamentales deben ser tenidos en cuenta en esta materia, a saber: 1) todo agente público puede ser válidamente privado del cargo que desempeña, en razón de un interés público que lo exija; 2) las causas y los efectos de la conclusión del contrato, así como los procedimientos para que ello tenga lugar deben estar reglados por disposiciones de carácter general; y 3) los agentes que cesan en sus cargos, deben disponer de los medios legales para recurrir las medidas que se les impongan en este sentido, ya sea tanto en vía administrativa como en sede judicial.

Es, pues, sobre estas bases que se debe encarar el estudio de los modos de conclusión del contrato que ahora nos ocupa.

5.9.1 Cumplimiento del objeto del contrato

Como el objeto del contrato de función o empleo públicos es la prestación de los servicios corrientes de cada cargo, y como la necesidad de esa prestación es continuada y permanente, no puede sostenerse, con propiedad, que esta causal resulte aplicable, ya que el cumplimiento del objeto contractual nunca se agota.

5.9.2 Expiración del término de duración del contrato

Existen numerosas situaciones en que las designaciones de los agentes públicos han sido hechas para que se desempeñen en sus cargos durante un término fijo. Cuando el contrato ha sido concertado en esa forma, es natural que el vencimiento del plazo fijado produzca la conclusión de la relación contractual, y tal conclusión se produce de pleno derecho, de manera automática, el mismo día del vencimiento del plazo.

La permanencia en el cargo, más allá de esa fecha, puede hacer incurrir al agente público en el delito previsto por el art. 246, inc. 2, del Código Penal, figura que es

conocida como "permanencia ilegal en la función", integrada dentro del título de la "usurpación de autoridad, títulos y honores".

La LMREP contempla, como se vio, además del régimen de estabilidad, los regímenes de contrataciones de personal por tiempo determinado y de gabinete de las autoridades superiores (artículos 8º, 9º y 10).

5.9.3 Renuncia

La renuncia es uno de los modos más comunes por los cuales se llega a la conclusión del contrato de función o empleo públicos, siendo una forma de extinción propia y específica de este contrato.

Como contrapartida natural de la designación por la administración y la aceptación del nombramiento por el agente, se considera como implícitamente comprendida en la designación la posibilidad de la renuncia, decidida unilateralmente por el funcionario o empleado y que debe ser, a su vez, aceptada por la administración pública, para que produzca sus efectos propios.

La renuncia, dada su importancia, conviene que sea expresa y, además, formulada por escrito. Es oportuno, de cualquier manera, que la ley o el reglamento determinen y regulen esos aspectos, tal como ha ocurrido en la esfera laboral común.

Sólo a partir de su aceptación por la administración, la renuncia produce sus efectos propios, de modo que el agente renunciante debe continuar cumpliendo sus tareas regularmente, hasta que esa aceptación se efectúe.

La renuncia no impide que las responsabilidades en que el renunciante pudiera haber incurrido durante el ejercicio de su cargo, subsistan y puedan hacerse efectivas aun después de haber sido aceptada, salvo el caso en que la administración, conociendo la existencia de aquellas responsabilidades, aceptare la renuncia sin reserva alguna.

La administración no puede negar la aceptación de la renuncia, excepto cuando una norma legal expresa anterior al nombramiento del renunciante lo autorice. Cabe, en cambio, una mera demora en la aceptación de la renuncia, si fundados motivos de interés público lo imponen, pero nunca más allá de lo razonable y necesario.

La renuncia es un derecho de los agentes, conforme lo preceptúa la LMREP (artículo 16, inciso k), cuyo contenido consiste en la posibilidad de concluir la relación de empleo, produciéndose la baja automática del agente a los treinta (30) días corridos de su presentación, si con anterioridad no hubiera sido aceptada por autoridad competente. La aceptación de la renuncia del agente puede ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta (180) días corridos, si al momento de ser presentada el agente se encontrara involucrado en una investigación sumarial (artículo 22).

5.9.4 Desaparición del objeto del contrato

Puede ocurrir que en ciertos casos se produzca la desaparición del objeto del contrato de función o empleo públicos –que es la prestación de los servicios propios de cada cargo-, lo que ocurre cuando tiene lugar la extinción o supresión del ente u organismo en donde se desempeña el agente público, o cuando se suprime el cargo en que éste se venía desempeñando. Suprimido el servicio, suprimido el cargo, la relación contractual se extingue, ya que el agente está para la función o el empleo, y no éstos

para aquél.

Es común que en estos supuestos la administración efectúe una nueva distribución de los agentes que quedan disponibles, destinándolos a otros servicios, cuando las condiciones de idoneidad requeridas lo admiten. De no ser así, la administración debe tomar a su cargo la indemnización de los agentes que cesen en sus funciones y empleos, máxime cuando de otro modo se afectaría el derecho a la estabilidad que aquellos tienen.

Dispone el artículo 11 de la LMREP que el personal alcanzado por el régimen de estabilidad que resulte afectado por medidas de reestructuración que comporten la supresión de organismos, dependencias o de las funciones a éstas asignadas, con la eliminación de los respectivos cargos, será reubicado en las condiciones reglamentarias que se establezcan. En el supuesto de no concretarse la reubicación, el agente quedará en situación de disponibilidad durante un tiempo, vencido el cual tendrá derecho a percibir una indemnización si no hubiere sido reubicado, o hubiere rehusado el ofrecimiento de ocupar un cargo, o no existieran vacantes.

5.9.5 Muerte del cocontratante particular

Si la función o el empleo deben ser desempeñados personalmente por la persona designada, va de suyo que la muerte del agente produce la conclusión de la relación contractual que lo ligaba al Estado, ya que los herederos y causahabientes del fallecido, si bien pueden reclamar ciertos derechos, como la pensión, no pueden pretender tener acceso al desempeño de las funciones, es decir, al ejercicio del cargo que cubría el agente fallecido. El fallecimiento del agente está previsto como una causal de conclusión de la relación de empleo (artículo 42, inciso h, de la LMREP).

5.9.6 Pérdida de la aptitud e idoneidad

La pérdida de la aptitud e idoneidad que los agentes públicos deben tener para el desempeño de sus cargos, puede conducir a la conclusión de la relación contractual de función o empleo públicos. Así ocurre, por ejemplo, cuando se produce la inhabilitación mental o física del agente, cuando se fija una edad máxima para el desempeño de todas o de algunas funciones, o cuando ciertos agentes que para su desempeño deben estar capacitados para el ejercicio de ciertas profesiones liberales, pierden la posibilidad del ejercicio de ellas.

Si la aptitud y la idoneidad son imprescindibles para el desempeño del cargo de que se trate, el agente que deja de tenerlas verá extinguida, por esa causa, su relación con el Estado, y es natural que así ocurra, sin perjuicio de lo que al respecto determinen las leyes de previsión y seguridad social que fueren aplicables.

Es conveniente que las leyes y reglamentaciones contengan previsiones en este sentido, fijando las pautas a aplicarse y las consecuencias que se derivarán en cada caso.

La LMREP contempla como causal para imponer cesantía la obtención de calificaciones deficientes como resultado de ciertas evaluaciones que impliquen desempeño ineficaz (artículo 32, inciso g).

5.9.7 Imposición de sanciones expulsivas

La imposición a los agentes públicos, en los casos en que hayan cometido determinadas faltas disciplinarias graves, debidamente comprobadas, de sanciones de carácter expulsivo –la cesantía y la exoneración-, da lugar a la conclusión de la relación contractual que había existido hasta ese momento.

La cesantía, en efecto, produce esa extinción, como consecuencia normativamente prevista, mientras que la exoneración, además, suele acarrear la pérdida de los derechos que el agente hubiera adquirido hasta entonces contra el Estado y la imposibilidad de volver a ingresar en la administración pública, por lo menos hasta ser expresamente rehabilitado.

La imposición de estas sanciones requiere, por su misma gravedad, el cumplimiento de ciertos procedimientos especiales, que sirve para asegurar las garantías del debido proceso legal y la mejor defensa de los derechos y situaciones del agente imputado.

Los artículos 32 y 33 de la LMREP prevén las causales de cesantía y exoneración y el artículo 42, inciso f, de dicha norma las contempla como causales de conclusión de la relación de empleo.

Son causales para imponer cesantía: inasistencias injustificadas que excedan de diez días discontinuos, en los doce meses inmediatos anteriores; abandono de servicio, el cual se considerará consumado cuando el agente registrare más de cinco 5 inasistencias continuas sin causa que lo justifique y fuera intimado previamente en forma fehaciente a retomar sus tareas; infracciones reiteradas en el cumplimiento de sus tareas, que hayan dado lugar a treinta días de suspensión en los doce meses anteriores; concurso civil o quiebra no causal, salvo casos debidamente justificados por la autoridad administrativa; incumplimiento de los deberes establecidos cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiere; delito doloso no referido a la Administración Pública, cuando por sus circunstancias afecte el prestigio de la función o del agente; calificaciones deficientes como resultado de evaluaciones que impliquen desempeño ineficaz durante tres años consecutivos o cuatro alternados en los últimos diez años de servicio y haya contado con oportunidades de capacitación adecuada para el desempeño de las tareas. En todos los casos podrá considerarse la solicitud de rehabilitación a partir de los dos años de consentido el acto por el que se dispusiera la cesantía o de declarada firme la sentencia judicial, en su caso.

Son, a su vez, causales para imponer la exoneración: sentencia condenatoria firme por delito contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal; falta grave que perjudique materialmente a la Administración Pública; pérdida de la ciudadanía; violación de las prohibiciones impuestas; imposición como pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública. En todos los casos podrá considerarse la solicitud de rehabilitación a partir de los cuatro años de consentido el acto por el que se dispusiera la exoneración o de declarada firme la sentencia judicial, en su caso. La exoneración conllevará necesariamente la baja en todos los cargos públicos que ejerciere el agente sancionado.

La LMREP impone expresamente no sólo que los procedimientos de investigación garanticen el derecho de defensa en juicio (artículo 38), sino que, además, reconoce a todos los agentes comprendidos en su régimen el derecho al debido proceso adjetivo en los términos del artículo 1º, inciso f, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (artículo 29). Los procedimientos de investigación disciplinaria están previstos en el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto 467/99.

5.9.8 Inhabilitación penal

Los agentes públicos, con motivo de la comisión de ciertos delitos, pueden resultar condenados a la pena de inhabilitación, ya sea como pena principal o conjunta, lo cual puede conducir a la conclusión de la relación contractual de función o empleo públicos, cuando la inhabilitación afecta su desempeño en empleos de esa naturaleza.

Dictada la condena que impone la inhabilitación, y notificada la autoridad administrativa, ésta debe disponer inmediatamente el cese del agente público condenado y ese efecto se origina en la sentencia dictada, que la administración debe cumplir.

El artículo 33, inciso e, de la LMREP contempla como causal para la exoneración la imposición como pena principal o accesoria la de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

5.9.9 Incompatibilidades

La existencia de una incompatibilidad administrativa también puede producir la conclusión de la relación de función o empleo públicos. Cuando un agente desempeña dos o más cargos, la administración debe disponer su cese en los cargos incompatibles, de suerte que esas relaciones contractuales se extingan. A veces, las reglamentaciones aplicables dejan a elección del agente la determinación de los cargos en que habrá de cesar, siempre que a ello no se oponga una razón de interés público o aun de conveniencia administrativa.

5.9.10 Jubilación

Alguna parte de la doctrina ha sostenido que la jubilación del agente público produce la conclusión de la relación de función o empleo públicos que lo ligaba al Estado y la extinción de todas las consecuencias de ella.

Ya se ha señalado que la jubilación no produce tal efecto, sino que simplemente origina el de hacer pasar al agente jubilado de la situación de actividad en que se hallaba, mientras ejercía su cargo, a la situación de pasividad, pero sin hacerle perder su condición de funcionario o empleado público.

En consecuencia, la jubilación no constituye un modo de conclusión del contrato de función o empleo públicos.

Sin embargo, la LMREP enuncia como causales de conclusión de la relación de empleo público a la jubilación o el retiro (artículo 42, inciso g).

5.9.11 Nulidad del contrato

Ver lo expuesto en los capítulos precedentes.

Dispone el artículo 6º de la LMREP que las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en las normas que fijan condiciones de ingreso a la Administración Pública Nacional o de las que determinan impedimentos, o de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de sus funciones. Es ésta una excepción al régimen de la anulación de oficio del acto administrativo regulado por los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

5.10 Jurisdicción competente

Los agentes públicos pueden hacer uso, en defensa de sus derechos, de dos tipos de vías recursivas: una, es la que procede en sede administrativa, mientras los recursos,

generales o especiales, que estén previstos en cada caso; otra, es la que corresponde a la jurisdicción judicial, en la cual podrán interponer los recursos y acciones previstos por la ley, entre los cuales se hallan la acción de amparo y el recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Con respecto a las acciones y recursos judiciales, deben ser interpuestos ante los tribunales con competencia en lo contenciosoadministrativo, excepto la acción de amparo, que puede ser deducida ante cualquier juez, cuando se planteen las dudas razonables a que se refiere el art. 4 de la ley 16.986.

6. El contrato de suministro

6.1 Noción conceptual

De las diversas definiciones dadas por la doctrina, y teniendo en cuenta las notas esenciales que concurren a distinguirlo, puede concluirse que "el contrato de suministro es aquél contrato administrativo por el cual la administración pública obtiene la provisión de cosas muebles, mediante el pago de una remuneración en dinero".

Se dice, en primer lugar, que el suministro es un contrato administrativo, con el cual se afirma que se trata de un contrato celebrado entre la administración pública y un particular o una entidad administrativa, con una finalidad de interés público y en el cual, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta.

Conviene retener, por la importancia de este concepto, que de este modo, por medio del contrato de suministro, la administración debe perseguir lograr la satisfacción de una necesidad tendiente al logro del interés público.

Con el contrato de suministro, en segundo lugar, la administración pública busca obtener una provisión, es decir, trata de prevenirse y tener disponibles, en un momento dado, determinadas cosas que habrá de aplicar a un fin preestablecido. Como se advierte, se pone así en evidencia el particular matiz teleológico de este contrato, en cuanto a que con él no se pretende una simple adquisición (aún cuando ésta siempre habrá de tener, al menos subjetivamente, un fin), sino el contar prevenidamente con los elementos que son necesarios para un fin administrativo, lo que adquiere un rol preponderante, por encima de la adquisición de sí misma y de lo que se adquiere. Este matiz, que es común a todos los contratos administrativos, se pone de manifiesto de manera muy clara en el suministro.

El contrato de suministro, por otro lado, debe versar siempre sobre cosas muebles, lo cual implica fijar dos conceptos integrativos: *a*) que el suministro debe referirse a objetos materiales, que puedan tener un valor, conforme a lo preceptuado por el art. 2311 del Código Civil; y *b*) que esos objetos materiales deben ser de una índole tal que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismos, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, tal como lo indica el art. 2318 del mismo Código Civil.

Finalmente, la provisión de esas cosas muebles es obtenida por la administración pública mediante el pago de una remuneración en dinero. Se ha evitado especialmente la

expresión "precio" porque está, en su sentido jurídico, muy ligada a ciertos contratos del derecho privado, como el de compraventa o el de locación. La expresión "remuneración", en cambio, es mucho más adecuada, en cuanto significa retribuir una prestación o un servicio, evitándose de ese modo referencias que puedan llevar a confusiones.

6.2 Naturaleza jurídica

El contrato de suministro es, como queda dicho, un contrato administrativo, y ésta es, sin duda alguna, su naturaleza jurídica.

Cabe tener presente, en este sentido, que una de las partes contratantes debe ser siempre la administración pública, lo que indica no sólo que son una forma de la actividad administrativa, sino que en ellos está inserta, con diversas modalidades, la potestad o poder administrativo, cuya vigencia es posible advertir siempre.

Además, con el contrato de suministro la administración, desplegando una actividad administrativa, lo hace tratando de satisfacer, en forma directa, un interés público, una necesidad colectiva. A esa finalidad tiende este contrato, lo que justifica la presencia en él de cláusulas exorbitantes del derecho privado, o que pongan al cocontratante particular en una posición de subordinación.

Es, pues, la presencia de los caracteres que concurren a definir el contrato administrativo lo que permite concluir que el suministro es, realmente, un contrato de esa clase.

Las modalidades que puede adquirir el cumplimiento de la prestaciones propias de los contratos de suministro, es decir, el hecho de que las cosas en que consiste la provisión se entreguen de una sola vez, o en períodos sucesivos, no alcanza, como a veces se ha pretendido, a alterar el carácter propio de este contrato, ya que tal elemento no es de una entidad tal que pueda influir en la determinación de su naturaleza jurídica.

6.3 Caracteres del contrato de suministro

El contrato de suministro se ofrece a la consideración del estudioso, con los siguientes caracteres especiales.

En primer lugar, se presenta como un contrato bilateral o sinalagmático, puesto que en él las partes quedan obligadas recíprocamente, la una hacia la otra: la administración pública a pagar al proveedor la remuneración convenida, en las condiciones pactadas; el proveedor, a suministrar a la administración las cosas muebles determinadas en el contrato, en la forma y tiempo fijados.

El suministro es, asimismo, un contrato consensual, dado que siempre queda concluido desde el momento en que las partes hubiesen recíprocamente expresado su consentimiento, instante a partir del cual produce todos sus efectos, sin que las partes puedan retractarse o desdecirse de los compromisos adquiridos.

El contrato de suministro es un contrato a título oneroso, en el que las ventajas que otorga a cada una de las partes, les son concedidas a éstas sobre la base de una prestación que la una ha hecho o prometido a la otra.

Resulta más difícil establecer si el suministro es un contrato conmutativo o aleatorio, pero de cualquier manera debe aceptarse que se trata de un contrato conmutativo, puesto que en él, desde un principio, están perfectamente determinadas las prestaciones de cada una de las partes, aun cuando puedan estar sujetas a cierta influencia de factores, por lo común ajenos al contrato, que puedan llegar a influirlas, pero que no les privan de su carácter de ciertas y susceptibles de apreciación inmediata. Esos factores, en realidad, sólo constituyen el álea normal y propia de cualquier contrato, de derecho público o privado.

El suministro puede ser y es, por lo general, un contrato de ejecución sucesiva o escalonada, lo que ocurre cuando las prestaciones se ejecutan de manera continuada o cuando deben cumplirse fraccionadamente, en épocas o períodos diferentes; pero puede ser, igualmente, un contrato un contrato de ejecución instantánea, cuando las prestaciones se cumplen de una sola vez, en un tiempo único, aun cuando esté sujeto a plazo.

Finalmente, no hay inconveniente en aceptar que el contrato de suministro aparece como un contrato simple, principal y que entre nosotros es nominado.

En conclusión, el suministro es, pues, un contrato administrativo bilateral o sinalagmático, consensual, a título oneroso, conmutativo, de ejecución instantánea, sucesiva o escalonada, simple, principal y nominado.

6.4 Régimen general del contrato de suministro

Sin perjuicio de tener presente que son aplicables al contrato de suministro los principios ya considerados al tratar, en el capítulo precedente, de los contratos administrativos en general, hemos de referirnos, seguidamente, a aquellos que constituyen modalidades o características propias del contrato de suministro.

Es muy común que en este contrato el sujeto particular sea, además de las personas físicas que pueden concertarlo, personas jurídicas, principalmente sociedades comerciales o industriales, así como personas jurídicas públicas, estatales o no estatales.

Las cosas muebles que son objeto único del suministro, pueden ser fungibles o no, y consumibles o no consumibles, pudiendo tratarse también de cosas divisibles o que no admiten división, siendo indiferente que el proveedor las tenga o no en su poder, al tiempo de celebrar el contrato, o que deba fabricarlas o producirlas por sí mismo o por un tercero.

En cuanto a las formas que debe revestir el contrato de suministro, ellas están casi siempre impuestas por la legislación administrativa, que regula todo lo atinente a la formación del contrato y a los modos como puede llevarse a cabo y seleccionarse al cocontratante particular, siendo corriente que se formalice mediante un documento especial –la orden de compra o de provisión- o por otros medios escritos comunes.

El sistema de libre elección del sujeto particular tiene una limitada aplicación en el suministro, quedando reservado a casos muy especiales, o a los de reducido monto o menor importancia, o en los que incidan razones de urgencia o el secreto en que debe mantenerse la operación.

Dentro de los sistemas de restricción, las formas más usuales de contratación son la licitación pública, la licitación privada, y la contratación directa, cuando es

procedente.

Entrando ya a lo atinente a la ejecución de este contrato, cabe señalar que el principio de continuidad en la ejecución adquiere especial trascendencia, puesto que lo que la administración pretende es asegurarse la existencia de determinados elementos, artículos o cosas, en el lugar y tiempo convenientes. Es por ello que el proveedor, que asume en forma visible el carácter de un verdadero colaborador de la administración, debe poner de su parte todo lo necesario para cumplir debidamente sus prestaciones.

Los poderes de dirección y control de la administración, que en general no son muy amplios, ya que la iniciativa y la elección de los medios para llevar adelante el contrato están a cargo del proveedor, son, no obstante, mayores en los suministros continuos de ejecución múltiple o escalonada, que en los suministros simples, de ejecución única o instantánea. Ello no impide que la administración, si lo estima necesario, asuma esos poderes de dirección y control, con la amplitud que considere conveniente, sin que se amengüen por ello las obligaciones del proveedor, referentes al correcto cumplimiento de las prestaciones.

La potestad sancionatoria de la administración pública tiene, en el contrato de suministro, una frecuente y amplia aplicación, con la singularidad de que si bien las sanciones pecuniarias son muy comunes, no son las más importantes, sino que ese papel corresponde a las sanciones coercitivas, incluso por encima de las rescisorias, lo que se funda en que en el suministro lo que realmente importa es que se obtenga la provisión, en el momento y en las condiciones previstas.

En el contrato de suministro, haya sido concertado o no sobre muestras, rige con especial estrictez al principio de que el proveedor debe entregar exactamente las cosas requeridas, según las características, peso, medida, calidad, etc., con que hayan sido solicitadas. Por ello, los procedimientos de recepción –ya sea provisional o definitiva-, que siempre deben ser contradictorios, es decir, cumplidos en presencia del proveedor o su representación, adquieren particular importancia, y deben ser llevados a cabo por la administración con todo celo y cuidado, pudiendo concluir por la aceptación de las cosas provistas, o por su rechazo total o parcial, si no cumplen las exigencias debidas.

Aceptada la provisión, la administración debe pagar la remuneración fijada en el contrato de suministro, en la forma que éste establezca.

La forma más común de conclusión del suministro es la que tiene lugar por el cumplimiento de su objeto, o sea, por la correcta ejecución y entrega de la provisión requerida. Si las cosas en que consiste el suministro no han sido aún entregadas a la administración, el deterioro, la destrucción o pérdida de ellas corre por cuenta y riesgo del proveedor, quien siempre quedará obligado a la entrega, conforme a lo estipulado.

Las cuestiones y divergencias que se susciten con motivo de un contrato de suministro, cuando no quedan resueltas por vía administrativa, corresponderán a los tribunales con competencia en lo contenciosoadministrativo, ya que son cuestiones que deben ser resueltas por aplicación de normas de derecho administrativo.

7. Otros contratos administrativos. Idea general.

Aceptada ya, por incontrovertible, la posibilidad de que la administración pública lleve a cabo una verdadera actividad contractual que cada día es más intensa,

siguiendo el impulso de las numerosas y crecientes necesidades y exigencias que debe atender, y aceptando, asimismo, que en esa actividad contractual no sólo puede celebrar contratos nominados, sino también innominados y no específicos, queda claro que los organismos administrativos, siempre que se muevan dentro de la competencia que les ha sido asignada, pueden concertar cualquier clase de contratos, siguiendo los tipos reconocidos en el derecho o aún otros distintos, si el interés público y las necesidades colectivas así lo exigen.

Esos contratos, como ya se dijo en el inicio de este capítulo, serán administrativos en tanto y en cuanto presenten los caracteres propios del contrato administrativo, los cuales hemos señalado al efectuar, en el capítulo anterior, su definición.

Dentro de esta tónica, y con ese concepto, se ha señalado la existencia, entre otros muchos, de los siguientes contratos administrativos: 1) contrato de transporte; 2) contrato de locación de servicios; 3) contrato de locación de cosas; 4) contrato de mandato; 5) contrato de fianza; 6) contrato de depósito; y 7) contrato de juego.

La ley 22.460 –ley conceptualmente defectuosa y que debería ser revisada- ha venido a regular los llamados "contratos de consultoría", que ella misma ha calificado, en las dos formas posibles que admite, como una forma de locación de obra intelectual o de la locación de servicios. El Decreto 917/94 disolvió el Registro Nacional de Firmas Consultoras, creado por el artículo 5° de la ley. Asimismo, el decreto delegado 1023/01, que comprende en su ámbito al contrato de consultoría, derogó el artículo 12 a tenor del cual la contratación de servicios de consultoría realizado por las entidades públicas mencionadas en el artículo 1° (administración pública nacional, sus dependencias, reparticiones y entidades autárquicas o descentralizadas, empresas y bancos del Estado, Sociedades del Estado regidas por la ley 20705 y sociedades de cualquier naturaleza con participación estatal mayoritaria) debía efectuarse mediante el procedimiento de concurso público, salvo el empleo del concurso privado y la contratación directa cuyos supuestos remitía a la reglamentación.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada

1. Aguiar, Henoch D., Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley, Buenos Aires, 1950, t. II.
2. Albert, L'imprévision dans les concessions de servicios publics, Paris, 1926.
3. Alessi, Renato, Diritto amministrativo, Milano, 1959.
4. Alessi, Renato, La responsabilità della pubblica amministrazione, Milano, 1951.
5. Altamira, Pedro Guillermo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1971.
6. Álvarez Gendín, Sabino, Los contratos públicos, Madrid, 1934.
7. Álvarez Gendín, Sabino, Teoría y práctica del contencioso-administrativo, Barcelona, 1958, t. I.
8. Álvarez Gendín, Sabino, Tratado general de derecho administrativo, Barcelona, 1958, t. I.
9. Appleton, Traité élémentaire du contentieux administratif, Paris, 1927.
10. Araujo Falcão, Natureza jurídica do empréstito compulsorio, Rio de Janeiro, 1964.
11. Baleeiro, Los empréstitos forzosos y la política y la política fiscal, en "Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública", 1964.
12. Batbié, A., Droit administratif, Paris, 1885, t. VII.

13. Berçaitz, Miguel Á., Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1952.
14. Berthèlemy, H., Droit administratif, Paris, 1910.
15. Bezzi, Osvaldo H., Tarifas: su naturaleza; la configuración del poder tarifario: su evolución, en la revista RAP, N° 268, Buenos Aires, enero de 2001, p. 77.
16. Bianchi, Alberto B., La regulación económica, Buenos Aires, 2001, t. 1.
17. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1938, t. I.
18. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, t. I.
19. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1964, t. I.
20. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1967, t. III.
21. Bielsa, Rafael, La función pública, Buenos Aires, 1960.
22. Bielsa, Rafael, Principios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1963.
23. Blondeau, Ange, La concession de service public, Paris, 1933.
24. Bonnard, Roger, Précis de droit administratif, Paris, 1935.
25. Bonnard, Roger, Précis de droit public, Paris, 1943.
26. Bougart, L'obéissance hiérarchique, Paris, 1934.
27. Brandao Cavalcanti, Themistocles, Tratado de direito administrativo, Río de Janeiro, 1942-1943.
28. Brewer Carias, Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana, Caracas, 1964.
29. Bullrich, Rodolfo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1925-1939, t. II.
30. Bullrich, Rodolfo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1939, t. II.
31. Bullrich, Rodolfo, Principios generales de administrativo, Buenos Aires, 1942.
32. Busquet, Les fonctionnaires et la lutte pour le droit, Paris, 1910.
33. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Lisboa, 1965.
34. Canda, Fabián O., La responsabilidad penal de los agentes de la Administración Pública, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p. 617.
35. Capitant, La double notion de travail public, en "Revue de Droit Public", 1929, t. 46.
36. Carayon, La cession des concessions et des permissions, Paris 1943.
37. Cassagne, Juan C., La intervención administrativa, Buenos Aires, 1994.
38. Cianflone, Antonio, L'appalto di opere pubbliche, Milano, 1950.
39. Colombo, Leonardo A., Culpa aquiliana. Cuasidelitos, Buenos Aires, 1947.
40. Comadira, Julio R., Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios., Buenos Aires, 2003, segunda edición actualizada y ampliada.
41. Comadira, Julio R., La obediencia jerárquica, en "Doctrina Jurídica", La Plata, 1971.
42. Comadira, Julio R., La responsabilidad disciplinaria del funcionario público, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p. 589.
43. Cretella Junior, José, Direito administrativo, Rìo de Janeiro-São Paulo, 1958.
44. Cretella Junior, José, Tratado de direito administrativo, Rìo de Janeiro-São Paulo, 1967, t. III.
45. Cretella Junior, José, Tratado de direito administrativo, Rìo de Janeiro-São Paulo, 1968, t. III.

46. Cretella Junior, José, Tratado de direito administrativo, Rìo de Janeiro-São Paulo, 1966-1968, t. III.
47. Cretella Junior, José, Tratado de direito administrativo, Rìo de Janeiro, São Paulo, 1966-1968, t. IV.
48. D'Alessio, Francesco, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Torino, 1932-1934.
49. De Gennaro, Giovanni, Sulla natura giuridica del rapporto di pubblico impiego, en Scritti di diritto pubblico, Milano, 1955.
50. De Juano, Curso de finanzas y derecho tributario, Rosario, 1964.
51. De Valles, Arnoldo, Elementi di diritto amministrativo, Padova, 1951.
52. De Valles, Arnoldo, I servizi pubblici, en Primo trattato completo di diritto amministrativo de Orlando, Milano, 1930, t. VI.
53. Delmas, Du pouvoir de l'administration de modifier les provisions du marché de travaux publics, Paris, 1945.
54. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1967, t. III.
55. Diez, Manuel M., El deber de obediencia en la función pública, Buenos Aires, 1938.
56. Drago, Discusiones y escritos, Buenos Aires, 1938.
57. Duguit, León, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1923, t. III.
58. Durrieu, Técnica de la ingeniería y la arquitectura e ingeniería legal, Buenos Aires, 1954.
59. Duverger, Finances publiques, Paris, 1968.
60. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1965.
61. Erb, La mise en régie dans les marchés de travaux publics, Nancy, 1944.
62. Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1977-1979.
63. Escola, Héctor J., Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, 1967.
64. Fernández de Velasco, Recaredo, Los contratos administrativos, Madrid, 1927.
65. Fernández de Velasco, Recaredo, Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración, Barcelona, 1930, t. I.
66. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976, t. I.
67. Fiorini, Bartolomé A., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1968.
68. Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, 1928.
69. Fougerole, La déchéance de l'entrepreneur, Paris, 1933.
70. Fourrier, La liberté d'opinion du fonctionnaire, Paris, 1957.
71. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1962.
72. Fragola, Humberto, Il collaudo delle opere ubbliche, en "Rassegna di Diritto Pubblico", 1958, t. 13.
73. García Oviedo, Carlos, Derecho administrativo, Madrid, 1951.
74. García Oviedo, Carlos, Derecho administrativo, Madrid, eds. 1943 y 1959, t. I.
75. García Oviedo, Carlos, Derecho administrativo, Madrid, 1959, t. I.
76. García Oviedo, Carlos, Hacia la emancipación del derecho administrativo, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1930.
77. García Vizcaíno, José, Tratado de política económica argentina, Buenos Aires, 1974, t. I.
78. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1960, t. II.
79. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962, t. II.
80. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1966, t. II.
81. Gascón y Marín, José, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1958, t. I.

82. Giorgi, La dottrina delle persone giuridiche, 1892, ts. II y III.
83. Giuliani Fonrouge, Carlos M., Derecho financiero, Buenos Aires, 1973, t. II.
84. Giuliani Fonrouge, Carlos M., El derecho de peaje, LL 117-859.
85. Goane, René, El poder disciplinario de la Administración Pública (algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional), en Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje a Miguel S. Marienhoff, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, 1998.
86. González Calderón, Juan A., Derecho constitucional argentino, Buenos Aires, 1931, t. III.
87. González, Joaquín V., Manual del la Constitución argentina, Buenos Aires, 9ª ed.
88. Gordillo, Agustín A., Derecho administrativo de la economía, Buenos Aires, 1967.
89. Gordillo, Agustín A., Estudios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1963.
90. Gordillo, Agustín A., Obra pública y contrato de obra pública, en "Rassegna dei Lavori Pubblici", 1964, extratto del n 5.
91. Greca, Alcides, Derecho y ciencia de la administración municipal, Santa Fe, 1937.
92. Greca, Alcides, Régimen legal de la construcción, Buenos Aires, 1956.
93. Grecco, Carlos M., Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (a propósito de la privatización de ENTEL), ReDA, año 2, 1990.
94. Guaresti, Los servicios públicos, LL t. 76.
95. Hastchek, Institutionen des deutschen und preussischen Verwaltungsrecht, Leipzig, 1919.
96. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, 1933.
97. Hauriou, Maurice, Précis élémentaire de droit administratif, Paris, 1925.
98. Herrera de Villavicencio, Blanca, La estabilidad del agente público, San Miguel de Tucumán.
99. Ingrosso, Diritto finanziario, Napoli, 1956.
100. Ingrosso, Istituzioni di diritto finanziario, Napoli, 1946, t. III.
101. Ivanega, Miriam M., Responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p. 601.
102. Jèze, Gaston, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1950, t. IV.
103. Jèze, Gaston, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1950, t. II.
104. Jèze, Gaston, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1950, t. II, vol. I.
105. Jèze, Gaston, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1950, t. III.
106. Laband, Paul, Le droit public de l'Empire allemand, Paris, 1900-1904.
107. Lafaille, Héctor, Curso de contratos, Buenos Aires, 1927, t. I.
108. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1970.
109. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1979, t. I.
110. Laubadère, André de, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956.

111. Lentini, Arturo, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1939.
112. Mantellini, Lo stato e il codice civile, Florencia, 1882.
113. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1960.
114. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, T. II 1966.
115. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, T. III-A 1970.
116. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, T. III-B 1970.
117. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, T. III-B, cuarta edición actualizada, reimpresión, 1998.
118. Marino Borrego, El suministro, Salamanca, 1959.
119. Masagao, Natureza jurídica da concessão de serviço publico, São Paulo, 1933.
120. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1900-1904, t. IV.
121. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1903, t. IV.
122. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1906.
123. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1908, t. IV.
124. Merkl, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, 1935.
125. Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, 1909.
126. Mó Fernando, Régimen legal de las obras públicas, Buenos Aires, 1966.
127. Nielsen, Federico, Incompatibilidades de los funcionarios públicos, en la obra colectiva Organización Administrativa, Función Pública, y Dominio Público, editada con motivo de las Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005.
128. Oría, Finanzas, Buenos Aires, 1948, t. III.
129. Péquignot, Des contrats administratifs, extrait du "Juris Classeur Administratif", Paris, 1935, fascículo 500.
130. Péquignot, Théorie générale du contrat administratif, Paris, 1945.
131. Perrino, Pablo E., La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados, en Contratos administrativos, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000, p. 149.
132. Posada, Adolfo, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1887.
133. Presutti, Errico, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Messina, 3ª ed.
134. Raggi, Contributo alla dottrina delle servizi nel diritto pubblico, Roma, 1914.
135. Ranelletti, Oreste, Teoria degli atti amministrativi speciali, Milano, 1945.
136. Rieffolo Bessone, Contrato de obra pública, Buenos Aires, 1946.
137. Riesta, Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche, en "Il Foro Amministrativo", 1932, t. II.
138. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1962.
139. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1963.
140. Roehrssen, I lavori pubblici, Bologna, 1956.
141. Roehrssen, Sul concetto di opera pubblica e di lavoro pubblico, Roma, 1962, en "Rassegna dei Lavori Pubbliche", extratto del nº 2.
142. Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Paris, 1947.
143. Rouvière, Les contrats administratifs, Paris, 1930.

144. Ruiz y Gómez, Julián M., Principios generales de derecho administrativo, La Habana, 1935.
145. Sacristán, Estela B., Naturaleza jurídica de las tarifas. Sistemas tarifarios, en Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2004.
146. Salomoni, Jorge L., Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos, en Derecho administrativo hoy, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, p. 302.
147. Savagnone, Le incompatibilità amministrative, Milano, 1909.
148. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
149. Schoo, Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales, Buenos Aires, 1940.
150. Serrano Guirado, Las incompatibilidades de autoridades y funcionarios, Madrid, 1956.
151. Silva Cimma, Enrique, Derecho administrativo chileno y comparado, Santiago de Chile, 1961, t. II.
152. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1945, t. I.
153. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1953, t. V.
154. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1970, t. V.
155. Tawil, Guido S., Licencia y contrato como título habilitante para la prestación del servicio público, en Contratos administrativos, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000.
156. Terry, Finanzas, Buenos Aires, 1912.
157. Urrutigoyti, Javier, Retribución en los servicios públicos, en la obra colectiva Los servicios públicos, régimen jurídico actual, Buenos Aires, 1994, cap. 3.
158. Van Hecke, Problème juridiques des emprunts internationaux, Leiden, 1955.
159. Varela, Apuntes de derecho administrativo, Montevideo, 1897.
160. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1961.
161. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1976.
162. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1956.
163. Vitta, Cino, Diritto amministrativo, Torino, 1948, t. I.
164. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1957.
165. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1959.
166. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
167. Watrin, Essais de construction d'un contentieux international de dettes publiques, Paris, 1929.
168. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1945.
169. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1945-1952, t. III.
170. Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1945-1952, t. III.
171. Zanobini, Guido, Droit administratif, Paris, 1963.

172. Zanobini, Guido, L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, en Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, de Orlando, Milano, 1935, t. II.
173. Zárate, El control de las concesiones de servicios públicos, Buenos Aires, 1937.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

PARTE SÉPTIMA

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Capítulo XVIII

El procedimiento administrativo[1].

1. Concepto

El procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos a través de la cual se expresa, ordenada y sistemáticamente, la voluntad administrativa (Comadira). En ese sentido recordamos también la autorizada opinión de Escola, para quien el procedimiento administrativo es un conjunto de formas que se cumple por la Administración y ante ella, con el fin de preparar la emisión de actos dirigidos a la satisfacción directa e inmediata del interés público.

Se puede decir, en fin, que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal de la función administrativa.

La institución en estudio está, pues, íntimamente emparentada con la teoría de las funciones jurídicas del Estado; y, así, ella se enriquece con la larga tradición de la ciencia del Derecho respecto de los procesos estatales al recoger, en su ámbito, el sentido protector y garantístico del procedimiento judicial y la función legitimadora del procedimiento parlamentario (Schmidt-Abmann).

En la doctrina, fue Merkl quien al ubicar al procedimiento administrativo, junto con los procedimientos legislativo y judicial, como una especie del género proceso jurídico o procedimiento, insertó a aquél en la teoría general del Derecho y, de ese modo, permitió, por un lado, reforzar el sentido tuitivo del procedimiento administrativo y, por otro, distinguir con claridad sus rasgos y singularidades al privar a la función judicial del monopolio del instituto.

En razón de esas circunstancias corresponde, entonces, tener por reiterado, aquí, el criterio de categorización de tales funciones, antes estudiado, lo cual permitirá valorar adecuadamente el sentido específico de las notas que perfilan el procedimiento administrativo.

Las normas que regulan el procedimiento administrativo tienen un carácter instrumental en relación con la gestión del bien común, causa final del Estado (Sampay), y, en ese sentido, el interés público, como *standard* de interpretación de la relación jurídico- administrativa (Garrido Falla), gravita también en el ámbito estrictamente procedimental.

Esa preponderante incidencia del interés público en las normas procedimentales no importa, sin embargo, que los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares dejen de concurrir como datos de ineludible reconocimiento y protección, ni que los titulares de esas prerrogativas no deban ser considerados como auténticos colaboradores de la Administración en la gestión pública que a ésta le compete.

[1] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira.

Antes dijimos, en efecto, que una de las notas categorizantes del régimen exorbitante inherente a la función administrativa es, en su dimensión tuitiva-procesal, el "debido procedimiento previo" a todo acto administrativo.

Y más aún, la regulación legal del procedimiento sobre la base de pautas axiológicas de esa índole constituye un factor condicionante de la eficacia del accionar estatal (Linares).

El sistema jurídico administrativo revela la existencia de una estructura dialéctica compuesta por principios autoritarios y liberales, que procura compatibilizar las prerrogativas administrativas con las garantías debidas a los particulares. Por eso, bien puede decirse que "la tensión que subyace en todo el ordenamiento jurídico administrativo entre prerrogativa y garantía, eficacia y seguridad, interés público y particular, adquiere su máxima relevancia en la regulación del procedimiento administrativo" (González Pérez y González Navarro)

En ese marco, las formas -y el procedimiento es "forma"- cumplen un doble papel tuitivo, pues deben asegurar, por un lado, la eficacia de la gestión de la Administración, y, por otro, el respeto de los derechos e intereses particulares (Marienhoff)[2].

2. Procedimiento administrativo y procedimiento judicial (civil).

El régimen jurídico inherente a cada una de las funciones del Estado es, a su vez, consecuencia, en lo sustancial, de las finalidades que determinan a cada una de ellas.

En lo que aquí interesa conviene recordar que mientras el fin esencial de la función administrativa es la gestión directa e inmediata del bien común -aun cuando a raíz de ella resulten beneficiados mediata o indirectamente los intereses particulares- la función judicial reconoce, en cambio -al menos en el ámbito civil- como propósito esencial la resolución de conflictos de intereses entre partes, sin perjuicio del interés público satisfecho mediatamente al excluirse la autodefensa[3].

La diferencia de fines en las actividades se refleja en los distintos valores que inspiran la estructura de los órganos que las cumplen y de los instrumentos procesales que las encauzan.

En relación con la función administrativa se justifica, así, la relación de subordinación jerárquica que informa la vinculación entre los órganos afectados al cumplimiento de aquella función estatal, y, respecto de la función judicial se comprende por qué asume una significación axiológica fundamental la independencia del órgano que la titulariza.

A su vez, desde el punto de vista procesal, procedimiento administrativo y procedimiento judicial, no son sino cauces procesales externos de funciones diversas: el primero, dirigido a garantizar la satisfacción con inmediatez del interés público; el segundo, encaminado a lograr la resolución de conflictos entre partes con intereses contrapuestos.

---

[2] Acerca de la doble función de garantía de las formas en el derecho público, puede verse Montoro Puerto. En el mismo sentido Beladiez Rojo.

[3] Couture ha señalado, además, la existencia de un "interés social comprometido en asegurar la efectividad del derecho, mediante la obra incesante de la jurisdicción" .

Por eso, Fiorini pudo señalar que el traslado de las pautas del procedimiento administrativo al judicial podría concluir en un juicio político, siendo válido agregar que, a la inversa, el traslado de las pautas del segundo al primero significaría la exclusión de la idoneidad del funcionario que así lo hiciera, porque ello importaría una falta de ubicuidad en el ámbito de las valoraciones propias que deben inspirar el accionar de la Administración Pública.

En este orden de ideas es posible señalar que pese a la acentuada gravitación de la concepción publicística del proceso en la esfera judicial (como ocurre, por ejemplo, en los códigos procesales civiles y comerciales de la Nación y la provincia de Buenos Aires), los efectos jurídicos de dicha concepción no pueden identificarse con los vigentes en el ámbito administrativo, dado que se oponen a tal equiparación los fines propios de las funciones judicial y administrativa (Escola-Fiorini).

Es así como, si bien en la Exposición de Motivos (punto II, Lineamientos Generales del Proyecto) que precedió a la ley 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) se expresó como uno de los propósitos del ordenamiento proyectado el de dotar a los jueces de mayores atribuciones para la dirección y ordenación de las causas, se lo hace dejando aclarado que el proceso seguirá respondiendo a las exigencias fundamentales del principio dispositivo.

Asimismo, y pese a que los autores del proyecto antes mencionado manifestaron su adhesión al sistema de la impulsión procesal de oficio, no dejaron de puntualizar que ello no significaba liberar a las partes de la carga que también les incumbe en ese aspecto, a la que asignan un papel primordial, ejemplificando con el instituto de la caducidad de instancia, que responde al principio dispositivo, y fue mantenido en el Código.

Por otra parte, no obstante las facultades amplias que en materia de ordenación se confieren a los jueces, ellas suponen la concurrente actividad de las partes (Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce), de modo que, como señaló Fassi, las facultades del juez en orden al logro de la más rápida y mejor justicia significaron una atemperación del principio dispositivo y no su supresión cuyos principios estructurales siguieron vigentes.

Consideraciones similares pueden formularse respecto de las facultades instructorias pues ellas deben interpretarse teniendo bien entendido que la "potestad reconocida a los jueces únicamente es complementaria de la actividad que deben desarrollar las partes en esta etapa del proceso. Es que la iniciativa probatoria del juez no puede prevalecer sobre la carga impuesta a las partes sino que solamente ha de encaminarse a integrar la insuficiencia de la instrucción. La reforma importa, en este último análisis, acordar al juez facultades instructorias limitadas" (Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce-Colombo).

Más allá de la controversia acerca del carácter facultativo u obligatorio de las atribuciones otorgadas a los jueces por el artículo 36 del Código Procesal es oportuno acotar que, aun aceptando el criterio que las discierne como deberes[4], tal conclusión no enerva el natural poder de disposición que las partes conservan respecto del proceso, al cual pueden extinguirlo de común acuerdo con anterioridad a la sentencia (primer

[4] Las consideran simples facultades, Colombo, Cuadrao, Palacio, Guerrero Leconte, etc. Fernando de la Rúa, por su parte, estima que se trata de auténticos deberes. Arazi expresa, por su parte, que las facultades ordenatorias e instructorias del Juez no son atribuciones que el magistrado puede o no utilizar a su antojo sino que son instrumentos que el legislador ha puesto en sus manos para que aquél realice mejor su tarea de administrar justicia, de modo que las debe utilizar cuando entienda que ellos contribuyen al mejor ejercicio de su función jurisdiccional.

párrafo del artículo 304); por el desistimiento unilateral antes de la notificación de la demanda; o bien, con la conformidad del demandado, después de la notificación de ésta (segundo párrafo del artículo citado).

Esos poderes de disposición sólo se explican en el marco de un proceso que, maguer su impronta publicística, deriva su sentido fundamental de la protección de los derechos particulares.

Por tal razón, el dato del interés público como valor esencial inherente a la gestión administrativa es de suma importancia, y su operatividad directa e inmediata en el ámbito del procedimiento administrativo es una de las notas que lo tipifican en relación con el judicial.

Así como en el procedimiento administrativo gravita el interés público -valorado como tal por la Administración o bien predeterminado por el legislador[5]- las normas pertinentes imponen al administrador la obligación de proveer de oficio al desenvolvimiento de los trámites necesarios para el dictado de la decisión correspondiente, con o sin la concurrente actividad de los particulares (sin perjuicio del debido respeto del derecho de defensa), circunstancia por la cual, en esos casos, resulta excluida la vigencia del principio dispositivo.

Ello es así porque mediante el procedimiento administrativo se atiende no sólo a la protección de los derechos e intereses particulares, sino también, y primordialmente, al cumplimiento del fin propio de la función administrativa, dado, según se vio, por la satisfacción directa e inmediata del bien común.

Por tal motivo, aun cuando se propicie incorporar como principio del procedimiento administrativo a la contradicción (v.gr. concursos, licitaciones, solicitud de autorizaciones, etc), ésta responde también al interés público representado "...ya que con las observaciones y pruebas de los contrainteresados la Administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad" (Gordillo).

3. El procedimiento administrativo como exigencia constitucional de la función administrativa

El derecho público provincial muestra constituciones que contienen cláusulas en las cuales se otorga a los respectivos poderes legislativos la atribución expresa de dictar normas relativas al procedimiento administrativo, como sucede, por ejemplo, en las provincias de Chaco (art.119, inciso 11); Formosa (art.118, inc. 22); Río Negro (art. 139, inc. 14); o San Juan (art. 150, inc.24). Y en otras la atribución se puede considerar implícita, como derivación de las potestades relativas al dictado de normas de organización administrativa (v.gr: Santa Fe, art.55, inciso 23) u "orgánicas de la Administración Pública (v.gr: Santiago del Estero, art. 132, inc.28).

En el ámbito nacional, al menos, no existe una cláusula constitucional expresa que imponga el accionar procesalizado de los órganos que ejercen la función administrativa. La situación es, por ende, distinta de la configurada respecto de las funciones legislativa y jurisdiccional, pues la primera tiene fijado, en efecto, su cauce específico en la Constitución Nacional (artículos 77 a 84) mientras que la segunda está

[5] Por ejemplo, trámites de previsión social (art. 1, inc. e), ap. 9 de la LNPA.

remitida por la Constitución a la regulación nacional o local según el caso (artículo 75, inciso 12).

De esa ausencia regulatoria no puede inferirse, sin embargo, la posibilidad de que los órganos que ejercen la función administrativa puedan actuar sin sujeción a orden procesal alguno, ni menos aún que con ese accionar puedan menoscabar los derechos de los particulares. La afirmación contenida en un antiguo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que el reconocimiento de un derecho hecho en un decreto puede quedar sin efecto por otro decreto, en tanto los procedimientos administrativos no "tienen forma ni carácter de juicio" es propia de un concepto de la función administrativa y de una época felizmente ya superada[6].

Cabe, por ello, preguntar cuál es la razón de ser del procedimiento administrativo, con independencia de su disciplina normativa infraconstitucional, en tanto modo secuencial, ordenado y sistemático de canalizar el ejercicio de la función administrativa.

Históricamente se privilegió la significación del procedimiento administrativo como garantía de defensa de los derechos individuales en el ámbito administrativo; es más, la idea predominante identificaba el procedimiento recursivo con el procedimiento administrativo (Fiorini); así, el derecho de peticionar a las autoridades y la fuerza expansiva de la inviolabilidad del derecho de defensa, resultantes, respectivamente, de los artículos 14 y 18 de la Constitución, han sido, tradicionalmente, el sustento constitucional invocado para justificar la existencia misma del procedimiento administrativo. La historia evidencia que normalmente los primeros intentos regulatorios nacionales incursionaron en la esfera reclamatoria o recursiva.

Ese enfoque, sin duda valioso, es, sin embargo, insuficiente para dar debida cuenta de todos los valores que deben inspirar la conducta de la Administración Pública. La eficaz y eficiente gestión, con inmediatez, del interés público (el Bienestar General enunciado en el Preámbulo de la Constitución), en tanto fin específico de la función administrativa no puede escapar, en efecto, a la exigencia de razonabilidad que es inherente a todo el accionar del Estado, la cual significa, en el caso, un *standard* garantizador de que el comportamiento administrativo se cumplirá ordenada y sistemáticamente orientado al logro de su télesis inspiradora y que excluirá, por tanto, toda conducta administrativa caótica o, simplemente, espontánea y librada, en consecuencia, al contingente criterio de los administradores de turno.

La razonabilidad no se agota, pues, ni en el sentido tuitivo que emerge de la letra de la Constitución en relación con la reglamentación legal formal de los derechos individuales (artículo 28), ni en su proyección igualmente protectora de esos derechos respecto del contenido sustantivo del accionar estatal en general (judicial y administrativo); la razonabilidad en el sentido antes indicado es, también, un componente inexcusable de la propia eficacia y eficiencia administrativa.

Insoslayable respeto de los derechos individuales, por un lado, y eficacia y eficiencia en la gestión con inmediatez del bien común procurada con razonabilidad, por otro, son, a nuestro juicio, los valores de rango constitucional que dan sustento al procedimiento administrativo como requisito formal inherente al ejercicio de la función administrativa del Estado.

[6] CSJN, 1908, "Reid de Ackerley, Margarita c/ Gobierno Nacional", Fallos: 109:403 (considerando 8°).

4. La regulación del procedimiento administrativo

Hasta aquí hemos intentado demostrar la existencia del procedimiento administrativo como institución, en el propio texto constitucional

Procede, entonces, ahora, abordar la cuestión relativa a su regulación en el plano infraconstitucional; concretamente, corresponde determinar si ella compete al Poder legislativo, al Poder ejecutivo o, en su caso, a ambos en forma concurrente.

Por nuestra parte, pensamos que si las normas no excedieran en su alcance el ámbito interorgánico o interadministrativo, o aun cuando lo trascendieran, ellas no afectaran el *status* jurídico de los administrados imponiéndoles obligaciones eventualmente conducentes a la extinción de sus derechos, bien podrían ser instrumentadas por decreto del Poder Ejecutivo en ejercicio de un poder inherente a la titularidad de la función administrativa.

Si, en cambio, la disciplina normativa pretendiera exceder el ámbito "interno" antes descripto, comprendiendo en su alcance la regulación de conductas de los particulares con consecuencias afectantes del *status* jurídico de éstos, no parece que en este caso pudiera ser excluido el soporte legal formal. Los artículos 14 y 19 de la Constitución son claros al exigir la ley formal para la reglamentación de los derechos individuales.

Respetados, pues, los límites que derivan de los ámbitos delineados nada impide que en cada uno de ellos incursionen adecuadamente complementados el reglamento y la ley.

5. Los límites constitucionales de la regulación legislativa

La reglamentación legislativa del procedimiento administrativo no podría, ciertamente, alterar la esencia de los derechos subjetivos reglamentados; empero, tampoco podría vaciar de contenido a prerrogativas públicas inherentes a las exigencias de un accionar administrativo eficaz. La irrazonabilidad, que implica, en si misma, inconstitucionalidad Marienhoff), puede derivar tanto del exceso estatista como garantista.

Así, por ejemplo, sería irrazonable una norma legal que habilitara siempre y en todos los casos la ejecutoriedad coactiva del acto administrativo, sin contemplar excepción alguna. La Convención Americana de Derechos Humanos podría incluso invocarse en contra de una solución de esta índole (Salomoni). Pero también sería irrazonable una norma que pretendiera transformar a la Administración en un particular más, exigiendole acudir siempre a la Justicia para la ejecución coactiva de sus decisiones.

Sería, asimismo, inconstitucional una norma que autorizara acudir a la Justicia respecto de la decisión de cualquier funcionario, excluyendo, *a priori*, el control jerárquico, o en su caso de tutela, que le corresponde al Presidente de la Nación como titular de la función administrativa; sin embargo, resultaría igualmente inconstitucional la pretensión legal de imponer el agotamiento de la vía administrativa en todos los casos, desconociendo el significado frustrante de la tutela judicial a que conduce, por ejemplo, el obligado tránsito de ritualismos inútiles.

La inconstitucionalidad también afectaría a una norma que excluyera del control de tutela del Poder Ejecutivo a ciertos actos de los entes reguladores de los servicios públicos, aun cuando la exclusión se fundara en la idoneidad técnica de tales entes. Y también implicaría inconstitucionalidad la pretensión de adjudicar esa tutela a un órgano distinto del Poder Ejecutivo.

No resistiría el test de constitucionalidad una norma que privara a la Administración, sin excepción alguna, de la potestad de revocar sus propios actos gravemente ilegítimos; e igual conclusión merecería una norma que habilitara tal potestad sin imponer, simultáneamente, el respeto del derecho al debido proceso adjetivo.

La publicidad de los actos de gobierno es un dato propio de la república, es, como decía Alberdi "la garantía de las garantías"; por eso, no sería aceptable la posibilidad de negar el acceso a las actuaciones administrativas a quienes demostraran algún interés en ello; sin embargo, no sería a nuestro juicio razonable privar a la autoridad administrativa de la posibilidad de actuar con el resguardo de la confidencialidad en ciertas etapas de la evaluación durante el procedimiento de selección de contratistas, siempre que, claro está, el acceso fuera irrestricto después de emitido el acto de adjudicación.

En esta materia administrativa, como en otras, el legislador está condicionado por los límites que derivan de la Constitución tanto para garantizar la inalterabilidad de los derechos, como para preservar las prerrogativas públicas pues, como en su momento resolvió el Alto Tribunal Nacional en diversos pronunciamientos, aquéllas también resultan amparadas por la exigencia del comportamiento razonable del legislador[7], cuyas limitaciones y prohibiciones no deben alcanzar una extensión tal que "destruya los poderes necesarios de los estados o trabe su ejercicio eficaz"[8].

Todo el sistema jurídico administrativo revela la existencia de una estructura dialéctica compuesta por principios autoritarios y liberales, que procura compatibilizar las prerrogativas con las garantías. Por eso, bien pudo decirse que la tensión que subyace en todo el ordenamiento jurídico administrativo entre prerrogativa y garantía, eficacia y seguridad, interés público y particular, adquiere su mayor relevancia en la regulación de los procedimientos administrativos (González Pérez y González Navarro). En ese aspecto, como en todos, el derecho responde a una solución de compromiso (Meilán Gil).

6. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549: carácter y contenido.

6.1 Carácter

[7] CSJN, 13/05/1963, "Cuello, Héctor Luis. c/ Nación", Fallos: 255:293; CSJN, 1966, "Dri, Antonio c/ Nación", Fallos: 264:94, recordados por Julio Oyhanarte.
[8] CSJN, 10/08/1934, "Sardi, Carlos y otros c/ Prov. de Mendoza", Fallos: 171:79, también publicado en JA 47-409.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha caracterizado a la ley 19.549 como una norma federal[9]. Las leyes federales tienen ámbito de vigencia en todo el territorio del Estado, y resultan de difícil conceptualización genérica, aunque pueden serlo por razón de la materia, de las personas y excepcionalmente del lugar (Bidart Campos).

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha sostenido que la afirmación de que la LNPA es una ley local no puede ser compartida, ya que aquélla no se limita, como ocurre con las locales, a regir en la Capital y los lugares sujetos a jurisdicción federal, sino que regula, en principio, todos los procedimientos concernientes al Gobierno nacional, no siendo por lo tanto una ley meramente local. Reconoció que el tema precedentemente analizado ha sido ponderado de diversas maneras por los autores, tal como se describirá en párrafo aparte. No obstante, consideró definitoria en el caso la señalada orientación del Superior Tribunal[10].

El debate doctrinal sobre el tema se plantea entre quienes sostienen que la ley, al menos en los aspectos en que regula materias de derecho procesal administrativo, es local, en el sentido de que sólo rige para el Estado Nacional y sus entidades (Cassagne), y quienes entienden que la referida ley no es meramente local ya que no se limita a regir en la Capital Federal y los lugares sujetos a jurisdicción federal, sino que establece, en principio, todos los procedimientos concernientes al Gobierno Nacional, resultando por lo tanto una ley federal y local simultáneamente (González Arzac)[11].

6.2 Contenido: las diversas materias reguladas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su Reglamentacion

A partir de la discriminación que realizó Fiorini, es posible distinguir en el complejo normativo las siguientes materias:

1) Régimen jurídico del acto administrativo (vgr. elementos, arts. 7° y 8°; caracteres, art. 12; vicios y nulidades, arts. 14, 15 y 16; extinción arts. 17, 18 y 21, etc.).

2) Normas relativas al régimen contenciosoadministrativo (título IV).

3) Régimen del procedimiento administrativo, contemplado tanto en la ley como en su reglamentación, y respecto del cual cabe, a su vez, diferenciar entre:

---

[9] CSJN, 27/09/1988, "De León", Fallos: 311:1974; CSJN, 23/04/1991, "S.A. Furlotti Setien Hnos.", Fallos: 314:322; CSJN, 06/02/1990, "Colombo Murúa", Fallos: 313:63; CSJN, 20/08/1996, "Nava" Fallos: 319:1532; CSJN, 17/03/1998, "Brunner" Fallos: 321:336. Ha entendido, también, que la interpretación o inteligencia de la ley suscita cuestión federal, a los fines del examen de la procedencia del recurso extraordinario (CSJN, 10/03/1988, "Bagnat", Fallos: 311:255, con remisión a los fundamentos del Procurador General, doctor Andrés J. D´Alessio; CSJN, 25/07/1989, "Podestá", Fallos: 312:1188; CSJN, 22/09/1987, "Olivera", Fallos: 310:1870; CSJN, 19/12/1991, "Astuena", Fallos: 314:1862, voto del Dr. Rodolfo Barra; CSJN, 31/10/1989, "Coifin", Fallos: 312:2050; CSJN, 13/08/1992, "Reyes", Fallos: 315:1605, disidencia de los doctores, Rodolfo Barra y Carlos S. Fayt; CSJN, 5/08/1993, "Jurío", Fallos: 316:1723; CSJN, 17/03/1998, "Brunner, Héctor E. v. Estado Nacional", Fallos: 321:336. Así también la ha caracterizado la CNCAF, Sala V, 2/10/1995, "Ledesma, Raúl R.".

[10] Dictámenes: 157:149 (pto. II).

[11] Cabe puntualizar que la LNPA no incluyó en su ámbito de aplicación a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La vigencia en esta última de ciertas disposiciones de aquella ley fue dispuesta, en su momento, por la ley 20261. Actualmente rige el decreto 1510/97, modificado por leyes 32 y 104.

a) Principios generales o básicos del procedimiento, consignados fundamentalmente en la ley (art. 1°) y, en menor medida, en el reglamento (vgr. arts. 2, 4, 5, 38, 46, 48, 70, entre otros.)

b) Normas referidas al trámite procesal propiamente dicho, incluidas en la reglamentación (títulos I al VII).

4) Regulación integral de los recursos y las reclamaciones administrativas (arts. 22, 24, 30 y ss. de la LNPA y Título VIII del RLNPA)[12].

Como puede advertirse, además de las temáticas de naturaleza estrictamente procesal, tanto administrativas como contenciosoadministrativas, y no obstante que su nominación genera la apariencia de un contenido normativo vinculado, exclusivamente, a materias adjetivas, se encierra en el ámbito de la ley una materia que, como la referida al acto administrativo, reviste, evidentemente, naturaleza sustantiva y en relación con la cual ha podido decir con razón Fiorini que ella significa para la Administración lo que el Código Civil para los particulares.

A dichas disposiciones Fiorini las denomina de "fondo" o "comunes" y esa calidad otorga, igualmente, por su significación como normas sustanciales en las que debe apoyarse el ejercicio de toda la función administrativa, a las prescripciones consagratorias de los principios básicos del procedimiento y a las reguladoras de la impugnación judicial de los actos administrativos.

A su juicio, esas tres clases de normas contenidas en la LNPA -referidas al acto administrativo- principios fundamentales del procedimiento e impugnación judicial de actos-, conforman el contenido normativo común, general u ordinario de la Administración, mientras que las relativas al trámite administrativo y al sistema recursivo, contempladas sustancialmente en el RLNPA y en el decreto 9101/72 - actualmente derogado por el decreto 722/96, con las limitaciones establecidas en su artículo 1 y las excepciones previstas en su artículo 2 (sustituído por el Decreto 1155/97)- configuran las disposiciones estrictamente procesales.

7. Los principios del procedimiento administrativo

Por razones metodológicas, es conveniente tratar los principios del procedimiento administrativo -los contemplados en el art. 1° de la ley 19549 y los no incorporados en el texto legal- en forma conjunta, sin perjuicio de que en la norma se hallan dispersos.

Se ha sostenido que el procedimiento administrativo cumple una "función de garantía", al proteger tanto al interés público como al particular frente a la ilegitimidad o inconveniencia del obrar de la Administración Pública[13], siendo sus principios susceptibles de protección judicial[14].

[12] La CNCAF, Sala III, ha dicho que la ley 19549 no sólo regla el procedimiento administrativo sino que establece disposiciones con relación a los actos administrativos y en su Título IV instituye normas que regulan aspectos del proceso contenciosoadministrativo (7/03/1985, "Celia S.A.C.I.A.I.F.", del voto del Dr. Roberto M. Mordeglia, publicado en Régimen de la administración pública, (RAP) nro. 83, p. 77 y ss.).

[13] Sup. Corte Mendoza, 27/07/1990, "Alvarez, Omar", LL 1990-E, 265.

[14] CNCAF, Sala IV, 7/07/1989, "Papel del Tucumán S.A.", LL 1989–E, 421.

En tanto el procedimiento administrativo constituye el instrumento procesal por el cual el Estado cumple con su función administrativa, no puede dejar de acusar principios informadores acordes con la exigencia de dicha función.

Y si ésta consiste, pues, en la satisfacción del bien común de modo directo e inmediato, la secuencia de actos que integran el procedimiento deberá regularse por principios ordenados a ese modo de gestión.

En el ámbito de esos principios es posible distinguir los genéricos por antonomasia, por un lado, de los estrictamente procedimentales, por el otro (López Menudo).

Los primeros son aquellos que poseen un valor informador del ordenamiento jurídico en general y del administrativo en particular, y son importantes tanto para resolver situaciones particulares, como para derivar de ellos principios específicamente procesales (v.gr. juridicidad; debido procedimiento previo).

Los segundos, de carácter estrictamente procedimental, pueden estar, o no (v.gr. gratuidad[15]), consagrados en la legislación o resultar inferibles de ésta (v.gr. el particular como colaborador).

A continuación, enunciaremos y analizaremos, sintéticamente, los más importantes de las dos clases de principios.

7.1. Juridicidad

Si el bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y más pleno de su propia perfección (Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual), no es dudoso que una de esas condiciones es la vigencia irrestricta del orden jurídico. Y si la Administración, dentro del Estado, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquel bien, no es tampoco dubitable que ella debe actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de establecer "...que es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de Derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos…"[16]. La Procuración del Tesoro de la Nación se ha expedido en análogo sentido[17].

El principio de legalidad ha sido también afirmado por el Alto Tribunal en materia de contratación pública, en tanto idóneo para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes al someter la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a

[15] La CNCAF, Sala V, ha dicho que no obstante que la ley 19549 no lo prescribe expresamente, es uno de los principios fundamentales que informan el sistema general del procedimiento administrativo (CNCAF, Sala V, 28/03/2000, "Camuzzi Gas Pampeana").
[16] CSJN, 19/11/1992, "Naveiro de la Serna de López Helena María", Fallos: 315:2771.
[17] Dictámenes: 230:243.

contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal[18].

La sujeción que impone el ordenamiento es, además, positiva[19], en el sentido de que el accionar del órgano administrativo sólo puede concebirse válidamente habilitado con base en una norma expresa -rectamente interpretada, tal como explicamos antes-; pero no libre "a priori" y sólo limitada negativamente por ésta (García de Enterría y Fernández).

Ahora bien, el principio que pretendemos dejar planteado en este acápite expresa, precisamente, el concepto de que todo el accionar de la Administración Pública debe encuadrarse en un marco procesal de respeto prioritario al ordenamiento jurídico.

Generalmente formulado en relación con el procedimiento administrativo recursivo bajo el nombre de "legalidad objetiva", ha sido entendido en el sentido de que el procedimiento administrativo tiende no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo (Heredia)[20].

Por nuestra parte, antes de ahora hemos preferido identificar al fenómeno que se quiere aprehender con este principio mediante la locución "juridicidad", porque ella representa mejor, en nuestra opinión, la idea de que el accionar de la Administración Pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto del orden jurídico (Comadira). Respeto, por lo demás, predicable no sólo para el procedimiento recursivo sino en general para todo el procedimiento administrativo.

La juridicidad nuclea, como se recordó antes, entonces, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos[21] y, según alguna doctrina, ciertos contratos administrativos (Grau).

La CSJN ha señalado que de la premisa de que la Administración debe ser legal, surge que si su actividad es ilegal debe rectificarse, en primer término, por la propia Administración Pública y a falta de ella por el órgano jurisdiccional competente, pues el administrado debe tener garantías de justicia respecto de la Administración Pública[22].

Por su parte, la PTN, con cita del autor español León Cortiñaz Peláez, ha sostenido que el Ejecutivo está también obligado al respeto de la juridicidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba a la Constitución y a los principios generales del Derecho. La juridicidad se aplica a todos los actos de la Administración,

---

[18] CSJN, 22/12/1993, "Espacio S.A.", Fallos: 316:3157.

[19] La vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa ha sido afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Serra" (26/10/1993, Fallos: 316:2454, considerando 14º).

[20] Este modo de concebir al principio de legalidad fue recogido por la Procuración del Tesoro de la Nación tanto antes del dictado de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Dictámenes: 94:172), como después (Dictámenes: 167:369). La invocación genérica del principio de legalidad objetiva como inspirador del procedimiento administrativo, puede verse, asimismo, en Dictámenes: 86:285; 87:142; 91:209; 92:96; 94:172; 97:102; 114:180; 163:200; 167:369, entre muchos otros.

[21] Criterio éste adoptado con cita expresa por la Procuración del tesoro de la Nación (Dictámenes: 248:364).

[22] CSJN, 19/11/1992, "Naveiro de la Serna", Fallos: 315:2771 (cons.3°), cit.

inclusive a los actos reglamentarios[23]. Asimismo, ha afirmado que en el procedimiento administrativo debe imperar como principio fundamental el de la legalidad objetiva y el de la verdad material sobre el de la verdad formal[24], pues existe interés público primario en que en toda actuación administrativa el accionar del Estado se desenvuelva con sujeción a los cánones predeterminados normativamente para cada situación, pues interesa al orden jurídico el imperio de la legalidad en la Administración[25].

El alto organismo asesor enunció, como finalidad de la ley nacional de procedimientos administrativos, el encauzamiento jurídico de la actividad de la Administración, mediante la intervención de órganos que aseguren la juridicidad del procedimiento[26].

Destacamos que, como derivación principal de este principio del procedimiento administrativo, aun cuando también guarda indudable relación con los restantes, debe indicarse el instituto de la denuncia de ilegitimidad, al que nos referimos *infra*, actualmente regulado por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos [art. 1º, inciso e), apartado 6], elaborado en sus inicios, pretorianamente, por la Procuración del Tesoro de la Nación.

Con la juridicidad como principio inspirador del procedimiento administrativo se quiere significar, en suma, que el ordenamiento jurídico no es, en dicho procedimiento, un valor renunciable.

7.2. Verdad jurídica objetiva

Según este principio, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cual aquélla y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes (Escola).

La mención de la verdad jurídica objetiva como fin de la actividad instructoria de la Administración está expresamente contenida en la LNPA (art. 1º, inc. f, ap. 2º) y en el RLNPA (art. 48).

Ella se desprende, asimismo, de la cláusula legal que permite incluir como objeto del acto administrativo a las peticiones no propuestas (art. 7º, inc. c), y de diversas disposiciones reglamentarias que otorgan facultades instructorias amplias a la autoridad administrativa (v.gr. arts. 46, 48 y 78 del RLNPA).

Cabe, incluso, destacar que la posibilidad de incluir como objeto del acto administrativo a cuestiones no propuestas por los interesados -en tanto derivación de la juridicidad como principio ordenador del accionar administrativo y de la verdad jurídica objetiva como télesis inspiradora de la actividad instructoria- justifica, en nuestra opinión, la admisión de la *reformatio in pejus* en el procedimiento administrativo, sin perjuicio del debido respeto de los derechos adquiridos[27].

---

[23] Dictámenes: 128:526 y 129:141.
[24] Dictámenes: 94:172 y 163:200.
[25] Dictámenes: 185:188 (pto. IV.3).
[26] Dictámenes: 193:110.
[27] Hemos adherido, antes de ahora, a la posición doctrinaria que la admite (Escola). También expone una posición, en principio, favorable, Fiorini. Hutchinson la acepta, asimismo, en el plano jurídico positivo y en relación con los actos nulos, de nulidad absoluta. Más recientemente adhiere a la opinión positiva

En el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial civil, el órgano estatal no tiene por misión resolver un conflicto entre partes, motivo por el cual las limitaciones que a la potestad jurisdiccional del Juez le impone el accionar procesal de aquéllas no resultan aplicables al órgano administrativo.

Éste debe, por ende, adecuar su accionar a la verdad jurídica objetiva y superar, incluso con su actuación oficiosa, las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes, deliberadamente o no[28].

Se trata de un principio general válido para toda clase de procedimiento administrativo, sea constitutivo o impugnativo, aun cuando en este último resulte más clara su configuración en atención a la similitud que él guarda con el procedimiento judicial civil.

Ahora bien, el principio en estudio no es, no obstante, absoluto, pues él no resulta aplicable cuando el procedimiento concluye anormalmente, de acuerdo con las pautas fijadas en la LNPA y su Reglamento (Comadira).

Esto no es una contradicción del principio, sino su compatibilización con los diversos grados que el interés público puede asumir en el procedimiento administrativo (Fiorini).

La CNCAF ha sostenido que es de base constitucional la necesidad de acordar primacía a la verdad objetiva e impedir, por lo tanto, su ocultamiento formal, como exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la CN, agregando que ese deber que pesa en primer lugar sobre los jueces, se extiende también a la Administración Pública y a sus integrantes, en virtud de lo dispuesto por el art. 1°, inc. f), ap. 2 de la ley 19.549[29].

La PTN ha afirmado que el principio de verdad material, que nutre al procedimiento administrativo, exige superar los meros formulismos de ajustarse simplemente a lo peticionado por los particulares, sin que con ello se les niegue el acceso a los derechos que por ley les corresponden aunque éstos, por omisión o ignorancia, no los invocaran en forma expresa o clara[30].

El citado organismo asesor también sostuvo que, en el procedimiento administrativo, lo que interesa es establecer la verdad material, en oposición al proceso judicial (excluido el penal), en el cual el juez debe atenerse al principio de la verdad formal.

María Susana Villarruel. En contra se han expedido Marienhoff y Gordillo. Asimismo, Aberastury (h) y Cilurzo, quienes la niegan con invocación de elementos propios del procedimiento civil y penal y sobre la base de una interpretación que, a nuestro juicio, vacía de contenido al art. 7° inc. c) de la ley.

[28] Puede verse invocado el principio de la verdad material en diversos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. Así, por ejemplo, en Dictámenes: 86:285; 87:142; 91:209; 114:180; 203:47 y 204:61. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de establecer que ni en la órbita judicial ni en el ámbito administrativo es dable conducir los procesos en términos puramente sacramentales, con desmedro de la verdad jurídica objetiva (CSJN, 27/12/1988, "Resguardo cía. de Seguros S.A.", Fallos: 311:2821, también en JA 1990-III-443). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el principio de la verdad jurídica objetiva no puede asumir iguales alcances en el proceso judicial (civil) y en el administrativo. En el primero, la garantía de igualdad, insoslayable en el marco de una actuación estatal orientada a la resolución del conflicto, impide suplir la negligencia de las partes. En el segundo, aun en los casos de aparente conflicto, su télesis esencial no es la resolución de éste, sino la obtención de la decisión más conveniente al bien común.

[29] CNCAF, Sala IV, 2/03/2000, "Tres Ases SA".

[30] Dictámenes: 203:47.

Por ello, la Administración, dejando de lado el panorama que pretende ofrecerle el administrado, debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión. La verdad material debe predominar, con exclusión de cualquier otra consideración[31].

7.3. Impulsión e instrucción de oficio ("Oficialidad").

Oficialidad significa que, en principio, corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del procedimiento[32], hasta el dictado del acto final, y, asimismo, desarrollar la actividad tendiente a reunir los medios de prueba necesarios para su adecuada resolución[33].

En este sentido, la CNCAF ha dicho que en virtud del principio inquisitivo la Administración es quien dirige el procedimiento y es la única que puede y debe ordenar el cumplimiento de las diligencias necesarias para arrimar a las actuaciones administrativas los informes previstos en el art. 14 de la reglamentación de la ley y demás elementos necesarios para resolver la cuestión que se somete a su decisión[34].

Este principio está expresamente acogido por la LNPA en el artículo 1º, inciso a, cláusula en la que, además, se deja a salvo la intervención que pueda corresponder a los interesados.

La oficialidad no implica, sin embargo, que la Administración Pública esté obligada, siempre y en todos los casos, a proveer a la impulsión e instrucción oficiosa, porque existen, ciertamente, supuestos en los que el procedimiento responde al sólo interés privado, sin que concurran, simultáneamente, circunstancias particulares o interés administrativo o público que justifique la actuación oficiosa de la autoridad administrativa.

La posibilidad de que el procedimiento no deba ser impulsado por la Administración, surge, incluso, de la propia LNPA.

Ésta, en efecto, al regular la caducidad de la instancia, admite que un procedimiento pueda extinguirse por inactividad del particular durante el lapso y en las condiciones que prevé el artículo 1º, inciso e), apartado 9, excluyendo de aquélla sólo a los trámites de previsión social y a los que la Administración considerase que deben continuar en atención a sus particulares circunstancias o por estar comprometido el interés público.

Si bien se ha sostenido que resulta contradictorio consagrar como principio a la impulsión e instrucción de oficio y regular, simultáneamente, el instituto de la caducidad (Gordillo), pensamos que esa presunta incompatibilidad sólo se configura

---

[31] Dictámenes: 204:61.
[32] CNCAF, Sala IV, 7/05/1998, "Campos, Danilo c/ Estado Nacional, Ministerio de Defensa".
[33] La Procuración del Tesoro de la Nación ha mencionado a la impulsión e instrucción de oficio como principio del procedimiento administrativo, por ejemplo, en Dictámenes: 94:172; 160:24 (pto. III.2); 166:238 (pto.IV), entre otros. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires le ha asignado, asimismo, esa calidad: SCBA, 09/12/1980, "Gómez, Roberto c/Pcia. de Buenos Aires", DJBA, 120-163.
[34] CNCAF, Sala I, 5/11/1996, "Alnavi S.A. c/ Y.P.F. S.A. -Residual- y Otro s/ amparo por mora".

cuando esta última institución es acogida sin integrar adecuadamente en su ámbito el margen de merituación propio de la Administración.

Si esta potestad valorativa de la autoridad administrativa es reconocida por la norma reguladora de la caducidad, ésta no juega automáticamente y, en consecuencia, la inactividad del particular no genera, necesariamente, la extinción del procedimiento, pues éste proseguirá impulsado por la Administración cuando por su índole esté excluido expresamente de aquélla por el legislador (v.gr. trámites de previsión social), o bien cuando concurran las situaciones sometidas a la valoración de aquella autoridad[35].

La consagración, pues, de la impulsión e instrucción de oficio no importa la atribución a él de una vigencia absoluta, debiendo interpretarse su alcance de modo armónico con las pautas que la propia ley ha establecido para la procedencia de la caducidad del procedimiento.

El RLNPA incluye, asimismo, disposiciones que encuadran al principio de la oficialidad en el marco que en rigor le corresponde.

Así, el artículo 4º, después de establecer que las actuaciones administrativas deben impulsarse de oficio sin que ello obste a que el interesado también lo inste, hace excepción de ese principio respecto de los trámites en los que medie el sólo interés privado del administrado, a menos que, aun en ese supuesto, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general.

Con similar criterio, el artículo 70, al regular los efectos del desistimiento del procedimiento y del derecho, consigna que ellos no implican la clausura de los trámites si la cuestión planteada pudiere llegar a afectar de algún modo el interés administrativo o general.

Puede afirmarse, en síntesis, que la oficialidad, en tanto principio inspirador del procedimiento administrativo, es un criterio axiológico impuesto a la Administración Pública cuando el interés público, u otras pautas fijadas por la LNPA o su reglamentación, requieren de la impulsión e instrucción oficiosa de aquélla para la conclusión del procedimiento de que se trate.

La CNCAF ha fundamentado este principio en el interés público que tiende a satisfacer el procedimiento administrativo. Sin embargo, afirmó que, en los supuestos en los cuales sólo media un interés particular del administrado, la impulsión es una carga para éste, llegando ante su inacción a la paralización del procedimiento y aun a su caducidad[36].

Por su parte, la PTN ha hecho aplicación del principio, al dictaminar que la obligación de dejar constancia de lo actuado durante el procedimiento administrativo está comprendida en aquél, por lo cual, le corresponde al órgano administrativo encargado de llevar adelante las actuaciones dar satisfacción a ese cometido. En consecuencia, la omisión en dar cumplimiento a dicho recaudo no podría ser opuesta al administrado, en razón de que no es posible aceptar que recaigan sobre los administrados las desprolijidades y patologías del trámite administrativo[37].

---

[35] El artículo 4º del Reglamento de Procedimientos impone, a su vez, la impulsión de oficio, cuando la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general. Es una cuestión compleja y discutible establecer si el interés público mentado por la norma constituye un concepto jurídico indeterminado o un modo de atribuir poderes discrecionales.

[36] CNCAF, Sala IV, 21/03/1986, "Masse, Osvaldo c/Estado Nacional".

[37] Dictámenes: 228:69.

7.4 Informalismo. El administrado como colaborador.

La CSJN ha dicho que en nuestro sistema no hay estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa sino que se admite el principio del *formalismo moderado* en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de modo que es el propio ordenamiento el que ofrece mecanismos tuitivos de la defensa en juicio y el debido proceso[38].

El Alto Tribunal acudió, asimismo, al principio del *informalismo a favor del administrado*, con cita de la legislación local, para dejar sin efecto, por arbitraria, una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco que pretendió subordinar un reclamo administrativo a un plazo perentorio no previsto en la ley reglamentaria pertinente[39].

La LNPA consagra este principio en su artículo 1º, inciso c), en el que autoriza la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales que puedan ser cumplidas posteriormente[40].

Parecen más adecuados los términos "formalismo moderado" (Escola) o "debilitamiento de la preclusión" (Fiorini-Garriz) como denominaciones de un principio que no puede significar la existencia de un procedimiento "sin formas", aun cuando esa ausencia pretenda aplicarse sólo en beneficio de los particulares.

El informalismo ha sido invocado en diversos pronunciamientos de la CNCAF[41], habiéndose decidido que él no puede llegar al extremo de que las peticiones de los administrados se formulen con tal laxitud y vaguedad que la Administración no tenga elementos de juicio suficientes para acceder o denegar lo solicitado[42]. El citado tribunal también aplicó el principio estudiado, al establecer que:

a) deberá excusarse la inobservancia por parte de los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente[43];

b) El principio de informalismo del procedimiento administrativo se concibe siempre en favor del administrado, para que éste pueda lograr, superando los inconvenientes formales que se presenten, el dictado de un acto que decida las cuestiones planteadas ante la administración[44];

c) No obstante la errónea invocación de la recurrente, en virtud del principio del informalismo a favor del administrado, el ENARGAS debió admitir el recurso planteado por la actora en los términos previstos en el art. 73 de la ley 24.076[45];

---

[38] CSJN, 17/11/1992, "Lewkowicz", Fallos: 315:2762.
[39] CSJN, 13/08/1992, “Leyes”, Fallos: 315:1604 (sumario).
[40] Así lo recogen los fallos de la CNCAF, Sala II, 13/02/1997, “Vieytes SACIF e I”; 9/10/1997, "Tasso"; 22/09/1998, "Sei Ingeniería SA".
[41] V.gr. CNCAF, Sala II, 6/04/1993, "Grandes Pinturerías del Centro s/apelación"; Sala IV, 4/04/1991, "Archipiélago SA."; id., 24/09/1992, "Meza, Oscar", LL 1993 – B, 239.
[42] CNCAF, Sala IV, 23/05/1989, "Construcciones Lumen de Carlos Assam", LL 1990 – A, 678. Sin embargo, la misma Sala también ha dicho que las presentaciones realizadas por el particular deben ser valoradas con criterio amplio a fin de considerar cumplidos los requisitos legales exigidos (CNCAF, Sala IV, 16/03/1998, "Negocios y Participaciones SA", LL 1999–B, 535).
[43] CNCAF, Sala II, 6/04/1993, "Grandes Pinturerías del Centro S.A.", cit.
[44] CNCAF, Sala II, 10/06/1993, "Gualdoni".
[45] CNCAF, Sala IV, 12/04/1996, "Distribuidora de Gas Pampeana SA".

d) no es menester calificar jurídicamente las peticiones[46].

La SCBA, por su lado, ha consagrado la regla en diversos pronunciamientos[47].

A su turno, la Suprema Corte de Mendoza[48], ha destacado que el informalismo (aun con un criterio amplio de admisibilidad) no alcanza para obligar a la Administración a considerar que un recurso que se funda en la falta de pronunciamiento expreso, fue interpuesto contra un acto positivo distinto, que los actores declaran desconocer y que al parecer fue dictado varios años atrás.

Desde antiguo, la PTN tuvo ocasión de acoger el principio del informalismo en el procedimiento administrativo, especialmente en el ámbito recursivo, respecto del cual sentó la inaplicabilidad del rigorismo propio del derecho procesal común[49] y puntualizó la necesidad de atender, en la interpretación de las impugnaciones deducidas por los particulares, a la intencionalidad de éstas antes que a la letra de las presentaciones, de modo de superar, así, los errores que ellas puedan contener acerca de su calificación jurídica[50] o la individualización del destinatario del recurso[51].

El "informalismo" no es inexigibilidad de formas, sino sólo relativización de ellas en beneficio inmediato de los administrados[52], siempre que no sean esenciales, ni afecten al interés público o administrativo ni a derechos de terceros.

Escola, uno de los coautores de la ley, ha señalado que podría aceptarse la excusación incluso del incumplimiento de las formas esenciales, cuando ello no perjudique derechos de terceros.

A nuestro juicio, en tanto el incumplimiento de una forma esencial signifique la configuración de una nulidad absoluta, la excusación resulta improcedente aun en el supuesto de que no se afectasen derechos de terceros, habida cuenta que, como antes hemos dicho, las formas tienen, en el derecho público, un rol tuitivo no sólo del interés particular, sino, también, del propio interés público.

---

[46] CNCAF, Sala II, 26/11/1996, "Saturno Fontana SA".

[47] V.gr. SCBA, 30/09/1980, "Palazzo de Petraglia**,** Francisca D. c. Provincia de Buenos Aires", DJBA, 119-866; SCBA, 26/05/1982, "Petringa de Portela Ana y otra c. Provincia de Buenos Aires", JA 1983-I, Síntesis.

[48] Sup. Corte Mendoza, Sala 1ª, 10/09/1993, "Cepedal, Américo y otros c/Gob. Pcia. Mendoza", JA1994-II-480.

[49] Dictámenes: 69:105; 79:228; 87:276; 91:334; 92:18; 104:56, entre otros.

[50] Dictámenes: 59:156; 60: 34; 62:112; 64:161; 66: 210; 67: 95; 73:69; 92: 18; 116:170 (pto. II.1); entre otros. El Alto Organismo Asesor ha indicado también que el informalismo se concibe siempre en favor del administrado, para que éste pueda lograr, superando los inconvenientes formales que se presenten, el dictado de un acto que decida las cuestiones planteadas ante la Administración [Dictámenes: 126:3; 126:74; 133:240 (pto.II.2) y 427 (pto.II)].

[51] Dictámenes: 73: 69. En diversos dictámenes, el organismo asesor ha sostenido que de acuerdo con la teoría de la calificación jurídica, los actos tienen la denominación correspondiente a su naturaleza y no la que le atribuyan las partes y teniendo en cuenta el principio de informalismo a favor del administrado, que rige en el procedimiento administrativo, la errónea calificación de un recurso o su presentación ante órgano incompetente no son de por sí causas para su rechazo formal, debiendo dársele el trámite pertinente [Dictámenes: 122:279. (pto. II)].

[52] Al declarar la inconstitucionalidad de una Ordenanza Municipal que fijaba un plazo de 24 horas para recurrir administrativamente la baja de los agentes, la Corte Suprema expresó que la desnaturalización o sobredimensionamiento de las formas por encima de su razón de ser convierte a las normas rituales en una suerte de trampas o valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional del debido proceso, lesionando gravemente la garantía de la defensa (CSJN, 16/11/1993, "Parra de Presto", Fallos:316:2539). Respecto de este fallo, ver el comentario de Pablo Perrino y Adriana Padulo de Perrino.

La atenuación de las exigencias formales no esenciales en el procedimiento administrativo es consecuencia del papel de colaborador que, en él, y en principio, corresponde atribuir al administrado respecto de la gestión del bien común atribuida a la Administración Pública.

La CSJN ha resuelto que el recurrente administrativo concurre como *colaborador* en la elaboración de la decisión administrativa aun cuando defiende sus derechos subjetivos, derivando de esa categorización del particular las reglas del informalismo y la impulsión de oficio[53].

El administrado no es un litigante, ni siquiera en los procedimientos recursivos o de reclamación y, en relación con él, la Administración no es un tercero llamado a decidir, como Juez, acerca de sus derechos o intereses. El particular debe, por eso, ser considerado un colaborador de la autoridad administrativa[54] y, desde esa perspectiva, valorarse la significación de sus incumplimientos formales no esenciales.

Cassagne ubica este principio en el que denomina "principio de la tutela administrativa efectiva", que deriva de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York[55].

7.5. Debido procedimiento previo

Según establece la LNPA, uno de los requisitos generales a los que deben ajustarse las normas de procedimiento administrativo es el respeto del derecho de los interesados al "debido proceso adjetivo", configurado con los elementos descriptos por su artículo art. 1º, inc. f)[56], como un requisito basilar del procedimiento administrativo[57].

---

[53] CSJN, 26/12/1978, "Galian", Fallos: 300:1292, (esp. cons. 5º); CSJN, 24/04/1986, "Durusse de Fernández", Fallos: 308:633 (esp. cons. 5º), también en JA 1987-I-589.

[54] Sobre la figura del particular como "colaborador" en el procedimiento administrativo, la conclusión nº 5 del Seminario realizado en 1971 por el Instituto de Derecho Administrativo "Profesor Rafael Bielsa" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, acerca del tema Procedimientos Administrativos especiales, dirigido por Bartolomé A. Fiorini, rezó así: "La técnica del procedimiento administrativo es siempre idéntica, cualquiera que fuere el contenido de los actos. Sólo se destaca como excepción, se ha comprobado en este seminario, la llamada actividad represiva, ya sea disciplinaria, contravencional o penal. Esta es la única actividad de la Administración Pública donde la figura de colaborador que presenta el administrado en el derecho administrativo moderno, pierde su dogmática relevancia", publicado en el Boletín del citado Instituto, nº 3. Siguieron, asimismo, esta idea, José R. Dromi y Guido Tawil.

[55] Aprobado por ley 23.313 (sanc.17/04/1986, prom. 6/05/1986, publ. 13/05/1986, LA 1986-A-3 y que cuenta con jerarquía constitucional, conforme al art. 75 inc. 22 de la CN), cuyo art. 2°, apartado 3, inc. a), dispone que "los estados parte se comprometen a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales", precisando aún más el inc. b) que "la autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y ha de desarrollar las posibilidades de recurso judicial".

[56] El artículo citado en el texto consagra, como uno de los requisitos exigibles a toda norma de procedimiento administrativo que se aplique en la Administración Pública Nacional, al debido proceso adjetivo, en los siguientes términos: "f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: 1º) *Derecho a ser oído*. De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la

Ahora bien: es conveniente no identificar el requisito esencial "procedimientos", enunciado por el artículo 7º, inciso d), de la ley, con el "debido proceso adjetivo" regulado por el artículo 1º, inc. f), de la misma norma en tanto reglamentación procesal administrativa de la garantía de defensa consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

El concepto que corresponde afirmar en un Estado de Derecho es el del "debido procedimiento previo a todo acto administrativo" del cual el "debido proceso adjetivo" constituye sólo una manifestación especial (Fiorini).

El particular, en efecto, no sólo se defiende frente al accionar de la Administración pues también colabora con ella –incluso cuando recurre- en la gestión pública a través de su participación en procedimientos garantizadores no sólo de su propio interés, sino también de la legalidad y eficacia del accionar administrativo (Fiorini). Su participación en los procedimientos de selección de contratistas, la de agentes públicos en cualquiera de sus variantes (administrativos, docentes, profesionales, etc.) e, incluso, la de usuarios en las audiencias públicas previstas en los marcos regulatorios de los servicios públicos es, en ese sentido, ejemplo de formas posibles de esa participación (téngase en cuenta lo expresado en los capítulos relativos al servicio público –en particular al tratar los entes reguladores- y al prinicipio de participación ciudadana en el procedimiento administrativo).

Estas distintas especies de procedimientos varían de acuerdo con la materia de que se trate, pero en todas ellas se presenta el dato común inherente a las formas en el derecho público, dado, como vimos, por la protección concurrente del interés público y el interés privado.

Para el tratamiento de este punto, en cuanto elemento del acto administrativo remitimos *supra*.

7.6. Celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites.

Son éstas pautas generales aplicables a todo procedimiento administrativo. Y constituyen el mejor mentís para aquellas argumentaciones dirigidas a relativizar la importancia y eficacia de las formas en el derecho público.

La CNCAF ha sostenido que si bien no se desconoce que el particular participa en las actuaciones, es colaborador de la Administración en ellas y puede controlar su desarrollo, no debe olvidarse que los principios que rigen el procedimiento

---

representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas. 2º) *Derecho a ofrecer y producir pruebas.* De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio. 3º) *Derecho a una decisión fundada.* Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso".

[57] CNCAF, Sala I, 31/03/2000, "Dima". Los elementos constitutivos de este derecho se hallan enumerados en el fallo de la Sala IV, del 18/02/1999, "Castaño", LL 1999–C, 523.

administrativo imponen que los trámites deben efectuarse con celeridad, economía, sencillez y eficacia[58].

La PTN asignó especial trascendencia a este principio en el marco de los procedimientos vinculados con la seguridad social, en los que parece aconsejable aplicar, además, cuando la situación lo requiera, el principio de inmediatez[59].

En un supuesto en que no existía un plazo determinado para que la Administración expresara su voluntad, el organismo asesor remarcó que aquélla debe ser manifestada de acuerdo con el principio de celeridad que establece el art. 1°, inc. b) de la ley 19.549[60].

También vinculó los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites con la facultad del organismo competente de concentrar resoluciones y diligencias (art. 5° inc. b del RLNPA), señalando que las presentaciones que se efectúen ante la Administración deben incluir todos los elementos necesarios para que ésta pueda pronunciarse en forma definitiva sobre la cuestión planteada, evitando decisiones que, al traerse a las actuaciones otros aspectos aun complementarios, puede resultar necesario modificar posteriormente[61].

De todos modos, celeridad no debe identificarse con apresuramiento, economía con mezquindad, sencillez con simplificación, ni eficacia con activismo administrativo inescrupuloso y displicente respecto de la juridicidad[62].

Si todas estas directivas legales pudieran resumirse en una, ella sería la de la "racionalidad" en el empleo del tiempo, de los medios y en la configuración de las formas.

Nos parece singularmente significativo el dato de la "eficacia". Ciertamente, el procedimiento administrativo no puede erigirse en un obstáculo a la gestión del bien común, porque él es, en esencia, el elemento ordenador y sistematizador de la actividad estatal encaminada a su gestión directa e inmediata. Empero, no es posible concebir a la eficacia al margen de la juridicidad. En un Estado de Derecho, la antijuridicidad, aun cuando reconozca como fundamento aparente y eventualmente invocado a la eficacia, no es, en rigor, sino una variante de la ineficacia.

Advierte con razón Parejo Alfonso contra las tendencias empiristas actuales que parecen dar prioridad protagónica a lo instrumental, y, de ese modo, concluyen en que lo eficaz es, por ello mismo, justo. Como también señala el autor citado, la dificultad con que tropieza esta forma de operar deriva de la diferencia insalvable que existe entre la organización privada empresarial y la organización colectiva: articulada la primera sobre los principios de autonomía, capacidad universal y libertad en el marco de la ley (vinculación negativa al Derecho) y los de heteronomía, capacidad por atribución y vinculación positiva a la Ley y el Derecho, la segunda.

---

[58] CNCAF, Sala IV, 7/05/1998, "Campos".
[59] Dictámenes: 190:169.
[60] Dictámenes: 194:234, pto. III
[61] Dictámenes: 203:34, pto. V.
[62] La PTN ha dicho que respetado el derecho de defensa del recurrente y los principios de celeridad, economía y eficacia en los trámites y del informalismo, receptado por el artículo 1º, incs. b) y c) de la ley 19549 no resulta adecuado formular reparos que impliquen retrotraer el procedimiento (Dictámenes: 198:213, pto. II.1; 174:28, pto. II.1). La celeridad puede verse invocada también en Dictámenes: 194:234 y la celeridad, economía, sencillez y eficacia en Dictámenes: 203:34.

8. Los plazos en el procedimiento administrativo

8.1. Obligatoriedad. Días y horas hábiles administrativos.

El inciso e), apartado 1º del artículo 1° de la LNPA determina la obligatoriedad de los plazos. Esta se aplica tanto a los interesados como a la Administración. Pero ello -ha sostenido la PTN- no obsta a que los plazos puedan ser prorrogados, dado que no son perentorios ni revisten el mismo carácter que el correspondiente al derecho procesal[63].

La CNCAF ha afirmado que en las actuaciones administrativas la Administración debe ajustarse a los plazos obligatorios previstos en los ordenamientos jurídicos, pudiendo el retardo o la falta de resolución de los asuntos pendientes dentro de la Administración, violentar los derechos de los ciudadanos y generar la consiguiente responsabilidad[64].

Los plazos establecidos en días se deben contar por días hábiles administrativos. Al respecto, en un pronunciamiento la CNCAF entendió que, conforme con el art. 1º, incs. d) y e) de la ley, que establece que la notificación de los actos administrativos debe efectuarse en días y horas hábiles administrativos, la diligencia realizada por el Correo en día sábado, ha de considerarse practicada el primer día hábil siguiente[65], ya que -según expresó la doctrina- "el carácter hábil o inhábil administrativo del día, debe ser examinado en relación al organismo en que tramita el procedimiento, y no puede otorgársele el carácter de día hábil al día en que labora el organismo que, circunstancialmente, por el medio de notificación que se ha elegido -en el caso, el Correo- está encargado de comunicar el acto" (Halperín y Gambier).

En igual sentido, Tawil -al dilucidar si la notificación realizada por el correo en un día sábado constituye o no el presupuesto de día hábil administrativo mencionado en la LNPA- sostiene la opinión negativa ya que, por un lado, en tal caso la única dependencia en funcionamiento es el correo, y no el organismo que dictó el acto administrativo, ante el cual podría el administrado solicitar vista, recurrir el acto, etc., y, por el otro, porque, de acudirse a otro medio de notificación, la solución respecto del cómputo de los plazos variaría, lo que no es posible, ya que la elección de un medio de notificación nunca puede condicionar o incidir sobre la calificación del factor temporal.

En cambio, Hutchinson entiende que -en el caso de la notificación por correo, realizada en día sábado- la administración notifica en un día hábil para el organismo encargado del acto notificatorio, y desde el siguiente día hábil deben comenzar a computarse los plazos, por ejemplo, para recurrir.

Conforme al apartado 3º del inc. e) del art. 1º, los plazos se computarán a partir del día siguiente al de la notificación, y se contarán, como ya se apuntó, -según lo dispuesto por el apartado 2º- por días hábiles administrativos. "De allí, entonces, que la

---

[63] Dictámenes: 159:241, pto. III,2. En su momento, Lascano diferenció, conceptualmente, la perentoriedad de los plazos, de su improrrogabilidad, señalando los diversos criterios a los que ambos institutos responden. La primera, indicó, hace al derecho de las partes; la segunda, en cambio, a las facultades del juez. Cuando los términos son perentorios, las partes pierden el derecho que han dejado de usar, por el solo transcurso del tiempo. Cuando son improrrogables, el juez no puede alargarlos. De ahí que se pueda concebir un sistema en el que los plazos sean perentorios y prorrogables.

[64] CNCAF, Sala IV, 7/05/1998, "Campos".

[65] CNCAF, Sala IV, 10/04/1986, "Parodi", LL 1986-E, 561.

notificación de un acto administrativo tenga como efecto que a partir del día siguiente a la realización de dicho acto comience el plazo para deducir los recursos administrativos, y -si el acto causare estado- comience el plazo para promover la acción judicial para obtener la anulación del acto administrativo que se reputa viciado" (Halperín y Gambier).

En cuanto a la forma de computar los plazos, en días, en los contratos administrativos, el decreto 436/00 (Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes del Estado Nacional) dispuso en su momento que todos los plazos establecidos en esa reglamentación se computarán en días hábiles administrativos, salvo disposición expresa en contrario (art. 25). En cambio, nada dice la ley nacional de obras públicas sobre la cuestión.

Grau ha sostenido, en general, que "como en la legislación administrativa existen normas sobre la cuestión, es absolutamente inaplicable el art. 28 del Código Civil", disposición ésta, cabe recordar, conforme con la cual en los plazos que señalasen las leyes o los tribunales o los decretos del gobierno se comprenderán los días feriados, a menos que el plázo señalado sea de días útiles, expresándose así (Grau).

Por nuestra parte, en tanto el modo de computar los plazos, en días, en las relaciones administrativas debe regularse, como todo el derecho administrativo, por la legislación específica, consideramos que en ausencia de previsiones expresas en tal sentido en la norma aplicable, se debe acudir para resolver el vacío a los principios que surjan, en general, del plexo administrativo pertinente y, en su caso, y sólo después de agotado éste, al régimen jurídico privado[66].

8.2 Interrupción y suspensión de los plazos en el procedimiento administrativo

En los apartados 7° y 9° del art. 1 de la LNPA, se ha regulado lo referente a la "interrupción" de plazos por interposición de recursos administrativos, y a la "suspensión" operada por actuaciones administrativas practicadas ante órganos competentes.

3.3.1. Diferencia entre "suspensión" e "interrupción".

La diferencia entre ambos institutos ha sido claramente definida:

a) La "suspensión" consiste en "la detención del tiempo útil para prescribir por causas concomitantes o sobrevinientes al nacimiento de la acción en curso de prescripción. Mientras actúa la causa que opera la suspensión, el lapso que transcurre es inútil para prescribir, pero en cuanto dicha causa cesa de obrar, el curso de la prescripción se reanuda, sumándose al período transcurrido con anterioridad a la suspensión".

En cambio, la "interrupción" de aquélla consiste en la inutilización del lapso transcurrido hasta ese momento. "Consiguientemente, acaecido un hecho interruptivo de la prescripción, se requerirá el transcurso de un nuevo período completo, sin poder acumular el tiempo anterior". "De lo expuesto resulta la diferencia que separa a la

[66] Cambiamos así la opinión que expusimos en su momento en *Acto Administrativo Municipal*.

interrupción de la suspensión. Mientras ésta mantiene la eficacia de la prescripción pendiente, si bien detenida en su curso, la interrupción produce un efecto más intenso, borrando por completo el tiempo transcurrido" (Llambías).

b) En derecho administrativo existen posturas que asimilan ambos conceptos (Halperín y Cattani[67]); por nuestra parte compartimos la posición de quienes los distinguen (Hutichinson), en coherente asimismo con la doctrina civilista citada en el punto a), de la cual no encontramos razón para apartarnos en el marco del derecho administrativo.

Coincidimos con Cassagne en que la norma de la ley que consagra el efecto interruptivo de los plazos del procedimiento por la interposición de recursos, interpretada armónicamente con lo dispuesto por el apartado 9º del inc. e) del art. 1º respecto de la suspensión de los plazos legales y reglamentarios -inclusive los relativos a la prescripción- generada por las actuaciones practicadas con intervención del órgano competente, lleva a concluir que la primera regla estatuye la interrupción de los plazos sólo en los procedimientos recursivos, mientras que, en cambio, la segunda norma representa la regla general en materia de suspensión de todos los plazos del procedimiento, inclusive los relativos a la prescripción.

3.3.2. Suspensión e interrupción de plazos por actuaciones administrativas

La tramitación de actuaciones administrativas no originadas en la interposición de recursos y que encuadren directa o subdiariamente en el marco de la LNPA, debe producir, a nuestro juicio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1, inciso e, apartado 9, de la LNPA la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, incluso los relativos a la prescripción.

Y ese efecto se debe generar aun cuando la gestión administrativa padezca de los mismos vicios que la ley considera irrelevantes para obstar el efecto interruptivo de los recursos (presentación mal calificada, con defectos formales insustanciales o deducida ante órgano incompetente por error excusable) o bien sea innecesaria y siempre que ella no resulte ostensiblemente improcedente.

Si el particular tiene, pues, el derecho de peticionar y la Administración el deber de resolver ¿por qué, entonces, el ejercicio no irrazonable de ese derecho no habrá de generar el efecto suspensivo previsto por la norma? Consideramos, por eso, criticables las soluciones jurisprudenciales que consagran soluciones distintas en cuestiones regulables por la ley de procedimientos administrativos; e incluso estimamos que la remisión al artículo 3986 del Código Civil sólo se justifica cuando la actuación administrativa corresponda a un ámbito que escape a la señalada aplicación de la LNPA.

Ahora bien, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desprende, no sólo que las gestiones administrativas innecesarias "no obstan al curso de la prescripción"[68] ni la interrumpen[69], sino, incluso, que aun cuando se trate de

[67] La Procuración del Tesoro ha identificado, en el procedimiento administrativo, los conceptos "interrupción" y "suspensión" (Dictámenes: 159:533, pto. II; 178:96, pto. IV).
[68] CSJN, 9/11/2000, "Mc Kee del Plata S.A.", Fallos: 323:3351, surge que las gestiones administrativas innecesarias no obstan al curso de la prescripción (especialmente Considerando 12).
[69] CSJN, 07/03/1985, "Diaz, José M. c. Nación Argentina", Fallos: 307:187.

actuaciones que deben preceder a la demanda judicial ellas tampoco interrumpen[70], ni suspenden la prescripción [71].

El Alto Tribunal también ha decidido que si las presentaciones administrativas fueron efectuadas ante un organismo *incompetente* para pronunciarse sobre una determinada cuestión, el efecto suspensivo de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, a que se refiere el apartado 9°, *in fine*, del art. 1° de la ley 19.549, no se produce pues para ello es menester la intervención del órgano competente[72].

De acuerdo, asimismo, con el criterio de la Corte, el reclamo administrativo previo a la demanda judicial carece de efecto interruptivo o suspensivo de la prescripción (artículos 1, inciso e, apartados 7 y 9, parte final, respectivamente, de la ley citada) cuando lo requerido a la autoridad administrativa no guarda coherencia con lo pretendido en sede judicial[73]. En el mismo sentido, la CNCCF ha dicho que lo actuado con motivo de cuestiones administrativas distintas es insalvablemente irrelevante para operar la suspensión del curso de la prescripción, porque no media coherencia entre lo solicitado ante la autoridad administrativa y lo pretendido en sede judicial[74].

En relación con las reclamaciones administrativas innecesarias la CNCAF ha decidido que la interposición de un reclamo administrativo ante el órgano competente, aun cuando aquél fuese innecesario por aplicación de las disposiciones del art. 32 de la ley, pero no inoficioso por ser una articulación posible del administrado no prohibida por el ordenamiento procedimental, produce la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, en los términos de la norma comentada[75], razón por la cual en tanto las actuaciones administrativas —practicadas con intervención de autoridad competente- continúen, el plazo de la prescripción sigue suspendido[76].

---

[70] CSJN, 30/03/1993, "Buenos Aires, Provincia de c/Dirección general de Fabricaciones Militares", Fallos: 316:439 (sumario) y sus citas. La Sala IV de la C.N.C.A.F, recogiendo esta jurisprudencia del Alto Tribunal, ha señalado que, según ella, se interpretan los alcances que cabe atribuir al art. 1, inc. e, ap. 9 in fine de la ley 19549 (23/09/1993, "Pérez"). El juez Dr. Miguens votó en disidencia, señalando que la resolución emanada del Ministerio de Defensa, que declaró que la lesión sufrida por el actor recurrente guardaba relación con actos del servicio y le concedió un haber a partir de la fecha de su baja, comportó un reconocimiento de derechos que también interrumpió la prescripción en los términos del art. 3989 del Código Civil, la que tuvo efectos retroactivos a la fecha de baja.

[71] CSJN, 20/11/1975, "YPF c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 293: 427 y sus citas. Aunque cabe consignar que en esta sentencia la doctrina aparece como *obiter dictum,* pues se dictó en una causa en la que era demanda la provincia de Buenos Aires y las citas se refieren a casos juzgados antes de la aplicación de la LNPA.

[72] CSJN, 31/09/1999, "Compañía Azucarera Concepción", Fallos: 322:496 y en JA 1999-IV-651.

[73] CSJN, 04/11/1997, "Waiter, Carlos", Fallos: 320:2289.

[74] CNCCF, Sala I, 29/12/1998, "Samuel Gutnisky SA".

[75] CNCAF, Sala IV, 17/11/1998, "Gallardo".

[76] CNCAF, Sala IV, 24/09/1996, "Rodríguez". Hacen referencia a la suspensión de plazos por actuaciones administrativas los siguientes fallos: CNCAF, Sala IV, 15/03/1988, "Katic y Hendic SRL" (relativo a contratos administrativos), en el que se señaló que el reclamo administrativo debe ser idóneo para, objetivamente, suspender los plazos de la prescripción, ya que el solo hecho de "…las presentaciones por las que el contratista hace saber a la administración su disconformidad y reserva derechos, no interrumpen ni suspenden el curso de la prescripción liberatoria". En "Garraza", del 21/10/1989, la misma Sala se refirió al efecto suspensivo de la prescripción, derivado de la iniciación de procedimientos administrativos previos a la interposición de la demanda. En varios sentencias se ha establecido que el reclamo administrativo "interfiere" el curso de la prescripción: CNCAF, Sala III, 28/09/1989, "Bergallo, Fernando" (LL 1990-A, 221) y 3/12/1992, "Chavez". Se ha resuelto, asimismo, que una solicitud de pensión militar formulada ante el organismo administrativo competente, paraliza el

La CNCCF tiene resuelto, en cambio, que tal clase de actuaciones carecen de efecto interruptivo de la prescripción motivo por el cual resultan, por tanto, inatendibles las consideraciones vertidas por quien las efectuó respecto de la imposibilidad en la que se habría hallado para promover el proceso hasta tanto no recayera pronunciamiento en el expediente[77].

Este último tribunal, en interesante fallo, ha resuelto, asimismo, que una presentación en sede administrativa tiene la virtualidad de suspender los plazos, aun cuando no se haya formado con ella un expediente o actuación por causa exclusivamente atribuible a la Administración. Una inteligencia distinta del precepto estudiado —concluyó el Tribunal- conduciría al inaceptable resultado de radicar en manos de la propia Administración Pública la posibilidad de enervar el efecto suspensivo que sobre los plazos generan las presentaciones que realicen los administrados, por la simple vía de no dar trámite a éstas, criterio que, además, se justifica –aun en caso de duda- en atención a que el carácter del instituto en juego -prescripción- lleva a preferir la solución que mantenga el derecho y no la que lo aniquile[78].

La PTN ha sostenido que del texto del art. 1° inc. c) apartado a) de la ley no se deduce que el efecto "suspensivo" de los plazos de prescripción que producen las actuaciones administrativas practicadas con intervención de órgano competente no esté también referida a la acción judicial, dado que la norma no formula distinción alguna sobre el particular.

Esta conclusión -se agregó- significa asignar un alcance amplio a la disposición en cuestión. También señaló, con respecto al segundo párrafo del actual art. 3986 del Código Civil (que permite suspender la prescripción "por una sola vez por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica", en los términos y condiciones que allí se indican), que si bien esta norma parecía aplicable, en el ámbito que nos ocupa, antes de la sanción de la Ley Nacional de procedimientos administrativos, actualmente ya no lo es, dado que este cuerpo legal contiene disposiciones expresas sobre suspensión de plazos, inclusive los de prescripción, por lo que no corresponde aplicar supletoriamente las normas del derecho privado, ante la norma administrativa expresa[79].

---

curso de la prescripción hasta que se notifica la resolución del reclamo (art. 1°, inc. e, apart. 9 de la ley 19549): CNCAF, Sala I, 28/09/1990, "Dalesio, Juan". En otro pronunciamiento, se rechazó la prescripción opuesta cuando el plazo estuvo suspendido desde el reclamo y durante el trámite de las actuaciones administrativas en virtud de lo dispuesto por los arts. 3986 del Código Civil y 1°, inc. 2°, ap. 9 de la ley 19549: CNCAF, Sala II, 4/03/1993, "Chacofi S.A.C.I.F. e Y." En el fallo plenario de la Cámara citada, publicado en *Fallos plenarios....*, *op. cit.*, p.168, del 25/10/1984, "Gonzalez", se estableció la siguiente doctrina legal: Si la demanda se interpone luego de haber transcurrido el plazo de un año desde la constitución en mora del deudor, previsto por el art. 3986 del Código Civil, la suspensión de la prescripción durante ese lapso mantiene su efecto. Sin perjuicio de ello, se agregó, la solución propuesta sobre el circunscripto tema considerado por el Tribunal, no implica emitir juicio alguno respecto de la eventual aplicación a casos similares, en los que medie un reclamo administrativo y las actuaciones se cumplan con intervención del órgano competente, de lo previsto por el art. 1º, apartado e), inciso 9º de la ley 19549.

[77] CNCCF, Sala II, 15/04/1988, "Zarza".

[78] CNCCF, Sala II, 9/04/1991, "Satecna", LL 1992-B, 5.

[79] Dictámenes: 157:149 y sus citas. En Dictámenes: 172:83, la PTN decidió la aplicación de la LNPA -en particular, de su art. 1, inc. e, ap. 9 in fine-, a un reclamo previsional en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Entendió que, al mediar en el caso una cuestión de la índole señalada, debía reconocerse efecto "interruptivo" (a pesar del efecto "suspensivo" que a las actuaciones administrativas en general se otorga por la norma) de la prescripción al reclamo administrativo formulado por los interesados. Recordó la

3.3.3. Interrupción de plazos por interposición de recursos

Según dispone el artículo 1, inciso e, apartado 7, de la ley la interposición de recursos administrativos produce la interrupción de los plazos, aun cuando, como antes se aludió, ellos hayan sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o sean deducidos ante órgano incompetente por error excusable.

Esta última disposición se relaciona, no sólo con el principio del informalismo a favor del administrado, al que ya nos hemos referido, sino también con las normas -contenidas en la ley y en su reglamentación- que imponen a la Administración la obligación, en general, de intimar al particular a subsanar los defectos de sus presentaciones, a fin de darles trámite[80].

Cabe recordar los artículos 76 y 38 de la reglamentación de la ley (T.O. 1991) los cuales -al regular la vista de las actuaciones administrativas- establecen la suspensión del plazo para recurrir administrativamente en determinadas circunstancias y se relacionan con la norma de la ley en comentario[81].

Queda perfectamente diferenciado, por un lado, el efecto del pedido de vista y de su concesión, consistente en la "suspensión" de los plazos *para recurrir administrativamente*, y por el otro, el de la interposición del recurso administrativo, que "interrumpe" los plazos *del procedimiento*.

La CNCAF ha entendido, como la correcta inteligencia de la norma comentada, que la interposición de un recurso -en el caso, el de reconsideración- interrumpe el plazo para interponer la acción judicial y que, en consecuencia, el plazo de noventa días fijado en el art. 25 de la ley debe computarse desde la notificación de la resolución que lo resolvió[82]. Asimismo, que, salvo la interposición de recursos que producen la

---

doctrina del organismo asesor -a la que ya hemos hecho referencia- sobre el efecto interruptivo de la reclamación administrativa, partiendo de la base de que si bien en estricto derecho ésta "no es equivalente a la demanda judicial que interrumpe el curso de la prescripción" (Cód. Civ., art. 3896), puede adquirir un efecto análogo.

[80] Arg. art. 1° inc. c) LNPA; arts. 5° inc. d) y 77, último párrafo RLNPA.

[81] Art. 76: Suspensión de plazo para recurrir: "Si a los efectos de articular un recurso administrativo, la parte interesada necesitara tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto, en base a lo dispuesto por el art. 1°, inc. e), aparts. 4 y 5, de la Ley de Procedimientos Administrativos. La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista ..."

Art. 38: "Vistas; Actuaciones.- La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite ... El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas o Receptoría.

Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para tomar la vista, aquél se dispondrá por escrito, rigiendo a su respecto lo establecido por el art. 1°, inc. e), aparts. 4 y 5 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente.

A pedido del interesado y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare."

[82] CNCAF, Sala IV, 12/06/1986, "Cuarto Creciente SA." Según el art. 100 de la reglamentación, los recursos de reconsideración y de revisión de decisiones definitivas o con fuerza de tales que el Poder Ejecutivo Nacional, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación dicten en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos, se determina que la interposición de aquéllos ¨suspende¨ el curso de los plazos establecidos en el art. 25 de la ley. Hutchinson, a cuya opinión adherimos, considera que la norma es inconstitucional, en este último aspecto, ya que se opone al

interrupción del curso de los plazos, las actuaciones administrativas practicadas con intervención de órgano competente sólo suspenden aquéllos [83].

Por su parte, en un dictamen en el que se confunden —a nuestro juicio- los conceptos de interrupción y suspensión de los plazos del procedimiento y el proceso, la PTN ha dicho que una actuación verbal del administrado (pedido de vista), que provoca el dictado de un acto administrativo verbal y aun tácito de la Administración (concesión de la vista) tiene la capacidad de interrumpir los plazos, tanto para recurrir cuanto para que se produzca la caducidad establecida en el art. 25 de la ley[84].

9. Conclusión del procedimiento administrativo

9.1 Introducción. Clasificación de las formas de terminación del procedimiento.

Se han expuesto en doctrina diversos criterios para clasificar las formas posibles de terminación de los procedimientos administrativos. Así, el autor español González Navarro, luego de criticar la clasificación efectuada en función de la normalidad o anormalidad de terminación, propone oponer la forma de terminación presunta (silencio administrativo) a la real o efectiva (decisión, renuncia, desistimiento, caducidad, etc), subdistinguiendo, en este segundo grupo, las formas normales de las anormales.

En nuestro derecho, Escola, tomando como pauta de distinción la regularidad o irregularidad de conclusión del trámite de los recursos, incluye en la primera forma a la resolución expresa (estimatoria o desestimatoria) y a la resolución tácita (silencia administrativo), y, en la segunda el desistimiento, la renuncia y la caducidad de la instancia.

Por nuestra parte, entendemos que el criterio o pauta de clasificación de las formas de terminación del procedimiento debe estar constituida por la normalidad o la anormalidad de la conclusión de sus trámites y, en tal sentido, estimamos que un procedimiento termina en forma normal cuando concluye en un acto administrativo expreso que, como culminación de la serie constitutiva del procedimiento, implica en su objeto o contenido la resolución de la cuestión que determinó y orientó, respectivamente, la existencia y desenvolvimiento del procedimiento de que se trate.

Aquellas formas de terminación que no respondan al temperamento expresado precedentemente —v.gr., que no concluyan con un acto expreso de la Administración, o que siendo expreso no contenga la decisión sobre el fondo de la cuestión planteada— serán anormales o irregulares. Entre éstas, es posible incluir al silencio administrativo (arts. 10, LNPA; 63 y 65 del reglamento); la caducidad de los procedimientos (arts. 1º, inc. e], ap. 9, de la LPNA, 63 y 65 *in fine* del reglamento); el desistimiento del procedimiento o del derecho (arts. 63 y 66 al 70 del reglamento) y quizás otras formas (v.gr., arts. 20[85], 23 y 77 del reglamento).

---

principio establecido en la ley -interrupción de los plazos por interposición de recursos, art. 1, inc. e, ap. 7º, y, con ello, viola el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 31 de la CN.

[83] CNCAF, Sala I, 12/10/1995, "Sosa".

[84] Dictámenes: 228:69.

[85] En el texto originario de la reglamentación aprobada por el decreto 1759/1972, antes de las reformas

Antes de encarar el análisis particularizado de las distintas formas de terminación, deseamos hacer dos aclaraciones con referencia al silencio y a la caducidad.

Respecto del silencio, lo hemos incluido entre las formas anormales o irregulares toda vez que él implica la falta de un pronunciamiento expreso de la Administración, existiendo sólo "una sustitución de la expresión concreta del órgano por la abstracta prevenida por la ley"(Fernández de Velazco). Y, en nuestro criterio, un procedimiento administrativo terminado sobre la base de una ficción legal creada, precisamente, para suplir la omisión del órgano con competencia para decidir, no puede considerarse que constituya una forma regular o normal de conclusión del trámite, dado que, al menos en principio, resulta razonable exigir que la voluntad de los órganos de la Administración Pública se manifieste expresamente.

En lo que a la caducidad se refiere, si bien de acuerdo con su regulación legal la misma debe ser declarada de oficio, circunstancia que implica la existencia de un acto administrativo expreso, la consideramos una forma anormal o irregular de conclusión, por cuanto su objeto o contenido no implica la resolución de la cuestión de fondo que determinó el trámite del procedimiento de que se trate.

9.2 La Ley Nacional de Procedimientos Administrativo y su Reglamentación

El RLNPA enuncia en su art. 63 (tít. VII) las formas de terminación del procedimiento administrativo (enunciación simplemente remisiva en los tres primeros supuestos e integrado el cuarto con una regulación autónoma).

En tal sentido se refiere a:

1) *Resolución expresa:* debe responder a lo dispuesto, según los casos, por los arts. 1º, inc. f), ap. 3; 7º y 8º de la ley y 82 del reglamento;

2) *Resolución tácita:* resulta del art. 10 de la ley;

3) *Caducidad del procedimiento:* prevista en el art. 1º, inc. e), ap. 9, de la ley; y

4) *Desistimiento* del procedimiento o del derecho: regulado en los arts. 66 y 70 del reglamento.

Asimismo, y si bien no están enunciadas en el mencionado art. 63, del resto del articulado es posible extraer otras formas de terminación del procedimiento, susceptibles de ser incluidas en la categoría de conclusión irregular o anormal. Así, por ejemplo: la prevista en el antiguo art. 20 que prescribía el "archivo" del expediente[86] en caso de que la parte interesada, o su apoderado, no constituyan domicilio especial, lo hagan de una manera irregular o no exista el lugar constituido, previa la intimación y el apercibimiento pertinentes; la contemplada en el art. 23 que prevé un caso de caducidad

---

introducidas por los decretos 3700/1977, 1893/1985 y 1883/1991, el art. 20 del reglamento estaba vinculado al "archivo", sustituyéndose luego a éste por la "caducidad".

[86] Como bien señala Docobo, debe distinguirse entre el "expediente" y el "procedimiento administrativo". El primero "es el elemento material que acumula la actividad de ese procedimiento", mientras que el segundo "es la forma ordenada y regular del actuar de la Administración Pública". Es evidente que el "archivo" se refiere al expediente y no al procedimiento. De modo que, en el caso comentado en el texto, el archivo del expediente devenía como consecuencia de la decisión contenida en el objeto del acto que dispuso la conclusión del procedimiento

(art. 1º, inc. e], ap. 9, de la ley) para las situaciones en las que no se denuncie el domicilio real ni se constituya especial en las oportunidades debidas; y la regulada en el art. 77 *in fine*, que posibilita desestimar un recurso cuando advertida alguna deficiencia formal, el recurrente no la subsana dentro del término perentorio fijado al efecto por la autoridad administrativa.

No escapa a nuestra observación que puede resultar discutible la caracterización de los supuestos mencionados en el párrafo precedente como formas de terminación del procedimiento administrativo, dado que los mismos parecerían ser aplicaciones particularizadas de lo preceptuado en el art. 5º, inc. d), del RLNPA que faculta al órgano competente a señalar "antes de dar trámite a cualquier petición" los defectos formales de que adolezca, razón por la cual, técnicamente, no podría hablarse de procedimientos extinguidos.

Sin embargo, la base para tal caracterización surgiría del citado art. 23 del reglamento, en cuanto aplica el instituto de la caducidad (propio de un procedimiento en trámite) a una petición que carece de un recaudo esencial a toda presentación inicial[87].

9.2.1 Resolución tácita (silencio administrativo)

Nos hemos ocupado de la cuestión relativa al silencio administrativo, y su regulación legal, en el capítulo dedicado al acto administrativo, al tratar los elementos de éste, en particular la "forma". Allí nos remitimos.

9.2.2. La caducidad del procedimiento

9.2.2.1 Introducción

La LNPA regula, en su art. 1º, inc. e) ap. 9, el instituto de la caducidad, estableciendo como requisitos para su aplicación los siguientes:

a) Paralización del procedimiento.

b) Por causa imputable al administrado[88]; y

c) Por el lapso total de noventa días. Al vencimiento de los primeros sesenta, el órgano competente debe notificar al administrado que si su inactividad se extiende

[87] En el derecho español, González Navarro, analizando una situación similar, aunque no idéntica, porque se refiere al art. 71 de la antigua ley española (de 1958) (correspondiente al art. 16 del reglamento), entiende que el archivo que autorizaba dicho art. 71, cuando no se cumplía con los requisitos formales en él establecidos era un caso especial de caducidad del procedimiento. Vivancos, analizando también el citado art. 71 y la posibilidad de aplicación al mismo de las prescripciones del art. 99 (se entiende, en su primitiva redacción, pues al tiempo del libro no se había aún sancionado la ley modificatoria del año 1963) referidas a la caducidad de la instancia, se inclinaba por la negativa dado que el art. 71 contemplaba en su entender, un procedimiento interrumpido *a limine*, mientras que el 99 se refería a un supuesto en el que el procedimiento se interrumpía después de una tramitación y de la práctica de unas actuaciones. En lo que se refiere a nuestro derecho, pensamos que los casos de los arts. 20 y 77 no son supuestos para la caducidad y consideramos objetable su aplicación a la situación prevista en el art. 23.

[88] Dictámenes: 191:132.

durante treinta días más, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente.

Resultan exceptuados de la aplicación de este instituto, los siguientes trámites:

a) Los relativos a previsión social;

b) Los que la Administración considerare que deben continuar por sus particulares circunstancias; y

c) Aquellos en que, también a juicio de la Administración, estuviere comprometido el interés público.

La CNCAF ha sostenido que el régimen de caducidad del procedimiento se sustenta en el principio de oficialidad e impulsión de oficio[89].

La PTN ha señalado que parece surgir claro del espíritu de la ley, que aun en el caso de paralización de trámites por causa imputable al administrado, durante más de 60 días, se impone al órgano competente notificar a aquél en forma previa a la declaración de caducidad de los procedimientos, que ella se producirá si transcurren otros 30 días de inactividad[90].

Cabe recordar que el art. 26 de la ley 24.447[91], por la que se aprobó el presupuesto general de la Administración Nacional para el año 1995, estableció que "los procedimientos administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimientos de deudas de causa o título anterior al 1º de abril de 1991 que no fueren impulsados por los interesados durante un plazo de más de sesenta días hábiles computados desde la última actuación útil, caducarán automáticamente sin necesidad de intimación al interesado para su impulso, ni resolución expresa de la autoridad administrativa competente. No serán aplicables a estos trámites las disposiciones del art. 1º, inc. e), apartado 9º de la ley Nº 19.549"[92].

---

[89] CNCAF, Sala I, 6/02/1997, "Autolatina Argentina SA".

[90] Dictámenes: 134:261, 138:149 y 191:132.

[91] Sanc. 23/12/1994; promulg. parc. 28/12/1994; publ., 30/12/1994; LA 1994-C, 3277.

[92] La ley creó así una solución especial para los créditos anteriores al 1° de abril de 1991, que no derogó sino para el caso particular la legislación general de la ley 19549 (Gordillo). Por su parte, Halperin señaló las diferencias esenciales entre el régimen de la LNPA y el sancionado por el art. 26 de la ley 24447: a) El art. 26 obligaba a impulsar todos los procedimientos, tanto si el particular perseguía un mero interés particular como si la cuestión trascendía tal interés; b) La norma en cuestión establecía un plazo de 60 días para que se configurara la situación de caducidad, al igual que el régimen general. Sin embargo, éste requiere, además, una intimación previa y el otorgamiento de un plazo suplementario de 30 días para instar el procedimiento; c) En el régimen incorporado a la ley de presupuesto, la caducidad del procedimiento se producía de puro derecho en tanto en el régimen general se requiere la expresa declaración de que el procedimiento se ha extinguido por caducidad; d) no se excluían en el art. 26 de la ley 24447 los procedimientos relativos a la previsión social como expresamente lo hace el art. 1°, inc. e) ap. 9° de la LNPA (Halperín). El legislador supuso, arbitrariamente, que, en todos los casos de solicitud de reconocimiento de deudas que contempló, no procedía la impulsión de oficio del procedimiento y, además, impuso la caducidad sin interpelación previa. Este modo de tratar la actuación del administrado en sede administrativa es, a nuestro juicio, inconstitucional por irrazonable. La Corte Suprema ha señalado que el recurrente concurre como un colaborador de la decisión administrativa (CSJN, 26/12/1978, "Galian, Eduardo", Fallos: 300:1292, cons. 5º; CSJN, 24/04/1986, "Durusse de Fernández", Fallos: 308:633, esp. cons. 5º). En la última de las causas, en la que se declaró la inconstitucionalidad del art. 44 del Código Procesal administrativo de la provincia de Corrientes -que presumía la renuncia a las acciones y recursos del Código cuando el particular no urgía el trámite administrativo recursivo dentro de cierto lapso posterior a la configuración del silencio- resultan, de todos modos, aplicables al caso de la ley 24447, pues en definitiva se trata de actos gravosos para el particular, imputados a partir de la propia inactividad de la Administración.

9.2.2.2 La caducidad y el principio de instrucción e impulsión de oficio

No existe contradicción entre el principio de la "impulsión e instrucción de oficio" (art. 1 inc. a de la ley) y el instituto de la caducidad, ya que dicha incompatibilidad sólo se presenta cuando esta última institución procesal es regulada sin integrar, adecuadamente, el margen de merituación propio de la Administración.

Cuando este poder de apreciación del órgano administrativo es reconocido en la norma que regula la caducidad, ésta no juega automáticamente, de modo que la Administración, pese a la inactividad del particular, ya sea aplicando directamente las pautas rígidas contempladas por el legislador, o bien valorando discrecionalmente las elásticas, proveerá, de oficio, a la impulsión e instrucción del trámite, cuando ello realmente se justifique.

Es decir que la consagración como principio general de la impulsión e instrucción de oficio no puede significar la atribución a él de una vigencia absoluta, debiéndoselo interpretar armónicamente con las pautas que la propia ley ha establecido al regular la caducidad, como supuestos determinantes de su aplicabilidad (ver *supra* al tratar los principios del procedimiento administrativo).

La exclusión de la vigencia indiscriminada del principio comentado, se impone por la existencia de distintos grados en los intereses públicos cuya gestión se confía a la Administración, determinantes de la necesaria potestad valorativa que a ésta le corresponde en el manejo de los procedimientos que ante ella se sustancian (Fiorini).

La ley ha conjugado, pues, en forma armónica el principio de impulsión e instrucción de oficio con el instituto de la caducidad, al establecer que ésta no resultará aplicable cuando a juicio de la Administración exista interés público comprometido u otra circunstancia que torne procedente la prosecución de oficio de los trámites, sin perjuicio de la pauta rígida (sustitutiva de toda otra apreciación del órgano administrativo) impuesta para los trámites de previsión social.

9.2.2.3 Forma de operarse la caducidad

La ley dispone que debe ser declarada de oficio. Ello implica el dictado de un acto administrativo expreso que así lo disponga -emanado del órgano competente para resolver la cuestión de fondo planteada en el expediente- que debe notificarse al interesado y que es recurrible[93].

No opera de pleno derecho, ya que la ley no lo establece expresamente y, además, porque tal efecto no guardaría coherencia con los principios generales del procedimiento consagrados en la ley, particularmente el del "informalismo" a favor del administrado.

9.2.2.4 Consecuencias de la declaración

[93] Arts. 39 inc. a) y 73 y 74 del RLNPA.

La declaración de caducidad no impide al interesado ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas. Esta consecuencia deriva del significado meramente procesal del instituto, que no altera los derechos sustanciales, que permanecen incólumes, sin perjuicio de lo que corresponda por imperio de la prescripción.

Asimismo, las actuaciones practicadas con intervención del órgano competente producen, según la ley, la suspensión de todos los plazos legales y reglamentarios, incluso los relativos a la prescripción, todos los cuales se reinician a partir de la fecha en que quede firme el auto declarativo de la caducidad [94] (ver, no obstante lo expresado en *supra).*

9.2.2.5. Aplicación a la Administración

La aplicación de la caducidad a la Administración debe descartarse, ya que del propio texto legal se desprende que el sentido esencial del instituto radica en otorgar a aquélla un medio para archivar expedientes paralizados por causas imputables a los particulares, y en los que no se justifica el mantenimiento de la instancia ante un interés público que no existe, con perjuicio de situaciones jurídicas existentes y legalización del desorden en la actividad administrativa.

9.2.2.6. Caducidad y archivo

Una última distinción se impone: La no siempre clara diferencia existente entre "caducidad" y "archivo". La primera constituye una forma de terminación del procedimiento administrativo, mientras que el segundo es uno de los efectos derivados del acto que declara la caducidad, consistente en la remisión del expediente al lugar en el que se reúnen aquellos que se hallan en estado de inactividad procesal.

Cabe hacer notar, asimismo, que si bien la caducidad conduce al "archivo", éste no necesariamente se causa en aquélla, dado que puede resultar de un acto conclusivo que así lo disponga, que se emite sin la concurrencia de los requisitos necesarios para la caducidad (vgr. el supuesto previsto, con anterioridad a la reforma de 1991, en el art. 20 del RLNPA[95]). La marginación de un expediente del desarrollo procesal administrativo puede producirse, pues, sin que se hayan aplicado las normas de la caducidad.

9.2.3. Desistimiento del procedimiento o del derecho

El procedimiento administrativo puede terminar también por el desistimiento expreso de la parte interesada, ya sea de la instancia procesal instaurada o bien del derecho sustancial que le sirve de soporte a la misma.

[94] Art. 1º, inc. e), ap. 9 de la LNPA, 4° párrafo.
[95] En cambio, en la actualidad, el art. 20 citado establece que se dispondrá la caducidad -y, por ende, el archivo posterior- con arreglo a lo establecido en el art. 1º, inc. e), ap. 9º de la LNPA.

Si el desistimiento se refiriera al derecho sustancial, es decir que afectara la existencia misma de la relación jurídica administrativa de fondo, no existe la posibilidad de promover otra pretensión por el mismo objeto y causa (art. 68 del reglamento) (Fernández Vázquez y Sendin[96]). Estimamos que, en este caso, la terminología correcta hubiera sido "renuncia", porque de eso precisamente se trata cuando se desiste el "derecho", con la particularidad de que se la efectiviza en un procedimiento.

Si, por el contrario, el desistimiento estuviera orientado sólo a la dejación de los trámites procesales, es decir que no involucrara al derecho sustancial, no existe impedimento en que ulteriormente vuelva a plantearse la misma pretensión abandonada, salvo lo que corresponda en materia de caducidad o prescripción (art. 67, párr. 1, del reglamento). Cabe señalar, asimismo, que si el desistimiento se refiriera a los trámites de un recurso, el acto impugnado se tendrá por firme (párr. 2° de la disposición citada precedentemente).

Todo desistimiento debe ser formulado fehacientemente por la parte interesada, su representante legal o apoderado, y por determinar la conclusión del procedimiento debe comprender todas las pretensiones deducidas. Si el desistimiento fuere sólo parcial cesará la consideración de las cuestiones comprendidas en el mismo, pero ello no importará la no sustanciación de las restantes cuestiones no involucradas.

Asimismo, si hubieren varias partes interesadas, el desistimiento de sólo alguna o algunas de ellas al procedimiento o al derecho, no incidirá sobre las restantes, respecto de quiénes continuarán la sustanciación del trámite respectivo. La decisión que en este caso se dicte puede alcanzar a quienes desistieron o renunciaron si la misma resultase favorable a sus intereses (arts. 69 y 70 *in fine* del reglamento).

Tanto el desistimiento del procedimiento como del derecho (es decir la renuncia), deben ser acogidos por una expresa decisión administrativa emanada del órgano competente para producir la resolución de fondo sobre la cuestión articulada, a fin de que los mismos produzcan su efecto natural, esto es, la clausura del procedimiento y el archivo del expediente.

Sin embargo, y poniéndose en evidencia una vez más la operatividad inmediata del interés general en el ámbito del procedimiento administrativo, el art. 70 del reglamento preceptúa que "si la cuestión planteada pudiere llegar a afectar de algún modo el interés administrativo o general, el desistimiento del procedimiento o del derecho no implicará la clausura de los trámites, lo que así se declarará por resolución fundada, prosiguiendo las actuaciones hasta que recaiga la decisión pertinente...".

La solución precedente guarda coherencia con la pauta consagrada en materia de caducidad. De modo tal que, ni ésta (que en el fondo no es sino un desistimiento tácito) ni el desistimiento expreso del procedimiento o del derecho por las partes interesadas, vinculan a la Administración quien, con prescindencia de la voluntad expresa o presunta de los administrados, retiene la conducción del procedimiento como instrumento al servicio de su gestión del interés público.

[96] Además de la calidad sustancial del derecho renunciado, como justificativo de la imposibilidad de replantear la pretensión, estos autores indican, también, la existencia de razones de seguridad jurídica como fundamento de dicha imposibilidad.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Aberastury (h), Pedro y Cilurzo, María R., Curso de procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1998.
2. Alberdi, Juan B., Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1956.
3. Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, 1970, Tº I, Traducción de la 3ra. edic. italiana.
4. Arazi, Roland, Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni Editores, t. I, p.71, Buenos Aires-Santa Fé, 1999.
5. Bacellar Filho, Romeu F., en Princípios Constitucionais Do Processo Administrativo Disciplinar, San Pablo, 1998.
6. Beladiez Rojo, Margarita, Validez y eficacia de los actos administrativos, Madrid, Marcial Pons, 1994.
7. Barra, Rodolfo C., Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1980.
8. Beltrán, Miguel, Discrecionalidad administrativa y Constitución, Madrid, Tecnos, 1995.
9. Bertolino, Pedro J., La verdad jurídica objetiva, Buenos Aires, 1990.
10. Bezzi, Osvaldo M., Ley de Procedimiento Administrativo, Anotada y Comentada, La Plata, 1971.
11. Bidart Campos, Germán J., Manual de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 1972.
12. Botassi, Carlos A., Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Ley 7647 y Ordenanza General, 267, comentadas, anotadas y concordadas, La Plata, 1988.
13. Cajarville Peluffo, Juan Pablo, Recursos Administrativos, tercera edición, Montevideo, 2000.
14. Cassagne, Juan C., Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, ED 45-829.
15. Cassagne, Juan C., Los Principios generales del derecho en el derecho administrativo, Buenos Aires, 1988.
16. Cassagne, Juan C., Principios generales del procedimiento administrativo, en Procedimiento administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1998.
17. Cassese, Sabino, Las Bases del Derecho Administrativo, Madrid, 1994.
18. Colombo, Carlos, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado, Bs.As.
19. Comadira, Julio R., Acto Administrativo Municipal, Depalma, Buenos Aires, 1992.
20. Comadira, Julio R., Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo, Boletín del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Nº 5.
21. Comadira, Julio R., Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios, Buenos Aires, 2003, segunda edición actualizada y ampliada.
22. Comadira, Julio R., La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa, Buenos Aires, 1998.
23. Comadira, Julio R., Las bases constitucionales del procedimiento administrativo, en AA.VV, Las bases constitucionales del Derecho Administrativo, XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP Nº 309, 2004.

24. Comadira, Julio R., Licitación Pública (Nociones, principios, cuestiones), Buenos Aires, 2000.
25. Comadira, Julio R., Procedimientos Administrativos (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada), con la colaboración de Laura M. Monti, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2002.
26. Conclusiones del Seminario realizado en 1971 por el Instituto de Derecho Administrativo "Profesor Rafael Bielsa" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, acerca del tema Procedimientos Administrativos especiales, dirigido por Bartolomé A. Fiorini, Boletín del citado Instituto, nº 3.
27. Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, Concilio Vaticano II, Constituciones, Decretos, Declaraciones, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966.
28. Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1978, 3ra. edición (póstuma).
29. Coviello, Pedro J. J., Concepción cristiana del Estado de Derecho, ED 129-923.
30. Cuadrao, Carlos J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado. Bs. As. 1970.
31. Docobo, Jorge J., La actuación administrativa, en Estudios de derecho administrativo, T. I, Buenos Aires, 1975.
32. De la Rúa, Fernando, Principios procesales y poderes del Juez en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en Revista Argentina de Derecho Procesal, nº 3.
33. Delgado Piqueras, Francisco, La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo, Pamplona, 1995.
34. Delgado, Hugo C., El acto administrativo. Legalidad, Efectos e Impugnación, Santiago de Chile, 1981.
35. Diez Sánchez, Juan, El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional, Madrid, 1992.
36. Dromi, José R., La ley nacional de procedimiento administrativo, su significación jurídico política, LL 147-971.
37. Escola, Héctor J., Tratado General de Procedimiento Administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/1972, 1744/1973, 3700/1977, Buenos Aires, 1981, 2ª edición.
38. Fassi, Santiago, Código procesal civil y comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Astrea, 1971, t. I.
39. Fernández de Velazco, Recaredo, El acto administrativo, Madrid, 1929, p. 206
40. Fernández Vázquez, Emilio - Sendín, Emilio M., Procedimiento administrativo nacional, Buenos Aires, 1974.
41. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, 2ª ed., t.II, Buenos Aires, 1976.
42. Fiorini, Bartolomé A., Procedimiento Administrativo y Recurso jerárquico, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, 1970.
43. Fiorini, Bartolomé A., Teoría Jurídica del Acto Administrativo, Buenos Aires, 1969.
44. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, Tº I, 8ª edición, Madrid, 1997.
45. García de Enterría, Eduardo, Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, Revista española de derecho administrativo, Nº 89, p. 69 y ss.

46. García Trevijano Fos, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1971, 2da. Edición actualizada, corregida, aumentada y puesta al día, T. II, vol. 1.
47. Garrido Falla, Fernando, Las transformaciones del régimen administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
48. Garriz, José M., Los principios del procedimiento administrativo (en la ley nacional 19549 y en la ley provincial 7647), revista Jus, nº 21.
49. Giannini, Massimo S., Derecho Administrativo, Madrid, 1991.
50. Gonzalez Arzac, Rafael, Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales, ED 51-951.
51. González Navarro, Francisco, El Estado Social y Democrático de Derecho, Pamplona, 1992.
52. González Navarro, Francisco, La llamada caducidad del procedimiento administrativo, Revista de Administración Pública de España, nro. 45.
53. González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Civistas, 1993.
54. Gordillo, Agustín A., El informalismo y la concurrencia en la licitación pública, RDA, n° 11.
55. Gordillo, Agustín A., Emergencia residual en la deuda pública interna. (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991), LL 1995-C, 839.
56. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª edición, 2000, T.4.
57. Grau, Armando E., en la voz "Legalidad" de la Enciclopedia Jurídica Omeba.
58. Grau, Armando E., Los plazos en días en los contratos administrativos, en RADA, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, nro. 19.
59. Guerrero Leconte, Víctor, Liberalización y socialización del proceso civil, en Revista Argentina de Derecho Procesal, nº 1.
60. Halperín, David A., Reclamos de créditos contra el Estado. Caducidad de derechos, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 29/30.
61. Halperín, David A. y Cattani, Horacio, Procedimiento administrativo, en RAP, Nro. 6.
62. Halperín, David A. y Gambier, Beltrán, La notificación en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989.
63. Heredia, Horacio, Los medios administrativos para la protección de los administrados, en revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1945, nº 2.
64. Hutchinson, Tomás, Las notificaciones administrativas en el orden nacional, LL 1987-E, 1062.
65. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, 1978, T. 1 y 2.
66. Hutchinson, Tomás, Régimen de procedimientos administrativos, Ley 19549, decreto reglamentario 1759/72, Texto ordenado 1991, segun reformas introducidas por decreto 1883/91, Buenos Aires, Astrea, 1994, 2da. edic.
67. Langrod, Georges, El procedimiento administrativo no contencioso, LL 106-1124 y ss.
68. Lascano, David, Improrrogabilidad y perentoriedad de términos judiciales, LL 19-131.

69. Lavilla Rubira, Juan J., El procedimiento de elaboración de reglamentos en los Estados Unidos de América, en El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Madrid, 1993.
70. Linares, Juan F., Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1974.
71. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil, Parte general, Personas Jurídicas. Bienes. Hechos y Actos Jurídicos, T. II, Buenos Aires, 16a edición, 1995.
72. López Menudo, Francisco, (Ponencia Española) Los principios generales del procedimiento administrativo, en El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Madrid, 1993.
73. Marienhoff, Miguel S., El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público, LL 1989-E, 963.
74. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, T. I, 4ª edición, 1990.
75. Martínez, Patricia, Debido Proceso en el procedimiento administrativo, JA 1985-IV-790.
76. Meilán Gil, José L., La "cláusula del progreso" en los servicios públicos, Madrid.
77. Merkl Adolfo, Teoría General del Derecho Administrativo, Madrid, 1935.
78. Monti, Laura M., El principio del informalismo en el procedimiento administrativo, en Procedimiento administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
79. Montoro Puerto, Miguel, Teoría de la forma de los actos jurídicos en derecho público. Los actos de la Administración y de los Tribunales, Alcoy, Editorial Marfil, 1976.
80. Morello-Passi Lanza-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación.Anotados y Comentados, La Plata-Bs. As. 1969, t. I.
81. Mozo Seoane, Antonio, La discrecionalidad de la Administración Pública en España, Madrid, 1985.
82. Oyhanarte, Julio, Poder político y cambio estructural en la Argentina, Buenos Aires, 1967.
83. Palacio, Lino, Manual de Derecho Procesal Civil, Decimocuarta Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998.
84. Parada, Ramón, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Madrid, 1993.
85. Parejo Alfonso, Luciano, Eficacia y Administración, tres estudios, Madrid, 1995.
86. Pericu, Giuseppe, Attivitá amministrativa, publicado en la obra colectiva Diritto Amministrativo, Tº II, Bologna, 1993.
87. Perrino, Pablo y Padulo de Perrino, Adriana, La garantía constitucional de la defensa en el procedimiento administrativo. Inconstitucionalidad del plazo de 24 horas para recurrir sanciones disciplinarias, REDA, Nº 15/16, Buenos Aires, 1994.
88. Real, Alberto R., Procedimiento administrativo comparado, Separata de la Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, n° 2, 1980.
89. Rivas Carreras, R., La reformatio in peius en el Derecho Administrativo, Colección jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1991.

90. Sainz Moreno, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, 1976.
91. Salomoni, Jorge L., La Ejecutoriedad del Acto Administrativo, en Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2001, p. 167.
92. Sampay, Arturo E., Introducción a la teoría del Estado, Buenos. Aires, Politeia, 1951.
93. Sánchez Morón, Miguel, La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la ley 39/1992 del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, trabajo colectivo, Oñati, 1995.
94. Santiago, Alfonso (h), Relación entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo en el sistema jurídico argentino, LL 1997-D, 1099.
95. Schmidt-Abmann, E., El procedimiento administrativo, entre el principio del estado de derecho y el principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana, en El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Madrid, 1993.
96. Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo, T II, Santiago de Chile, 1996.
97. Takada, Bin, El procedimiento administrativo en Japón, en El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado, Madrid, 1993.
98. Tawil, Guido, El cómputo de los plazos para recurrir y los días hábiles administrativos, LL 1986-E, 561.
99. Tawil, Guido S., El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo, LL 1985-E, 952.
100. Villarruel, María S., Una aproximación a la "reformatio in pejus" en el procedimiento administrativo, El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, 26 de noviembre de 1999.
101. Vivancos, Eduardo, Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos, Barcelona, 1959.
102. Weber, Albrech, Comunidad Europea. El procedimiento administrativo en el Derecho Comunitario, en El procedimiento administrativo en el derecho comparado, obra colectiva coordinada por Javier Barnes Vázquez, Madrid, 1993.

Capítulo XIX

La impugnación en sede administrativa de la actividad administrativa[97]

1. Los recursos administrativos

Los recursos administrativos están contemplados en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y en el Reglamento de Procedimientos administrativos. En la primera se regula el recurso de revisión (artículo 22) y en el segundo los recursos de reconsideración (artículos 84 y ss), jerárquico (artículos 89 y ss.) y de alzada (94 y ss), estando también previstos otros modos de impugnación de la actuación administrativa cuya categorización como recursos está discutida: la queja (artículo 71), y los pedidos de rectificación (artículo 101) y de aclaración (artículo 102). Una consideración especial merece la denuncia de ilegitimidad.

Abordaremos en este capítulo una exposición, sumaria, por cierto, en primer lugar de los principios comunes a los recursos, y después las cuestiones principales que se pueden presentar en relación con cada uno de ellos.

1.1. Aspectos Generales

1.1.1. El concepto de recurso administrativo

1.1.1.1. Perspectiva objetiva y subjetiva de los recursos

Desde una perspectiva objetiva el recurso administrativo es un instrumento contemplado por el ordenamiento con el fin de proveer a la protección de los propios valores que a él le dan fundamento. Desde el punto de vista subjetivo es un acto realizado por quien resulta habilitado por el ordenamiento para emplear aquel instrumento con el fin, precisamente, de lograr la protección de los valores que inspiran su otorgamiento.

1.1.1.2. El recurso como acto. Los elementos del concepto.

En tanto acto, se lo puede definir como aquel que regulado por el derecho administrativo, realiza quien alega un derecho subjetivo o un interés legítimo (conforme con la legitimación exigida por la letra del Reglamento de Procedimientos), con el fin de requerir a la autoridad administrativa, dentro del plazo fijado, la extinción o sustitución, total o parcial, de un acto administrativo (en sentido lato) por razones de legitimidad o bien de oportunidad, mérito o conveniencia (arts. 73, 74 y ccs. del RLNPA).

[97] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira.

De este concepto se derivan cuatro componentes esenciales de la noción; a saber:

a) e*s un acto regulado por el derecho administrativo.*

En principio es un acto proveniente de la actividad de un particular (persona física o jurídica), pues sólo excepcionalmente las autoridades administrativas pueden interponer recursos administrativos, cuando una norma expresa así lo autoriza (v.gr. la ley 24946, autoriza en el artículo 49, segundo párrafo, a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a recurrir las decisiones adversas a sus pretensiones en las investigaciones disciplinarias). En nuestro derecho el artículo 74, segundo párrafo, del RLNPA, consagra, respecto de los entes autárquicos, la prohibición de recurrir actos de igual carácter o de la Administración central acogiendo una idea que, más allá de los términos literales en que aparece receptada, debe considerarse extensiva, en razón del fin que la inspira -la unidad y eficacia de acción administrativa- a todo sujeto administrativo.

a) *requiere de quien realiza el acto, legitimación*.

Es decir, debe ser interpuesto por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo. No es éste el momento de exponer los criterios utilizados para diferenciar ambas categorías, las consecuencias que tradicionalmente se les han asignado y el grado de enjuiciamiento crítico a que, en la actualidad, están sometidas (ver *supra*).

Sí, cabe, en cambio, destacar que conforme con las conceptualizaciones más modernas y, en especial, al amparo de la ampliación legitimadora que deviene del artículo 42 de la Constitución Nacional, después de la reforma de 1994, correspondería, hoy en día, emplear, para definir la legitimación, la fórmula consagrada por recientes legislaciones (artículo 13 del Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires) y anteproyectos de normas (artículo 5º del Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo para la Nación elaborado por el Poder Ejecutivo en el año 1999): *derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico.*

Los recursos administrativos pueden ser deducidos, a tenor de esa fórmula de legitimación, por quien alegue un derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico en la propia sede administrativa. Esto no significa, en modo alguno, trasladar al ámbito administrativo exigencias o requisitos de actuación previa en esa sede antes de acceder a la Justicia cuando las normas no lo requieran expresamente; sólo implica que la protección en la propia sede administrativa está abierta para quien alegue un derecho o interés susceptible de merecer protección por la propia Administración Pública.

c) el recurso administrativo se debe interponer ante una autoridad administrativa y dentro del plazo fijado.

La referencia a la autoridad es obvia, aunque adviértase que no se dice autoridad *competente*, porque el principio del informalismo, inspirado en la idea del particular *colaborador,* no excluye la presentación recursiva ante autoridades incompetentes; antes bien obliga a éstas a remitir las actuaciones al órgano que corresponda.

El plazo sí parece ser un elemento esencial. La inexistencia de plazo para la presentación de peticiones o impugnaciones está ligada en nuestro derecho al concepto de los reclamos y reclamaciones; y por otro lado, la formulación de impugnaciones extemporáneas, cuando el plazo existe, genera la configuración de un instituto

genuinamente argentino como es el de la denuncia de ilegitimidad, a la cual nos referiremos posteriormente.

d) *el objeto es la extinción o sustitución del acto, total o parcial, por razones de ilegitimidad o de oportunidad, mérito o conveniencia.*

Esto significa que la pretensión debe apuntar a la revocación total o parcial del acto, con sustitución o sin ella. Los motivos pueden ser la ilegitimidad del acto recurrido, es decir, su relación de contradicción con el ordenamiento vigente al tiempo de la emisión, o bien la inconveniencia o inoportunidad de aquél, medida al momento de la extinción. Todo ello sin perjuicio de las modalidades que pueda imponer la reglamentación vigente en la materia, por ejemplo, de tutela administrativa sobre entes descentralizados creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, de acuerdo con la fórmula y el concepto que resultan del artículo 97 del RLNPA.

1.2. Recursos Administrativos y Procedimiento Administrativo

1.2.1. La identificación histórica

Históricamente se privilegió la significación del procedimiento administrativo como garantía de defensa de los derechos individuales en el ámbito administrativo; es más, como bien señaló Fiorini, la idea predominante identificaba el procedimiento recursivo con el procedimiento administrativo y, así, el derecho de peticionar a las autoridades y la fuerza expansiva de la inviolabilidad del derecho de defensa, resultantes, respectivamente, de los artículos 14 y 18 de la Constitución, ha sido, tradicionalmente, el sustento constitucional invocado para justificar la existencia misma del procedimiento administrativo. La historia evidencia que los primeros intentos regulatorios nacionales incursionaron en la esfera reclamatoria o recursiva.

1.2.2. Los principios generales del procedimiento administrativo

No es del caso indicar ahora por qué ese enfoque, valioso en sí mismo, no da cuenta, sin embargo, de la totalidad del procedimiento administrativo, el cual no se agota, ciertamente, en su vertiente recursiva. No obstante, lo dicho es una muestra más que evidente de la íntima vinculación que existe entre los recursos administrativos y el procedimiento administrativo. Vinculación que halla su expresión en la aplicación de los principios del procedimiento administrativo a los recursos administrativos.

Todos los principios que fueran enumerados en el capítulo anterior son de aplicación en el campo de los recursos administrativos.

Desde siempre (antes y después de la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que el procedimiento administrativo tiende no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva,

con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo[98].

Si la legalidad objetiva es un principio fundamental en la télesis del encauce procesal de la Administración Pública[99], se comprende que, a partir de ella, todos los demás principios devengan como resultado inherente para el condicionamiento de ese accionar.

Son, en ese sentido, especialmente aplicables los principios de verdad material o verdad jurídica objetiva y del informalismo a favor del administrado, el que, en rigor, no es sino una consecuencia de aquel que impone valorar al particular como un colaborador de la autoridad administrativa, aun cuando, como ha dicho la Corte Suprema, concurra en defensa de sus derechos[100].

La Procuración del Tesoro de la Nación ha podido dictaminar, así, que con fundamento en la verdad material y el informalismo que debe caracterizar a todo procedimiento, corresponde asignar a las presentaciones de los particulares el trámite que en rigor proceda y superar, por ende, los meros formalismos de ajustarse simplemente a lo peticionado por ellos, si, de ese modo, se les niega el acceso a derechos que les asisten aunque aquéllos, por omisión o ignorancia, no los invoquen[101], habiendo aplicado dichos principios y el de la calificación jurídica, para recalificar, incluso, como reconsideración en los términos del artículo 100 del RLNPA, una queja interpuesta por un órgano público[102]; principios que han operado también para resolver que si no es posible localizar la constancia de la notificación de un acto, la duda se debe decidir por la interposición en tiempo y forma de la impugnación pertinente[103]; o para encuadrar el enfoque de la procedencia de una petición previsional militar[104]. En esta misma línea el órgano asesor, por aplicación del principio de informalismo, expresó que ante la falta de manifestación del interesado con relación al tipo de recurso que interpone, debe entenderse deducido el que mayores posibilidades le otorga al recurrente[105].

El informalismo registra también algún caso en el cual se lo invocó para recalificar la petición del administrado, pero no con consecuencias favorables para éste, sino, precisamente perjudiciales[106] en tanto condujo a la consolidación de una deuda reclamada por el administrado. Esta solución es, a mi juicio, equivocada, pues el sentido del informalismo, en tanto expresión de la idea del particular como colaborador, persigue, precisamente, la protección de éste. El enfoque correcto debería ser, en casos como el citado, aplicar la teoría de la calificación jurídica, la cual, en sí misma, pretende adecuar el tratamiento de cada situación al marco jurídico que le corresponda, más allá de las pretensiones estatales e individuales.

1.3. La legitimación. Las asociaciones.

[98] Dictámenes: 94:172; 176:369.
[99] Dictámenes: 86: 85; 87:142; 91:209; 92:96; 97: 102; 114: 180; 163:200; 167:369, entre muchos otros.
[100] CSJN, 24/04/1986, "Durusse de Fernández", Fallos: 308:633 (esp. cons. 5º), también en JA 1987-I-589.
[101] Dictámenes: 207:212; 210: 305; 241:226.
[102] Dictámenes: 239:616.
[103] Dictámenes: 238:553.
[104] Dictámenes: 204:61.
[105] Dictámenes: 131:115.
[106] Dictámenes: 244:287.

La posibilidad de que una asociación civil sea parte legitimada en la instancia administrativa, a condición de que el interés legítimo alegado no sea el particular de uno o más miembros de la corporación, sino común a todos ellos y de que la entidad sea representada con arreglo a sus disposiciones estatutarias, ha sido aceptada por la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación[107].

La legitimación de las asociaciones civiles para recurrir en defensa de los intereses de sus asociados, en especial, cuando éstos resultaban afectados por actos de alcance general, fue el resultado de una considerable evolución. Inicialmente, sobre la base del presupuesto exigido para el recurso jerárquico, en tanto requería la lesión de un derecho o interés legítimo, es decir, una ingerencia en la esfera legal del recurrente[108], la Procuración del Tesoro de la Nación desconoció legitimación a aquellas asociaciones cuando el acto impugnado no lesionaba un derecho subjetivo o un interés legítimo propio de la asociación y se invocaba la lesión de un pretendido derecho del cual sólo podían ser titulares sus asociados[109].

Con el tiempo, y como resultado, tal como ha puntualizado la propia Procuración del Tesoro de la Nación, de la preocupación de la práctica y de la doctrina por acotar el concepto de interés legítimo y de considerar, en consecuencia, que éste es, en realidad, el que afecta a una categoría definida y limitada de individuos, se concluyó en que nada impedía admitir que pudiera ser objeto de defensa en sede administrativa por una entidad que representa a los individuos citados, asociados precisamente, entre otras finalidades, con dicho objeto[110].

Resulta, en este orden de ideas, ilustrativo el pensamiento de Gordillo, citado por la Procuración, quien muy bien apuntó que el criterio restrictivo respecto de la legitimación de las asociaciones es incluso incongruente con el sentido estricto de los términos "interés personal y directo", pues desde ese punto de vista aquéllas sólo lo titularizarían cuando se tratara de cuestiones que las afectaran a ellas directamente, en cuanto asociaciones; y dado que tales asociaciones se constituyen casi siempre para la defensa de sus asociados es obvio que afectarlos a éstos es afectar también, al mismo tiempo, el interés directo y personal de la entidad; negarle, entonces, a ésta, interés en la impugnación de las medidas ilegítimas que afecten a sus asociados es negarle, en buena parte, su misma razón de ser[111].

Por eso, si bien no es función de una asociación civil representar los intereses particulares de sus miembros, sí lo es y tal posibilidad no le puede ser negada en el marco del derecho constitucional de asociarse con fines útiles, el ejercer la representación de sus asociados en sede administrativa de los intereses que aquéllos hayan convenido en proteger a través de la entidad, cuando la personería invocada encuentra base instrumental en los Estatutos de la misma Corporación[112].

1.4. Actuación administrativa impugnable

[107] Dictámenes: 178:165, especialmente punto II.1.
[108] Dictámenes: 68:240.
[109] Dictámenes: 68:239; 77: 220; 83: 5 y 59, entre otros.
[110] Dictámenes: 168:292.
[111] Dictámenes: 168:292, III, en especial párrafo 12.
[112] Dictámenes: 168:192, III, último párrafo.

1.4.1. Actos unilaterales de alcance particular

Hemos dicho que el recurso administrativo tiene por objeto la impugnación de actos administrativos, considerados éstos en un sentido lato, lo cual significa que se incluyen en el concepto, en principio, los actos de génesis unilateral, de efectos particulares o generales, y los actos de gestación bilateral, es decir, los contratos administrativos.

Los actos unilaterales de efectos particulares, a los cuales circunscribimos la noción técnica estricta de acto administrativo, no originan mayor cuestión y, respecto de ellos, no existe debate sobre su impugnabilidad por la vía recursiva, variando sólo el recurso procedente según la clase de actos de que se trate: definitivos, equiparables a éstos o interlocutorios o de mero trámite.

Y cabe recordar que son definitivos los que resuelven, directa o indirectamente, el fondo de la cuestión o asunto sobre el que versa el procedimiento, cerrándolo y expresando la "voluntad" concreta de la Administración y los efectos queridos por ella acerca de la cuestión (v.gr. la habilitación de un comercio o la adjudicación de un contrato); equiparables a definitivos los que sin decidir expresamente el fondo de la cuestión debatida impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado (v.gr. la caducidad del procedimiento); interlocutorios, los que producen efectos directos sólo sobre el trámite, sobre el procedimiento (v.gr. denegatoria de un pedido de prórroga de plazo para impugnar).

1.4.2. Actos de alcance general

Distinto es el caso de los actos de alcance general, pues en relación con éstos cabe distinguir entre la impugnación directa e indirecta (para ampliar sobre toda esta temática ver lo expresado *infra* en "Principios generales del control judicial")

1.4.2.1. Impugnación directa

En relación con este modo de impugnación que implica cuestionar el reglamento aun antes de su aplicación a través de actos de alcance particular, la mayor parte de la doctrina y la actual doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación[113] sólo aceptan su procedencia por la vía del reclamo administrativo, dado en llamar *impropio* (por oposición al regulado en el artículo 30 de la LNPA), previsto en los artículos 24, inciso a), de la LNPA y 73 del Reglamento de Procedimientos.

Según esta posición, una adecuada hermenéutica de la LNPA y su Reglamentación llevan a sostener que en ese plexo normativo se estableció un doble sistema para la impugnación de la actuación administrativa: uno, para los actos de alcance particular consistente en el otorgamiento de recursos administrativos que exigen su agotamiento para habilitar la ocurrencia ante el Poder Judicial; y otro, diferente, para la impugnación directa de los actos de alcance general a través de un reclamo impropio y su denegatoria irrecurrible, único recaudo para acceder a la vía judicial.

[113] Dictámenes: 210:137.

Otra posición, en cambio, entiende que la impugnación directa es también posible por medio de los recursos, cuando se trata de reglamentos de directa aplicación. Según esta orientación la posibilidad de emplear los recursos para impugnar directamente actos de alcance general autoaplicativos deriva del propio texto del artículo 73 del Reglamento, al habilitar aquéllos cuando la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación a los actos generales, pues esta clase de actos reconoce, precisamente, como uno de los modos de aplicación su sola entrada en vigencia, sin necesidad de actos particulares de aplicación. Aunque sin este matiz, esta posición fue propiciada en su momento por la Procuración del Tesoro de la Nación[114].

La utilización de una u otra vía tiene sus presupuestos y consecuencias.

El reclamo impropio no está sujeto a plazo y no lo tiene tampoco para su resolución, siendo aplicable, a nuestro juicio, para esto último, el de sesenta días contemplado en el artículo 10 de la Ley, vencido el cual sin decisión corresponderá acudir al procedimiento en él previsto, y sin que, cabe aclarar, la denegatoria tácita quede sujeta al plazo de caducidad para accionar judicialmente, impuesto, sí, para la denegatoria de igual índole del reclamo administrativo previo común. La decisión expresa es, por otro lado, irrecurrible en sede administrativa, a tenor de lo preceptuado por el artículo 73 *in fine* del RLNPA, y está sometida al pertinente plazo de caducidad para accionar judicialmente. La Procuración del Tesoro de la Nación ha dictaminado la improcedencia, en este caso, incluso del recurso de reconsideración[115].

El empleo eventual de un recurso (reconsideración, jerárquico o, en su caso, alzada) supone respetar los plazos de interposición correspondientes a cada uno de ellos; pero tiene la ventaja de que todos poseen plazo expreso para su resolución, vencidos los cuales es posible considerarlos tácitamente denegados, sin acudir al procedimiento del artículo 10 de la LNPA, y sin que tampoco en este supuesto existan plazos para promover la demanda judicial. La decisión expresa estará también en esta hipótesis sujeta al plazo de caducidad para accionar judicialmente.

1.4.2.2. Impugnación indirecta

Es la que se deduce contra el acto de alcance general, pero a través del acto de alcance particular que le da aplicación. En esta situación se podrá acudir a cualquiera de los recursos ordinarios según sea la autoridad emisora del reglamento, a la cual corresponderá resolverlos.

1.4.3. Actos de entes públicos no estatales o de sujetos privados

Los actos de las personas públicas no estatales a los que se les reconozca la calidad de actos administrativos, podrán ser impugnados por recursos administrativos aplicando por analogía los procedimientos que estuvieren previstos para la impugnación de los actos de las entidades jurídicamente descentralizadas e igual conclusión correspondería sentar respecto de los actos de índole administrativa que eventualmente emitan sujetos privados. Aun cuando, en este último supuesto, el Decreto 1446/90 –

[114] Dictámenes: 188:85.
[115] Dictamen 415/04.

derogado por el decreto 779/95- disponía para ciertos actos de los concesionarios viales la impugnación por medio del recurso jerárquico.

1.4.4. Actos de objeto privado

Estos actos, cuya característica es que, en parte, aparecen regidos por el derecho privado son, sin embargo, impugnables por vía de recurso, no sólo en los aspectos regulados por el derecho público (competencia, forma, fin) sino también en los disciplinados por el derecho privado (objeto) con la particularidad, en este último caso, de que el control se deberá ejercer con arreglo a las normas privadas que resulten aplicables.

1.4.5. Actos preparatorios

Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, es decir, las que no expresan la voluntad administrativa, pero, sin embargo, concurren a formarla, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante, no son recurribles. Sólo cabría hacer excepción respecto de ciertos actos preparatorios que generen indefensión (Escola). La Procuración del Tesoro de la Nación asignó el carácter de acto administrativo y consideró, por tanto, objeto posible del recurso de reconsideración, al dictamen de una Dirección General de Asuntos Jurídicos que generó la caducidad automática del procedimiento provocando el archivo consecuente de las actuaciones[116].

1.4.6. Vías de hecho y hechos administrativos

El ordenamiento nacional no contempla la impugnación recursiva de las vías de hecho administrativas ni de los hechos administrativos, entendiendo por éstos los simples comportamientos materiales o físicos de las autoridades administrativas. En estos casos, procederá, entonces, si se opta por la vía previa administrativa, innecesaria en los dos casos, acudir a la vía del reclamo prevista en el artículo 30 de la LNPA.

En síntesis, el objeto de los recursos administrativos puede ser, en principio, la impugnación de cualquier clase de acto entendido éste en sentido genérico, como resultado del ejercicio de la función administrativa y no limitado al sentido técnico estricto que antes hemos expuesto. Es cierto, sin embargo, que la posibilidad de impugnar directamente por vía de recurso actos de alcance general está discutida; pero, a mi modo de ver, de acuerdo a lo recientemente expuesto, ello es posible en los casos de los actos generales normativos (reglamentos) autoaplicativos o también denominados "de directa aplicación".

1.4.8 El silencio de la administración

[116] Dictámenes: 223:02.

Nos hemos ocupado del instituto del silencio administrativo al tratar el elemento "forma" del acto administrativo.

De todos modos, señalamos aquí que, como puntualizamos al referirnos en un capítulo a los principios del control judicial, consideramos que cuando media silencio también es necesario el agotamiento de la vía administrativa. Ello así, pues el sentido tuitivo de los derechos particulares que inspira la teoría del silencio administrativo, no se desvirtúa por la circunstancia de que su configuración se exija respecto de la máxima jerarquía administrativa. No existe, pues, en nuestra opinión, incompatibilidad entre la protección que se busca acordar con la teoría del silencio y las razones que justifican el agotamiento de la instancia; la Administración tiene oportunidad de autocontrolarse y el administrado adquiere otra posibilidad de obtener un pronunciamiento expreso y fundado.

Esa idea ha llevado a sostener que, independientemente de la naturaleza jurídica que se asigne al silencio, éste es impugnable, en principio, por medio de los recursos administrativos correspondientes (Nielsen).

1.4.8 Actos que resuelven reclamos interadministrativos de carácter pecuniario

La Procuración del Tesoro de la Nación, por aplicación de la doctrina que expresa que el principio general en materia de relaciones interadministrativas es de la inexistencia de la vía recursiva, ha rechazado recursos contra actos que resolvía reclamos en el marco de la ley 19.983[117].

1.5. Efectos de la interposición de los recursos administrativos

Dispone el artículo 1º, inciso e, apartado 7, de la LNPA que, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 12 de la ley, la interposición de los recursos administrativos determina la interrupción de los plazos, aun cuando ellos hayan sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable.

El artículo 12, por su parte, después de consagrar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, determina 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 exigieren la intervención judicial, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa disponga lo contrario.

La ejecutoriedad, entendida como potestad administrativa de disponer la ejecución del acto por sí y ante sí, sólo cede, conforme la norma, si una ley así lo prevé o con fundamento en la naturaleza de aquél. La ley deberá respetar la zona de actuación propia de la administración -gestora inmediata del interés público- y no será constitucional, entonces, una norma que prive, *a priori* de ejecutoriedad a toda una clase de actos administrativos sin especificar la causa de esa prohibición; la naturaleza del acto, por otra parte, corresponde vincularla con aquellos que importen actuación

[117] Dictámenes: 197:174.

coactiva sobre el patrimonio o la persona física del administrado (Fiorini), excepto en los casos en que, pese a ello, esa actuación coactiva es admisible (Cassagne).

De todos modos la suspensión de la ejecución del acto la puede disponer la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, y mediante resolución fundada, por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundamente una nulidad absoluta (LNPA, artículo 12, último párrafo).

Remitimos para ampliar el estudio de estas cuestiones a lo expresado en el capítulo en el que abordamos el análisis del acto administrativo.

1.6. Efectos de la resolución de los recursos administrativos

Dispone el artículo 82 del Reglamento que al resolver un recurso el órgano competente podrá limitarse a desestimarlo, o ratificar o confirmar el acto de alcance particular impugnado, si ello correspondiere conforme lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, el cual, a su vez, establece que el saneamiento procede mediante ratificación por el órgano superior cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón del grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes. La cláusula reglamentaria mencionada también determina que la confirmación se produce por el órgano que dictó el acto, subsanando el vicio que lo afecte.

La desestimación del recurso puede abrir al recurrente nuevas vías de recurso administrativas y, en su caso, habilitar el acceso a la instancia judicial. La estimación, a su vez, cuando hay contrainteresados, plantea problemas vinculados con la estabilidad del acto ("cosa juzgada administrativa") para cuyo tratamiento remitimos a lo dicho *supra*, donde también abordamos la compleja cuestión de la *reformatio in pejus.*

Es, asimismo, de importancia la determinación de la suerte de los actos individuales de aplicación de un reglamento, cuando éste es extinguido a causa de un reclamo o recurso. La situación depende a nuestro juicio del motivo que haya dado sustento a la extinción del reglamento, correspondiendo resolver sobre los actos particulares emitidos, con arreglo, según el caso, a los principios propios de la revocación por razones de ilegitimidad o bien por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

1.7 La vista de las actuaciones administrativas

Prescribe el artículo 38 del Reglamento que la parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquéllas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados secretos o reservados mediante decisión fundada del respectivo Subsecretario del Ministerio o titular del ente descentralizado de que se trate.

El pedido de vista, dispone la citada norma, se puede hacer verbalmente y se concederá sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas, y si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para tomarla, éste se dispondrá por escrito, rigiendo, al

respecto, lo establecido en el artículo 1º, incisos e, apartados 4 y 5 de la LNPA, referidos, respectivamente, al plazo supletorio general de diez días y a la posibilidad de su prórroga.

El día de vista, consigna además la cláusula, abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente, del que, a pedido del interesado, y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare.

El artículo 76 del Reglamento también determina que si a los efectos de articular un recurso administrativo, la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, queda suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto; suspensión que se produce por la mera presentación del pedido de vista, sin perjuicio de la suspensión que cause su otorgamiento, suspendiéndose, asimismo, de igual forma, los plazos previstos en el artículo 25 de la LNPA para accionar judicialmente por vía de acción o recurso.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dictaminado en el sentido de que una actuación verbal del administrado (pedido de vista) que provoca el dictado de un acto administrativo verbal y aun tácito de la Administración (concesión de la vista) tiene la capacidad de interrumpir los plazos, tanto para recurrir como para que se produzca la caducidad establecida en el artículo 25 de la LNPA[118], y ha considerado también que la concesión o denegatoria y el alcance de la eventual vista de las actuaciones implica una valoración de oportunidad, mérito y conveniencia ajena a su competencia[119]. El mismo organismo asesor ha entendido que la denegatoria de la vista no se puede estimar, en principio, como un acto definitivo o equiparable a él, motivo por el cual sólo resulta impugnable por la vía del recurso de reconsideración[120].

Por nuestra parte, entendemos que la vista es un modo de acceso al expediente vital para que la garantía del "debido procedimiento previo," en general, y del debido proceso adjetivo, en especial, sean una realidad y no una mera proclamación jurídico formal vaciada de contenido. Por eso, su otorgamiento, aun cuando se lo califique como discrecional, está sujeto a límites jurídicos inviolables, cuyo desconocimiento genera la nulidad del acto que los transgrede y asigna a éste la condición de equiparable a definitivo con todas las consecuencias sustantivas y procesales que de ello se derivan. Así, negar la vista de actuaciones en las cuales constan elementos de juicio utilizados para causar un acto administrativo que afecta los derechos o intereses de un administrado, invocando, por ejemplo, su reserva o secreto, es siempre una decisión nula, de nulidad absoluta e insanable, cualquiera sea el ámbito de la actividad estatal de que sede trate. La vista, es, pues, la antesala de la participación o de la defensa eficaz y la garantía formal de una decisión justa.

2. Los recursos en particular

2.1. El recurso de reconsideración

[118] Dictámenes: 228:69.
[119] Dictámenes: 227:226.
[120] Dictámenes: 192:024.

Se ha conceptualizado al recurso de reconsideración, en el orden nacional, como el medio de impugnación –en principio optativo- que el administrado en su carácter de colaborador en el procedimiento administrativo ejerce como medio de defensa y cuya interposición se efectúa ante la misma autoridad que dictó el acto cuestionado, con el fin de que ésta, ya sea con fundamentos de ilegitimidad o de oportunidad, lo modifique, sustituya o revoque por contrario imperio (Nielsen).

Procede contra actos definitivos o equiparables a ellos y contra los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo. Se debe deducir dentro de los diez días hábiles administrativos de la notificación del acto, ante el mismo órgano que lo dictó el que debe resolverlo dentro de los treinta días hábiles administrativos computados a partir de su interposición o, en su caso, de la presentación del alegato o del vencimiento para hacerlo si se hubiere producido prueba. Si no fuere resuelto dentro del plazo indicado, el interesado puede reputarlo denegado tácitamente sin necesidad de requerir pronto despacho (arts. 84, 86 y 87 del RLNPA).

Si el acto impugnado se hubiera dictado por delegación el recurso debe ser resuelto por el delegado, sin perjuicio del derecho de avocación del delegante; pero si la delegación hubiere cesado al tiempo de deducirse el recurso, debe ser resuelto por el órgano titular de la competencia (art. 85 del RLNPA).

Dispone el Reglamento que el recurso de reconsideración contra actos definitivos o asimilables a ellos, lleva implícito el jerárquico en subsidio, de modo que cuando expresa o tácitamente se rechaza la reconsideración las actuaciones se deben elevar dentro de los cinco días de oficio o a petición de parte según haya recaído o no resolución denegatoria expresa, asistiendo al recurrente el derecho de mejorar o ampliar los fundamentos del recurso, dentro de los cinco días de recibidas las actuaciones por el superior (art. 88 del RLNPA)[121], plazo, este último, que puede ser suspendido por el interesado por medio de un pedido de vista de las actuaciones (Nielsen). En el régimen actualmente vigente no se prevé que la reconsideración interpuesta contra actos definitivos o equiparables emanados de entes autárquicos lleve implícita la alzada, aunque nada impide que el particular pueda articularla subsidiariamente en forma expresa con aquélla (Nielsen).

El recurso de reconsideración no es de interposición obligatoria para deducir el recurso jerárquico y su deducción es también facultativa respecto de las decisiones definitivas o con fuerza de tales que el Poder Ejecutivo, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias, supuesto, éste, en el que, de ser deducido, suspende el curso de los plazos establecidos en el artículo 25 de la LNPA para accionar judicialmente (art. 100 del RLNPA)[122]. Corresponde, sin embargo, recordar que la Procuración del Tesoro de la

[121] Sobre este aspecto la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que la existencia de una norma específica como lo es el art. 88 impide la aplicación de la regla general del art. 77 del RLNPA que establece que los fundamentos pueden ampliarse en cualquier momento antes de la resolución (Dictámenes: 236:212).

[122] Como hemos señalado antes, si bien en el art. 100 de la Reglamentación se dispone que la interposición de los recursos de reconsideración y revisión "suspende" el curso de los plazos establecidos en el art. 25 de la ley, entendemos, junto con Hutchinson, que la norma es inconstitucional, en este último aspecto, ya que se opone al principio establecido en la ley -interrupción de los plazos por interposición de recursos, art. 1, inc. e, ap. 7º-, y, con ello, viola el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 31 de la CN. En este sentido, ver tambió en CNCAF, Sala IV, 12/06/1986, "Cuarto Creciente S.A.".

Nación ha dictaminado en el sentido de que el recurso de reconsideración no procede respecto del acto que resuelve el reclamo *impropio* interpuesto contra un Reglamento[123].

2.2. El recurso jerárquico

El recurso jerárquico es el que procede contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado; se interpone ante la autoridad que emitió el acto impugnado y lo resuelve el Jefe de Gabinete de Ministros –cuando el acto cuestionado provenga de un órgano que de él dependa-, los titulares de los entes descentralizados –cuando el recurso se interpone contra un acto de un órgano inferior en el ámbito del ente descentralizado-, el Ministro, o el Secretario de la Presidencia de la Nación que corresponda, salvo cuando el acto proviene de alguno de estos funcionarios -excepto de los titulares de las entidades descentralizadas, pues no corresponde el recurso jerárquico sino el de alzada- supuestos en los cuales la decisión compete al Poder Ejecutivo Nacional, agotándose, en todos los casos, la instancia administrativa (arts. 89 y 90, primer párrafo, primera parte, del RLNPA).

El recurso se debe elevar, de oficio, dentro de los cinco días, al Ministerio o Secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto (art. 90, primer párrafo, segunda parte) y, cualquiera sea el órgano competente para resolverlo, el recurso se debe tramitar en la sede del referido Ministerio o Secretaría, en la cual se recibirá la prueba estimada pertinente y se recabará obligatoriamente el dictamen del servicio jurídico permanente (art. 92, primer párrafo del RLNPA). No es requisito previo del jerárquico la interposición del recurso de reconsideración, pero, si se lo hubiere hecho, no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico, sin perjuicio del derecho del recurrente de ampliar o mejorar los fundamentos de su recurso dentro de los cinco días de recibidas las actuaciones por el superior (art. 89, segundo párrafo, del RLNPA).

El plazo de resolución es de treinta días, a contar desde la recepción de las actuaciones por la autoridad competente o, en su caso, de la presentación del alegato -o vencido el plazo para hacerlo- si se hubiere producido prueba, no siendo necesario pedir pronto despacho para que se produzca la denegatoria por silencio (art. 91 del RLNPA).

La decisión recaída en el recurso jerárquico agota la instancia, como se dijo, pero ello no obsta a que contra ella se interpongan el recurso de reconsideración o el de revisión, supuestos, éstos, en los cuales la interposición de esos recursos suspende –a nuestro juicio interrumpe, ver *supra*- el curso de los plazos fijados por el artículo 25 de la LNPA para accionar judicialmente (art. 100 del RLNPA).

Dispone el Reglamento de Procedimientos que se debe requerir la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación, cuando el recurso jerárquico se hubiere interpuesto contra resolución del Ministro o Secretario de la Presidencia de la Nación; cuando corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme; cuando el interés económico comprometido requiera su atención o cuando el Poder Ejecutivo lo estime conveniente para resolver el recurso.

[123] Dictamen 415/04.

Después de la reforma constitucional de 1994 se planteó la cuestión relativa a quién debía resolver los recursos jerárquicos respecto de los actos emitidos por los Ministros de la Nación.

La Procuración del Tesoro de la Nación dictaminó en el sentido de que la competencia le seguía correspondiendo al Poder Ejecutivo, en razón, esencialmente, de negar la existencia de una relación jerárquica del Jefe de Gabinete sobre aquéllos[124] propiciando un criterio que se observa hasta la fecha.

Por nuestra parte, desde el Ministerio de Justicia de la Nación, produjimos un dictamen de sentido contrario, afirmando, precisamente, la existencia de esa jerarquía, a cuyos argumentos, reproducidos en el capítulo referente a la organización administrativa, nos remitimos en mérito a la brevedad. Esa idea nos ha llevado a concluir que los recursos jerárquicos interpuestos contra los actos de los Ministros deberían ser resueltos por el Jefe de Gabinete y no por el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de su facultad de avocación.

2.3. El recurso de alzada

Este recurso es el que el administrado puede interponer, como opción respecto de la posibilidad de acudir a la Justicia, contra los actos administrativos definitivos o que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente, emanados del órgano superior de un ente autárquico[125]. La opción por esta vía administrativa no impide, de acuerdo con el régimen vigente, desistir de ella para acudir a la Justicia, ni obsta para que agotada aquélla con la resolución del recurso se acuda a ésta; pero la opción por la promoción de la acción judicial hace perder la vía administrativa (artículo 95 del RLNPA).

El recurso se debe interponer ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los quince días de notificado y se debe elevar dentro de los cinco días y de oficio al Ministerio o Secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto, a cuyos titulares corresponde resolverlo en treinta días contados desde la recepción de las actuaciones o, en su caso, de la presentación del alegato –o vencimiento del plazo para hacerlo- si se hubiere recibido prueba, no siendo necesario pedir pronto despacho para que se produzca la denegatoria por silencio (artículos 96 y 98 del RLNPA).

Cualquiera fuera la autoridad competente para resolver el recurso de alzada él debe tramitar y sustanciar íntegramente en sede del Ministerio o Secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor, en la cual se debe recibir la prueba estimada pertinente y recabar obligatoriamente el dictamen del servicio jurídico

[124] Dictamen 90/97.

[125] El artículo 94 del RLNPA incluye entre los entes autárquicos a las Universidades Nacionales. Cabe destacar, sin embargo, que la norma es anterior a la reforma constitucional de 1994, la cual consagró expresamente la autonomía de aquellas instituciones (art. 75 inciso 19 tercer párrafo *in fine*). La PTN ha indicado como uno de los ejemplos de la mayor independencia universitaria derivada de esa cláusula constitucional el establecimiento obligatorio de la vía o instancia judicial para cuestionar y observar los actos y normas emanadas de las Universidades Nacionales a través de la implementación de un recurso directo ante las Cámaras Federales de Apelaciones (Art. 32 de la ley 24521). El Alto organismo asesor ha señalado, en ese orden de ideas, la actual ausencia del control de tutela en cabeza de la Administración central a través del recurso de alzada, otrora vigente. (Dictamen 144/04 punto 2.6, RDA año 16, 2004, p.1027, con nota de Javier I. Lorenzutti).

permanente. La intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación se debe requerir en los mismos casos previstos para el recurso jerárquico (artículo 98 citado).

En lo que se refiere a los fundamentos que pueden invocarse para la deducción de este recurso, el Reglamento parece hacerse eco del debate planteado en su momento en la doctrina, respecto del órgano competente para crear entes autárquicos y de la influencia de esa cuestión en los alcances del control del Poder Ejecutivo sobre el ente.

Marienhoff sostuvo siempre la competencia primaria del Poder Ejecutivo para crear entes autárquicos con fundamento, esencialmente, en los poderes de administración conferidos por la Constitución en el entonces artículo 86, inciso 1 de la Constitución (hoy artículo 99, inciso 1, o, en su caso 100, inciso 1), sin perjuicio de reconocer al Congreso la potestad excepcional de hacerlo en los supuestos especiales en que, a juicio del recordado maestro, la Constitución le había atribuido a éste competencias administrativas especiales (v.gr. creación de bancos oficiales; universidades; etc.).

Por aplicación de esa idea Marienhoff propiciaba que, en relación con los entes creados por el Poder Ejecutivo, el control fuera amplio, y abarcativo, por ende, de la legitimidad y de la oportunidad, mérito conveniencia de los actos, mientras que, en cambio, cuando se tratara de entes creados por el Congreso en ejercicio de facultades constitucionales propias, aceptaba sólo el control restringido y limitado, por tanto, a la legalidad, salvo que la ley autorizara un control amplio.

Esa postura parece acogerse en el Reglamento, a tenor del cual si bien el recurso de alzada se puede interponer con base en razones de legitimidad o bien de oportunidad, mérito o conveniencia, si el ente descentralizado autárquicamente fuere de los creados por el Congreso en *ejercicio de sus facultades constitucionales*, el recurso sólo será procedente por razones vinculadas a la legitimidad del acto, salvo autorización legal para el control amplio (artículo 97 primera parte del RLNPA).

En cualquier caso, y en coherencia con los límites que tradicionalmente se han derivado de la tutela en relación con la jerarquía, la aceptación del recurso se debe limitar, en principio, a la revocación del acto impugnado, excepto que razones fundadas de interés público justificaran, excepcionalmente, su modificación o sustitución (artículo 97 segunda parte del RLNPA).

Dos cuestiones adicionales plantea el recuso de alzada: una, la relativa a su procedencia respecto de los actos de los entes empresariales del Estado; y, otra la referida a las cuestiones técnicas, generadas en razón del control sobre los entes reguladores de los servicios públicos privatizados.

La primera ha sido resuelta por el artículo 4º del Decreto 1883/91 según el cual los actos definitivos o asimilables que emanaren del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional, son recurribles mediante recurso de alzada, excepto cuando se trate de actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión. La norma viene, así, a consagrar un criterio expuesto en sus dictámenes por la Procuración del Tesoro de la Nación que había admitido el recurso, respecto de esta clase de entes, cuando se tratara de actos emitidos en función de un *interés específico de la administración* y lo excluía en relación con actos *inherentes a su actividad privada*[126].

[126] Dictamen del 6/09/1989, expediente 42.409/88.

La segunda cuestión se origina en las decisiones de los entes reguladores, las cuales, en tanto provenientes de entes autárquicos son, como regla, impugnables por la vía del recurso de alzada, sin perjuicio de que algunos marcos específicos han establecido expresamente la procedencia de ese recurso contra los actos de los entes que reglamentan (v.gr. artículos 74 de la ley 24065 respecto del ENRE y 70 de la ley 24076 en relación con el ENARGAS).

En lo que se refiere al alcance del control en estos casos, el Alto Organismo Asesor ha dictaminado que no procede la revisión por alzada de los actos administrativos dictados por los entes, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad, cuando éstos han actuado en ejercicio de competencias que les han sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo objeto sea técnico y el recurso impugne, únicamente, ese objeto[127].

2.4. El recurso de queja: un recurso nominado, pero atípico.

Este recurso, derivado del proceso civil, debe tener también aplicación en el procedimiento administrativo, y es de vital importancia para superar las siempre posibles arbitrariedades de quienes pretenden obstar a la normal tramitación de los recursos jerárquico o de alzada, denegándolos sin tener la competencia para ello.

Escola lo ha definido como aquel recurso administrativo que se interpone a fin de impugnar el acto por el cual se declaró la improcedencia de un recurso jerárquico o de un recurso de alzada, de modo de hacer viable la tramitación de éstos, y que se deduce ante el órgano administrativo competente para resolver dichos recursos.

El recurso de queja, así concebido, no está contemplado expresamente ni en la Ley de Procedimientos Administrativos, ni en su Reglamento (atipicidad), pero siendo inherente al procedimiento administrativo, su existencia es, como bien dice Escola, indiscutible, debiendo aplicarse a su tramitación, en lo posible, las prescripciones aplicables al recurso jerárquico.

Procede contra los actos de autoridades que careciendo de competencia para resolver los recursos jerárquicos o de alzada los declaran formalmente improcedentes; puede ser interpuesto, ante las autoridades competentes para decidir tales recursos, por quienes habiendo deducido el recurso jerárquico o de alzada, obtuvieron la denegación, en los términos indicados, por una autoridad incompetente; se debe tramitar con arreglo a las prescripciones aplicables al jerárquico y lo resuelve el órgano competente para decidir el jerárquico o la alzada.

Si la resolución fuere estimatoria, se declarará mal denegado el recurso pertinente y, previa notificación al recurrente, las actuaciones serán remitidas al Ministerio o Secretaría en la que actúe el órgano emisor del acto para que se tramite el recurso mal denegado; si fuere desestimatoria se declarará bien denegado el recurso jerárquico o de alzada y se dispondrá el archivo de las actuaciones, previa notificación al recurrente.

Se insiste en doctrina con razón en que al resolverse el recurso de queja sólo debe considerarse la procedencia o improcedencia formal del recurso denegado,

[127] Dictámenes: 228:114.

debiendo omitirse, cuidadosamente, la valoración de cualquier aspecto que directa o indirectamente se pueda vincular con la materia objeto de aquel recurso (Escola).

El recurso de queja se debe diferenciar claramente de la reclamación en queja, a la cual nos referiremos más adelante.

2.5 El recurso de revisión

Este recurso ha sido conceptuado como "el medio de impugnación procedimental extraordinario y típico, tendiente a examinar un acto firme en sede administrativa, cuando se ha dictado mediando actos ilícitos o graves irregularidades, comprobados en legal forma, sin culpa o negligencia del recurrente, con el objeto de que la Administración lo revoque, modifique o sustituya, por razones de ilegitimidad" (Lagarde).

La doctrina mayoritaria lo considera un recurso autónomo (Escola-Canosa-Pearson- Hutchinson). Sin embargo, otro sector, con apoyo en que la ley no utiliza el término *recurso*, entiende que dicha norma sólo legisla *supuestos* de revisión del acto, a ser planteados en el marco del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio (Gordillo). No obstante, se ha apuntado que es designado expresamente como recurso en el artículo 100 del RLNPA (Lagarde).

Procede contra actos definitivos, firmes, en los excepcionales supuestos previstos en los cuatro incisos de la norma examinada. Se ha afirmado que, en el sistema de la ley y su reglamentación y de acuerdo con su fuente española, la firmeza requerida para la procedencia formal de este recurso debe configurarse sólo en sede administrativa, es decir, que no sea susceptible de recurso administrativo ordinario, sin perjuicio de que sea posible la impugnación judicial del acto cuestionado (Lagarde).

Este medio impugnativo se halla regulado en la ley de procedimientos administrativos y no en su reglamentación, debido a su carácter extraordinario y a que, se ha afirmado, implica "una importante excepción al principio de estabilidad del acto administrativo" (Cassagne).

Su procedencia se ha considerado de interpretación restrictiva. En ese sentido, la PTN ha expresado que el recurso de revisión "es de carácter excepcional y, como regla general, resulta viable en ausencia de otros medios recursivos ordinarios"[128].

Por nuestra parte, pensamos que así como la potestad revocatoria del acto irregular es la regla y las excepciones a ella se deben interpretar restrictivamente, del mismo modo procede valorar con amplitud la procedencia del recurso de revisión, en tanto a través de él se exteriorizan circunstancias habilitantes del ejercicio de aquella potestad.

En los supuestos contemplados en el art. 22[129] se agregan, pues, nuevas causales autorizadoras de la revocación del acto administrativo por razones de ilegitimidad, aun

[128] Dictámenes: 162:84 y sus citas.

[129] El artículo 22 dispone: "Podrá disponerse en sede administrativa la revisión de un acto firme:
a) Cuando resultaren contradicciones en la 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.

cuando éstos reúnan los recaudos establecidos en el art. 17 de la ley; siendo así, procede, en nuestra opinión, interpretar con criterio restrictivo las circunstancias que puedan obstar a la procedencia del recurso.

> Se ha expresado en doctrina que, del análisis de la jurisprudencia administrativa de la PTN existente sobre el tema se desprende –más allá de su tradicional afirmación apriorística de que la procedencia de este recurso debe ser interpretada restrictivamente– una singular amplitud, en tanto opinó que correspondía hacer lugar al recurso aun en supuestos no tan excepcionales, como por ejemplo ciertos vicios en el procedimiento o en la voluntad, encuadrándolos en la causal "grave irregularidad", prevista en el artículo 22, inciso d), *in fine,* LNPA (Lagarde).

La casuística que admite la referida causal ha permitido afirmar que la enumeración de los supuestos de procedencia del recurso, efectuada en los cuatro incisos del artículo 22 LNPA no es taxativa (Gordillo), lo que se entendió demostrado mediante el análisis de los dictámenes de la PTN que se ocupan del tema (Lagarde), a pesar de lo afirmado en sentido opuesto por el propio Alto Órgano Asesor (Dictámenes: 139:320) y por otro sector de la doctrina [Aberastury (h) y Cilurzo].

Los plazos de interposición varían según se trate del supuesto de procedencia: diez días en el caso del inc. a, y treinta días en los demás casos.

El recurso de revisión es resuelto por el órgano que dictó el acto recurrido o por órganos jerárquicamente superiores.

Al no estar previsto en la ley, se discute cuál es el plazo con que cuenta la Administración para resolverlo; hay quienes sostienen que se aplica el plazo del art. 10 de la LNPA (Linares), posición a la que adherimos.

El caso regulado en el inc. a) se considera un motivo del recurso de aclaratoria, previsto en el art. 102 de la reglamentación (Hutchinson), por lo que la calificación de "firme" no resulta aplicable al supuesto del inc. a) del artículo, teniendo en cuenta el plazo de interposición y la forma de computarlo (Pearson).

Empero, es importante señalar que, en los supuestos en que es procedente a la vez este recurso o la aclaratoria, la mayor extensión del plazo establecido en el art. 22 de la ley resultará más favorable para quien pretenda que la Administración subsane posibles contradicciones en la parte dispositiva del acto.

En cuanto al supuesto previsto en el inc. b), la PTN ha dictaminado que, cuando el art. 22 autoriza a revisar en sede administrativa un acto firme, se refiere a documentos cuya existencia se ignoraba o que no pudieron presentarse como prueba por fuerza mayor o por obra de terceros en la oportunidad de la emisión del acto y no a aquéllos que, existentes y disponibles entonces, se extraviaren luego[130].

Las graves irregularidades previstas en el art. 22 incs. c) y d) *in fine* de la ley deben estar legalmente comprobadas (Comadira).

---

d) Cuando hubiere sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada.
El pedido deberá interponerse dentro de los DIEZ (10) días de notificado el acto en el caso del inciso a). En los demás supuestos podrá promoverse la revisión dentro de los TREINTA (30) días de recobrarse o hallarse los documentos o cesar la fuerza mayor u obra del tercero; o de comprobarse en legal forma los hechos indicados en los incisos c) y d)."

[130] Dictámenes: 195:122.

No ha de finalizarse el apartado sin antes reflexionar acerca de si la interposición del recurso de revisión suspende o interrumpe el plazo para iniciar demanda contencioso administrativa en la cual se solicite la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado. A este respecto, Linares sostiene que corresponde la suspensión, por aplicación de la norma del art. 1° inc. e, ap. 7° de la LNPA (Linares).

Cabe tener en cuenta que el art. 100 de la reglamentación de la ley, aprobada por el decreto 1759/72 (T.O. 1991) determina que "las decisiones definitivas o con fuerza de tales que el Poder Ejecutivo Nacional, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos sólo serán susceptibles de la reconsideración prevista en el art. 84 de esta reglamentación y de la revisión prevista en el art. 22 de la ley de procedimientos administrativos. La presentación de estos recursos suspende el curso de los plazos establecidos en el art. 25 de la ley de procedimientos administrativos".

Por nuestra parte, reiteramos aquí nuestra opinión coincidente con la de Hutchinson, en el sentido de que el art. 100 de la reglamentación es inconstitucional, en cuanto sólo dispone el efecto suspensivo de la interposición de los recursos que enumera, ya que se opone al principio establecido en la ley -interrupción de los plazos por interposición de recursos, art. 1°, inc. e, ap. 7-, y, con ello, viola el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 31 de la Norma Fundamental.

3. Un recurso administrativo impropio: La denuncia de ilegitimidad.

3.1. Naturaleza jurídica

La denuncia de ilegitimidad como instrumento de control por la Administración de la legalidad de sus propios actos y, a la vez, medio de defensa de los derechos e intereses de los particulares, tiene su origen, en nuestro país, en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación[131]. Se trata de una institución típica del procedimiento administrativo argentino.

La denuncia de ilegitimidad constituye un medio autónomo de impugnación de actos administrativos, con el objeto de proteger el interés público comprometido en la juridicidad y el interés privado del recurrente.

Participa de algunas notas propias de los recursos, como la de ser deducida por quienes están legitimados para interponer a éstos y se sustancia por los mismos trámites. No es, sin embargo, un recurso en sentido propio, porque la decisión formal que en ella recaiga será irrecurrible en cuanto al fondo, tanto en sede administrativa como judicial y no habilita la instancia contencioso-administrativa.

No se confunde con los reclamos, porque éstos suponen la inexistencia de un acto administrativo; tienden, precisamente, a provocarlo (Garrido Falla).

Tampoco tiene rasgos comunes con la simple denuncia, porque la denuncia de ilegitimidad, a diferencia de aquélla, supone cierta legitimación y debe ser obligatoriamente resuelta.

[131] Dictámenes, 73:86; 86:285; 87:29; 92:96; 163:358; 167:369; 176:112; 176:155; 180:74; 292:94, entre otros.

Entendemos, por lo expuesto, que la denuncia de ilegitimidad es un *recurso administrativo impropio, parcialmente típico, supletorio del no usado en tiempo, cuyas notas singulares resultan, por una parte, de las pautas regladas de desestimación formal, seguridad jurídica y abandono voluntario del derecho y, por otra, de la circunstancia de que su habilitación no exhuma la posibilidad de agotar la vía administrativa, perdida por el transcurso del plazo para recurrir, y, consiguientemente, la de acceder a la justicia.*

La Procuración del Tesoro de la Nación tiene sentada doctrina en el sentido de que la intención de legislador fue, al regular la denuncia de ilegitimidad, reconocer un tipo especial de denuncia que no revistiera los caracteres de un verdadero recurso, mediante la cual puedan impugnarse actos administrativos luego de expirado el término para recurrir, cuando ellos lesionan derechos subjetivos o intereses legítimos[132].

3.2. Fundamento

La denuncia de ilegitimidad se inscribe en el marco institucional de los recursos administrativos y, a través de éstos, en el del procedimiento administrativo. Su fundamento radica, pues, en la necesidad de asegurar la vigencia de la juridicidad y de proteger los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. La denuncia de ilegitimidad tiene, así, el propósito de asegurar el control de la legalidad y eficacia de la actividad administrativa y, por su intermedio, el respeto de los derechos e intereses de los administrados.

Este instituto, no deviene sólo del principio de legalidad o juridicidad porque si así fuera, deberían sustanciarse, en todos los casos, los recursos extemporáneos; por eso la Administración puede, en cambio, no tramitarlas como tales si el tiempo transcurrido evidencia un abandono voluntario del derecho.

Los derechos individuales y la juridicidad son, por ende, el sustento de la denuncia de ilegitimidad; la seguridad jurídica, por su parte, siempre que no medie una nulidad absoluta, opera como límite corrector de las exigencias de la legalidad.

3.3 Legitimidad y oportunidad

El accionar de la Administración debe ser, a la vez, legítimo y oportuno. La adecuación del acto administrativo a las exigencias del interés público es una exigencia ínsita en la juridicidad.

Por eso, entiendo que el acto inoportuno en su origen, es, necesariamente, inválido. La falta de mérito originaria, por consiguiente, determina la ilegitimidad del acto administrativo, por ello, su inoportunidad inicial, puede también cuestionarse por vía de la denuncia de ilegitimidad.

3.4 Procedencia

[132] Por todos, Dictamen 238/04.

Al plantearse la procedencia me refiero a su viabilidad *formal*, porque la sustancial está condicionada a la existencia de la ilegitimidad de *fondo* que en cada caso se invoque.

Cabe distinguir los requisitos de admisión positivos de los negativos, según que reúnan, o no, respectivamente, ciertos elementos.

3.4.1. Requisitos positivos

3.4.1.1. Acto administrativo

Acto administrativo es, en sentido técnico, toda declaración emitida por un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de la función administrativa bajo un régimen jurídico exorbitante, que produce efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros (ver *supra).*

Al admitir actos administrativos en entes no estatales, aceptamos la aplicabilidad del régimen recursivo a tales actos, y, por ende, la de la denuncia de ilegitimidad; en cambio, las relaciones interorgánicas e interadministrativas, al no generar la posibilidad de recursos administrativos, tampoco dan lugar a la denuncia de ilegitimidad y del mismo modo, el accionar material de la Administración, en tanto no esté sujeto a la vía recursiva, también la excluye.

3.4.1.1.1. El caso de los actos de alcance general

Si se entiende que el sistema recursivo no es aplicable para la impugnación directa de actos de alcance general, la que se remite al reclamo del art. 24, inc. a), LNPA, tales actos no podrán habilitar la denuncia de ilegitimidad, en la medida en que se considere que esos reclamos no están sujetos a plazos.

Si, por el contrario, se admite la viabilidad de la impugnación directa de cierta *clase* de actos generales por medio de recursos administrativos, la denuncia de ilegitimidad procedería, en principio, en los casos de vencimiento de los plazos que se consideren aplicables.

3.4.1.2. Plazo de impugnación vencido. La extemporaneidad como único supuesto de admisión.

La letra de la LNPA y la intencionalidad que cabe asignarle al legislador (Cozzi), permiten sostener que la denuncia de ilegitimidad está concebida como un recurso administrativo *impropio*, procedente sólo contra actos administrativos cuyo plazo de impugnación venció; no puede admitírselo, por tanto, como alternativa a los recursos improcedentes como tales o que adolezcan de fallas procesales de orden sustancial, porque estos casos pueden ser atendidos a través del principio del informalismo, en tanto no sean esenciales o insubsanables, pero no por el instituto que aquí analizamos.

El plazo vencido es, pues, el único supuesto de hecho habilitante, en principio, de la denuncia de ilegitimidad, por eso una denuncia interpuesta cuando el término no se ha agotado, resulta improcedente por prematura[133].

3.4.1.3. Legitimación: invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

La denuncia de ilegitimidad opera como un sustituto del recurso administrativo extemporáneo, por lo cual deberá reunir los recaudos de legitimación requeridos para éste, de modo que podrá ser deducida por quien alegue un derecho subjetivo o un interés legítimo (arts. 3º y 74 del RLNPA). El mero interés simple no la habilita.

3.4.2. Requisitos negativos

3.4.2.1. Inexistencia de razones de seguridad jurídica que justifiquen su inadmisión

3.4.2.1.1. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un valor esencial en el Estado de Derecho. Como enseñó Luis Recaséns Siches el derecho es fabricado por los hombres, bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido).

Pues bien, un componente de la seguridad jurídica, debe ser, a nuestro juicio, el inexcusable cumplimiento de la juridicidad y su directo e inmediato restablecimiento por la propia Administración, cuando ella aparece gravemente comprometida.

3.4.2.1.2. La seguridad jurídica frente a las nulidades absolutas y relativas. Seguridad jurídica y juridicidad.

La compatibilización de la seguridad jurídica con la juridicidad, surge de las pautas que fija el ordenamiento para el accionar de la Administración en relación con los actos ilegítimos, para lo cual cabe estar a lo dispuesto por los arts. 27, 17 y 18, LNPA.

La seguridad jurídica no impide que los actos irregulares se extingan, por iniciativa de la Administración, en cualquier tiempo, ni que sólo en ciertos casos y con carácter excepcional, resulte necesario requerir esa extinción judicialmente. Tampoco obsta a que los actos regulares (anulables, de nulidad relativa) se extingan dentro de los lapsos pertinentes de prescripción, incluso administrativamente, cuando concurren los requisitos previstos en la ley (remitimos a lo dicho *supra)*

El acto que desestimara, entonces, una denuncia de nulidad absoluta sólo con

[133] Dictámenes: 202:151; íd, Dictamen 244/04.

fundamentos de seguridad jurídica, sería ilegítimo y entiendemos que podría, por ende, ser impugnado por el administrado denunciante. Pero esta impugnación no podría *exceder* dicha circunstancia, limitándose su pretensión a la exigibilidad de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión o, en su caso, a la explícita valoración de su derecho como presuntamente abandonado por el exceso de razonables pautas temporales.

La denuncia de un acto anulable, de nulidad relativa (regular), puede justificar, en cambio, su desestimación con fundamento en razones de seguridad jurídica, si la Administración valora la inconveniencia de disponer o, en su caso, demandar, la extinción del acto ilegítimo.

3.4.2.2. Plazo de impugnación vencido que no configure un exceso de razonables pautas temporales indicativas de un abandono voluntario del derecho

3.4.2.2.1. Los conceptos *razonables pautas temporales* y *abandono voluntario del derecho*

Cabe preguntarse si esas expresiones son susceptibles de apreciación discrecional, o si, por el contrario, se trata de conceptos jurídicos indeterminados.

En estos casos la Administración no puede actuar discrecionalmente, eligiendo con plena libertad entre diversos cursos de acción, todos ellos igualmente válidos.

Las pautas temporales se exceden irrazonablemente o no, si ocurre lo primero, el derecho se pierde.

El plazo de impugnación es un concepto jurídico indeterminado. La evaluación de la razonabilidad o irrazonabilidad de su exceso, acepta una única opción válida, que debe ser hecha por la Administración y se encuentra sujeta a control judicial.

Un criterio útil para determinar la razonabilidad del exceso puede estar dado por los plazos que establezcan las normas legales para *acceder* a la vía judicial; así, si el legislador fija, por ejemplo, noventa días hábiles judiciales para interponer la acción o treinta o menos según la norma aplicable -si a esa instancia se llega a través de un recurso- parece coherente acudir a esos mismos términos para medir la razonabilidad del tiempo en el que se ha excedido el lapso para la impugnación en sede administrativa.

Más allá de ese período, pueden invocarse razones de seguridad jurídica o el abandono voluntario del derecho para desestimar la denuncia contra un acto anulable, y esta última causal, solamente, si lo que se impugna es un acto nulo de nulidad absoluta.

3.4.2.2.2. Nulidad absoluta y abandono voluntario del derecho

Si la autoridad administrativa puede valorar como supuesto de improcedencia de la denuncia el transcurso del tiempo indicativo del abandono del derecho por el particular, es la ausencia presunta del interés de éste, la que en esos casos se presenta como fundamento de la decisión desestimatoria.

Pero, ¿qué sucede si la impugnación irrazonablemente extemporánea del

administrado pone en evidencia la existencia de una nulidad absoluta?

En tal supuesto, la Administración no puede dejar de cumplir con la obligación que le impone el art. 17 de la LNPA, por tanto debe procurar la extinción del acto gravemente ilegítimo, ya sea por sí, o acudiendo a la justicia; como se ha visto, en estos casos, la seguridad jurídica no opera como supuesto de inadmisión de la denuncia[134].

Por eso, pensamos que ante una nulidad absoluta, alegada fundadamente en una denuncia de ilegitimidad desestimada o desestimable con sustento en el exceso de razonables pautas temporales indicativas del abandono voluntario del derecho, la Administración debe, de oficio, investigar la posible configuración de esa especie de invalidez.

3.4.2.3. El alegato fundado de la nulidad absoluta como supuesto habilitante de la actuación oficiosa de la Administración, cuando la denuncia de ilegitimidad es desestimada con sustento en el abandono voluntario del derecho por el particular. Las partes en el procedimiento

La pauta que habilita en todos los casos a tramitar la denuncia o a investigar de oficio, es la alegación fundada de nulidad absoluta, y responde a la terminología empleada por el art. 12, LNPA para fijar uno de los supuestos en los que procede la suspensión, de oficio o a pedido de parte, del acto administrativo.

Así como la LNPA le ha asignado a esa alegación idoneidad suficiente para generar la obligación administrativa de suspender el acto, es razonable que ella pueda gravitar también como causal justificativa de la sustanciación de una denuncia, dirigida, precisamente, a establecer la existencia de un acto nulo, de nulidad absoluta. Por ello, el alegato de nulidad absoluta justifica su investigación de oficio cuando la denuncia ha sido desestimada por haber mediado abandono voluntario del derecho por parte del recurrente.

Sólo así se logra que la inactividad, desidia o negligencia del particular, e incluso el desistimiento recursivo de éste, no obliguen a la autoridad decisoria del recurso, o que ésta no esté condicionada en el *thema decidendum* (art 7º, inc. c, LNPA) por las pretensiones del recurrente, o inhibida de consumar una *reformatio in peius*.

Ahora bien, en el nuevo procedimiento que se sustancie de oficio deberían adquirir la calidad de parte aquellos a quienes la extinción del acto pudiere afectarlos -terceros-, ello, por imperio de lo establecido en el art. 3º del Reglamento de Procedimientos.

3.4.2.4. El caso de la denuncia referida al acto anulable, de nulidad relativa y su desestimación con fundamento en el abandono del derecho por el administrado.

Cuando el administrado recurre extemporáneamente, luego de vencidas razonables pautas temporales, imputando al acto estar afectado de una nulidad relativa, la Administración podrá, o no, sustanciar de oficio un nuevo procedimiento para determinar la existencia de la invalidez denunciada. Dependerá de su discrecionalidad razonable, la decisión de investigar el vicio en otra actuación, la que como en el caso de

[134] Dictámenes: 163:248.

la nulidad absoluta deberá tener como partes a los eventuales afectados.

3.5. Carácter obligatorio de su valoración. El amparo por mora.

Salvo un período excepcional, la Procuración del Tesoro de la Nación consideró siempre que la admisión de los recursos extemporáneos como denuncia de ilegitimidad es una obligación de la Administración[135].

Esa obligación consiste en el deber de valorar ante un recurso extemporáneo si concurren los requisitos positivos y negativos de admisión formal de la denuncia; el recurrente, por su parte, tiene el derecho subjetivo a que su recurso se admita como denuncia de ilegitimidad, o en su defecto a que se lo desestime con fundamento en la falta de tales requisitos.

Ese derecho subjetivo faculta al denunciante a interponer el amparo por mora contemplado en el art. 28, LNPA, a efectos de obtener de parte de la Administración un pronunciamiento expreso, sea respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia, sea con relación al fondo de la cuestión planteada.

3.6. Trámite

Coincide la doctrina en que la denuncia de ilegitimidad debe tramitar con sujeción a las mismas normas que rigen respecto del recurso al que suple (Dromi-Fiorini-Gordillo) por eso debe respetarse la garantía del debido proceso adjetivo, cuya violación generará la invalidez del acto decisorio y por consiguiente la posibilidad de su impugnación por el denunciante.

Normalmente, la Administración, previo dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, se expide sobre la procedencia formal de la habilitación del recurso como denuncia de ilegitimidad y si el dictamen es favorable, se le da ese tratamiento, mientras que, en cambio, si es negativo, el órgano asesor propicia el dictado de un acto denegatorio.

3.6.1. Suspensión del acto denunciado. Medida cautelar autónoma en sede judicial.

El art. 12 de la LNPA contempla la suspensión de la ejecución del acto administrativo, de oficio o a petición de parte, por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegue fundadamente una nulidad absoluta.

La procedencia de la suspensión en sede jurisdiccional, dispuesta como consecuencia de una medida cautelar *autónoma*, puede suscitar alguna duda habida cuenta que la decisión negativa sobre la propia denuncia de ilegitimidad no es revisable administrativa ni judicialmente.

Consideramos que la circunstancia aportada no puede ser óbice para que durante

[135] Dictámenes: 86:285.

el trámite de la denuncia y antes de la decisión sobre el fondo de ella, su régimen sea idéntico al de los recursos y por lo tanto esa medida cautelar resulte admisible.

El administrado tiene derecho a la tramitación de la denuncia de ilegitimidad e, incluso, a la revisión de la decisión denegatoria que la excluya formalmente o que simplemente pretenda desestimarla con el solo argumento de la extemporaneidad del recurso. La autoridad administrativa debe, necesariamente, fundar la desestimación formal en las causales legalmente previstas: seguridad jurídica o abandono voluntario del derecho. Si éstas no concurren, debe tramitarla y resolver el fondo de la cuestión planteada en la denuncia. Y, si esto es así, no hay por qué excluir, entonces, la cautela cuando, requerida la suspensión administrativa del acto impugnado en los términos del art. 12 de la LNPA, ella no se pronuncia o lo hace negativamente.

No debe olvidarse, además, que en nuestra tesitura, el juez sólo valora, en estos casos, los presupuestos del art. 12 de la LNPA, previstos, precisamente, para los casos en los cuales no hay pronunciamiento *final* de la autoridad administrativa (ver *supra*).

La valoración del juez deberá ser, también en este caso y *a fortiori*, favorable al acogimiento, en tanto es el único auxilio jurisdiccional que el particular puede reclamar acerca de su pretensión sustancial.

3.6.2. El desistimiento de la denuncia

El eventual desistimiento del denunciante respecto del procedimiento habilitado para la tramitación de la denuncia, debe regirse por iguales pautas a las que disciplinan los modos anormales de terminación del procedimiento administrativo.

3.7. Efectos de la decisión. Distintos supuestos.

Debe distinguirse aquí lo relativo a la admisión o desestimación formal, de lo atinente a la pretensión sustantiva planteada en la denuncia, la que sólo se ventilará cuando la decisión formal haya sido positiva.

3.7.1. El acto de desestimación formal de la denuncia

El acto administrativo que contiene la desestimación formal de la denuncia es susceptible de recursos administrativos y, en su caso, de una impugnación judicial.

Con esto no se coloca al recurrente negligente en la misma condición que el diligente, ni se compromete al sistema imperativo del agotamiento de la vía administrativa para acudir a la justicia, porque no se está decidiendo sobre la cuestión sustancial, sino que sólo se están valorando los requisitos que deben concurrir para que, pese a su extemporaneidad, la impugnación se admita formalmente como denuncia de ilegitimidad.

3.7.2. El acto que resuelve el fondo de la cuestión planteada en la denuncia. La extinción del derecho impuesta por la LNPA.

Distinta es la situación respecto del acto administrativo que se emite una vez tramitada la denuncia, en tanto éste resuelve sobre el fondo de la impugnación formulada.

De la propia letra de la ley se desprende que una vez vencidos los plazos establecidos para interponer los recursos, se pierde el derecho para articularlos, es decir, se extingue el derecho de recurrir.

La pérdida del derecho a deducir la impugnación recursiva se sustenta, además, en el carácter perentorio de los plazos fijados para la interposición de los recursos.

Si el sistema procesal supone, para la protección jurisdiccional, el agotamiento de la vía administrativa (*infra)* y si éste no se cumple, no es lógico que el derecho administrativo de fondo goce, igualmente, de aquella protección.

En tanto se acepte, en efecto, la validez constitucional del sistema de acceso jurisdiccional regulado por el mecanismo de agotamiento de la vía previsto en el art. 23, LNPA, y más allá de la valoración que, *de lege ferenda*, pueda realizarse de la exigibilidad del referido agotamiento, no parece coherente propiciar la subsistencia de aquel acceso, cuando no se observan los plazos recursivos. De lo contrario se colocaría al denunciante en igual condición que quien observa el procedimiento previsto en el ordenamiento, cumpliendo con los plazos exigidos por éste.

Ello no significa, sin embargo, necesariamente la pérdida automática del derecho material emergente de la relación jurídico-administrativa sustantiva, que sólo puede considerarse extinguido con el pronunciamiento administrativo firme e irrevisible o si, eventualmente, hubiere sido susceptible de control judicial, con la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que rechace su impugnación que deniega la denuncia en cuanto al fondo, o, en su caso, con la decisión administrativa o, eventualmente judicial, que desestima la procedencia formal de la denuncia.

3.7.2.1. La jurisprudencia administrativa y judicial sobre la revisibilidad del acto que resuelve la denuncia

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la decisión administrativa que se adopte al desestimar la denuncia, sea por entender que se encuentran excedidas razonables pautas temporales o por motivos de seguridad jurídica[136], sea por considerar que en la resolución cuestionada no ha existido violación de la ley, es definitiva e irrecurrible, ya que el camino de los recursos quedó cerrado cuando el interesado dejó vencer el plazo respectivo[137].

La irrevisibilidad judicial de la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad ha sido establecida, a su vez, por la jurisprudencia de las distintas salas del fuero contencioso administrativo[138].

[136] Dictámenes: 162: 84.
[137] Dictámenes: 150:324.
[138] Por todas CNCAF, Sala III, 08/11/1988, "Wolcken", ED 133:470.

El fundamento normalmente invocado por el fuero contencioso administrativo para sustentar su posición, radica en el carácter discrecional que revestiría la admisión de la denuncia de ilegitimidad, enderezada, según esta visión, a la satisfacción del interés público antes que al privado del denunciante.

Pensamos que la admisión, o no, de una denuncia de ilegitimidad, no es discrecional, ni en lo relativo a su procedencia formal como tal, ni tampoco respecto de la pretensión de fondo en ella esgrimida.

En nuestra opinión, la no revisibilidad judicial del acto que decide la denuncia, deriva, simplemente, del supuesto que lo habilita, esto es, de la extemporaneidad del recurso administrativo, y, por tanto, de la extinción de la posibilidad de habilitar, en razón de dicha extemporaneidad, la instancia judicial requerida de su agotamiento administrativo previo.

3.7.2.1.1. El caso de la denuncia calificada y resuelta como recurso

La jurisprudencia citada, que sienta el principio de la irrevisibilidad judicial de la denuncia haciendo mérito de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, exceptúa de ese principio a los casos en los que el recurso administrativo, pese a su extemporaneidad[139], es admitido, sustanciado y resuelto no como denuncia de ilegitimidad sino precisamente como recurso.

Esta interpretación es disvaliosa, porque conduce a dejar subsistente no una eventual potestad administrativa discrecional razonablemente ejercida, sino, antes bien, un error de encuadramiento que, en rigor, encubre la dispensa de un plazo, el saneamiento de un recurso y la consiguiente habilitación judicial, actos que el administrador no debe efectuar, en tanto no tiene la disponibilidad de los plazos recursivos, que son perentorios.

Es importante puntualizar que, en un dictamen reciente, la Procuración del Tesoro de la Nación propició el dictado por el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) de un acto aclaratorio de otro anterior de la misma entidad, con el fin de dejar establecido que el primer acto debió ser calificado, en rigor, como decisor de una denuncia de ilegitimidad -y por ende, definitivo e irrecurrible- habida cuenta que el recurso de reconsideración desestimado por el acto a aclarar había sido, en verdad, extemporáneamente deducido[140].

3.7.2.1.2. Un criticable criterio de la Corte Suprema ya superado

El Alto Tribunal había decidido, en causas en las que era parte la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que, pese a la extemporaneidad de los recursos administrativos, procedía la revisión judicial de la decisión administrativa adoptada si aquéllos eran resueltos en atención al "deber de ejercer el control de legitimidad de los actos administrativos"[141] o por "vía de la denuncia de

[139] "Wolken", citada.
[140] Dictamen 338/04.
[141] CSJN, 1976, "Jaramillo, S.C.A", Fallos: 295:276.

ilegitimidad"[142].

El argumento expuesto para sustentar estas decisiones fue la necesidad de respetar "el trámite administrativo legítimamente impuesto a las actuaciones por la autoridad administrativa" derivada del principio de división de poderes. La posición de la Corte en las causas enunciadas implicaba otorgar a la denuncia de ilegitimidad un efecto plenamente saneatorio respecto del recurso administrativo extemporáneo.

Por nuestra parte, pensamos que la irrevisibilidad del acto decisorio de la denuncia no compromete aquel principio; antes bien, él se afecta si la Justicia acepta conocer y decidir acerca de un acto administrativo judicialmente firme.

Posteriormente, la CSJN varió su postura, sosteniendo enfáticamente que la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía recursiva y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial.

A juicio del Alto Tribunal, esta conclusión encuentra sustento, en primer lugar, en lo dispuesto en el inc. e), ap. 6) del art. 1º, ley 19.549, de acuerdo con el cual una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos, y, además, en el carácter perentorio (art. 1º, inc. e], ap. 6) y obligatorio (art. 1º, inc. e, ap. 1) que dicho cuerpo legal confiere a los plazos para recurrir. Entendió también que sería claramente irrazonable otorgar el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad -que no es más que una impugnación tardíamente interpuesta- que a un recurso deducido en término. Ello implicaría colocar en pie de igualdad al particular que se comporta en forma negligente respecto de aquel que actúa con diligencia para proteger sus derechos[143].

3.7.3. El caso del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad, ilegítimo en sí mismo: su revisibilidad.

Como ha quedado dicho, la decisión que resuelve una denuncia de ilegitimidad es, en principio, definitiva e irrecurrible; no obstante, con buen criterio, la Procuración del Tesoro de la Nación ha exceptuado de ese principio los supuestos en los que el acto que resuelve la denuncia sea, en sí mismo, ilegítimo[144]. También cuando *a posteriori* se prueba que la medida adoleció de un grave error fáctico, y, por ende, de nulidad absoluta e insanable[145].

Una de las situaciones en las que el acto decisorio es ilegítimo se da cuando al desestimar la pretensión sustantiva del denunciante, incurre en vicios que lo descalifican como acto válido.

Ello ocurre, por ejemplo, si durante el trámite de la denuncia se hubiera violado el derecho al debido proceso adjetivo en perjuicio del administrado.

---

[142] CSJN, 1986, "Díaz, Hipólito c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 308:838.
[143] CSJN, 4/02/1999, "Gorordo, Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación", Fallos: 322:73.
[144] Dictámenes: 162:84; 176:155; 212:169.
[145] Dictámenes: 167:369.

Habilitar la revisibilidad, en estos casos, no importa relativizar la irrecurribilidad de la decisión, sino asegurar que el trámite de la denuncia y la decisión que le pone fin, se ajusten a la legalidad, con exclusión de la valoración de la legalidad intrínseca del acto impugnado.

3.8. Denuncia de ilegitimidad y derechos subjetivos emergentes del acto recurrido.

3.8.1. El acto irregular

Cabe aquí preguntarse si cuando un acto irregular genera efectos para varios particulares y han transcurrido los plazos pertinentes para su impugnación, puede ser revocado en perjuicio de los derechos de alguno o algunos de sus beneficiarios, a raíz de la denuncia de ilegitimidad interpuesta por quien se considera afectado por el acto.

Entiendo que la revocación es posible dentro de los límites oponibles a la anulación oficiosa del acto irregular y que igual conclusión cabe sentar respecto de la anulación que resulte eventualmente procedente a raíz de una denuncia de ilegitimidad.

Por definición, el supuesto que habilita la denuncia de ilegitimidad es el vencimiento del plazo previsto para la impugnación administrativa del acto y esta última circunstancia es una de las causales que, en principio, puede generar su firmeza, la cual, cuando concurre con la génesis de derechos y el comienzo de cumplimiento de éstos, determina la irrevocabilidad del acto irregular.

Sin embargo, considero que la firmeza del acto requiere no sólo del transcurso del plazo previsto para su impugnación, sino también de la inexistencia de una voluntad cuestionadora de aquél —aun después de ese plazo— dentro de las razonables pautas temporales contempladas por la ley para excluir la admisión formal de la denuncia. De ahí, también, la importancia de determinar con precisión el contenido de esta última causal invocable para la desestimación formal de la denuncia.

Así como el consentimiento expreso del acto, aun antes del transcurso del plazo de impugnación, genera su firmeza, del mismo modo la formulación de una denuncia de ilegitimidad, no rechazable formalmente con sustento en las razones contempladas al efecto por la ley, obsta a la configuración de aquélla.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse presente que de existir terceros eventualmente afectados por la revocación del acto, deberán ser citados para intervenir en el procedimiento.

En la hipótesis de inadmisión de la denuncia cuando medien derechos que asuman la condición prevista por el art. 17, LNPA, será también aceptable la suspensión del acto, con sustento en el art. 12 de esa ley, por las mismas razones que justifican la decisión suspensiva cuando la anulación del acto irregular no es procedente.

3.8.2. El acto regular

De igual modo que respecto del acto irregular, entendemos que la anulación del acto regular, de oficio o por vía de recurso, debe reconocer los mismos límites.

Por tal motivo, si el acto regular generó derechos y el particular no conoció el vicio, aquél resulta irrevocable en sede administrativa de oficio o por instancia recursiva, excepto que la revocación beneficie al administrado o que el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario.

Pues bien, tratándose de una denuncia de ilegitimidad, no existen motivos para colocar al acto que resuelve sobre el fondo fuera de los límites indicados.

Debe tenerse en cuenta, de no proceder la anulación, la alternativa de suspender el acto con el sustento pertinente en el art. 12, LNPA y, simultáneamente, disponer la demanda judicial de nulidad.

4. Otras vías de impugnación administrativa

4.1. La reclamación en queja

El Reglamento de Procedimientos Administrativos autoriza a acudir en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos (artículo 71).

La queja se debe resolver dentro de los cinco días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá si fuere necesario y, en ningún caso, suspende la tramitación del procedimiento en que se haya producido, siendo la decisión que en ella recaiga irrecurrible.

El Reglamento consigna que el incumplimiento injustificado de los trámites y plazos previstos por la Ley de Procedimientos y su Reglamentación genera responsabilidad imputable a los agentes a cargo del procedimiento o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección, fiscalización o cumplimiento; en cuyo caso y cuando se estime la queja o cuando ésta no sea resuelta en término el superior jerárquico respectivo debe iniciar las actuaciones tendientes a aplicar la sanción al responsable.

La *queja* descripta es una mera reclamación, cuyo concepto no encuadra en el de recurso administrativo pues su objeto no es impugnar un acto administrativo, ni siquiera en su sentido más lato, sino sólo atacar conductas morosas o negligentes de los agentes responsables del procedimiento y siempre que, precisamente, ellas no se refieran a los plazos de los recursos pues éstos tienen, para esas situaciones, sus propios medios de protección y defensa.

Por eso, se la debe diferenciar con claridad del recurso de queja, antes considerado, no contemplado expresamente ni en la LNPA ni en su Reglamento, pero sin duda existente como inherente al procedimiento administrativo.

4.2. La aclaratoria y la rectificación de errores materiales

El Reglamento de Procedimientos habilita, en su artículo 102, la posibilidad de

que, dentro de lo cinco días computados desde la notificación del acto definitivo, se pueda pedir aclaratoria cuando exista contradicción en su parte dispositiva, o entre su motivación y la parte dispositiva o para cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas; y dispone que la decisión se debe adoptar dentro del plazo de cinco días. La aclaratoria debe ser resuelta, naturalmente, por el órgano emisor del acto quien en virtud de la índole del remedio en juego puede hacerlo sin sustanciación alguna.

Por medio de la aclaratoria el administrado puede obtener que se subsanen oscuridades u omisiones de la decisión administrativa que no la comprometan como tal, esto es, que no la afecten como expresión de la voluntad administrativa; y, por eso, no es, en rigor, un recurso, porque si la contradicción o la omisión que se intentan subsanar hacen a la sustancia del acto, afectando su validez como tal, el camino adecuado para ello debe ser, precisamente, el del recurso administrativo que corresponda.

El artículo 101 del Reglamento, prevé, a su vez, que, en cualquier momento, se rectifiquen los errores materiales o de hecho y los aritméticos, siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión.

Esta posibilidad ya había sido advertida por la Corte Suprema en la causa "Carman de Cantón" (ver *supra)* cuando, con cita de Félix Sarría, se refirió a la posibilidad de que la autoridad administrativa corrija errores aritméticos o materiales de su actos, *más no conceptos* (considerando 6º).

Esta alternativa, que puede ser utilizada oficiosamente por la administración, pero que nada impide que también se la tramite a pedido de parte, no excede el alcance de la rectificación estrictamente *externa*, con exclusión de toda posibilidad de incursión sobre eventuales vicios internos de la voluntad administrativa que la comprometan como tal.

No hay plazo para su requerimiento ni para su decisión. De todos modos, cuando se trate de responder a un pedido de rectificación, la administración debería observar el plazo supletorio de diez días fijado por el artículo 1º, inciso e, apartado 4º, vencido el cual procedería considerar denegado tácitamente el pedido por aplicación supletoria del régimen previsto para los recursos. Cabe otorgar al acto rectificatorio efectos retroactivos, toda vez que, por definición, él no contiene un objeto sustancialmente diverso del corregido (Canosa).

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Canosa, Armando N., Los recursos Administrativos, Buenos Aires, 1996.
2. Aberastury, Pedro (h) – Cilurzo, María R., *C*urso de Procedimiento Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
3. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, sexta edición actualizada.
4. Comadira, Julio R., Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada, (Laura Monti colaboradora) Buenos Aires, 2002.
5. Comadira, Julio R., Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad, Buenos Aires, 1996.

6. Cozzi, Adalberto E., El proyecto de ley nacional de procedimientos administrativos y su reglamentación, revista Jus, La Plata, N° 19.
7. Dromi, José R., El procedimiento administrativo, Madrid, 1986.
8. Escola, Héctor J., Tratado General de Procedimiento Administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/1972, 1744/1973, 3700/1977, Buenos Aires, 1981, 2ª edición.
9. Fiorini, Bartolomé A., Los recursos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, LL 147-1278.
10. Garrido Falla, Fernando, Régimen de impugnación de los actos administrativos, Madrid, 1956.
11. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, t. IV.2, 1982.
12. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos administrativos, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, 1985, t. I.
13. Hutchinson, Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549, decreto reglamentario 1759/72, texto ordenado 1991, según reformas introducidas por decreto 1883/91, Buenos Aires, 1994, segunda edición.
14. Lagarde, Fernando M., El recurso de revisión en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, en prensa.
15. Linares, Juan Francisco, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1986.
16. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, t.1, 2000, quinta edición actualizada, reimpresión.
17. Nielsen, Federico, El recurso de reconsideración, en Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, en prensa.
18. Nielsen, Federico, Los conflictos interadministrativos en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Revista de Derecho Administrativo, Año 17, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
19. Pearson, Marcelo, Manual de procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1979.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

(EN PRENSA)

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA
HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

PARTE OCTAVA

CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Capítulo XXI

Principios Generales del Control Judicial[1]

1. La Administración sometida a la Justicia

El Estado de Derecho "es la cifra misma de la historia, siempre inacabada, de la reducción del ejercicio del poder al Derecho. Fácilmente se comprende, entonces, la importancia, no ya de controles internos y externos ... sino de un control externo precisamente judicial -realizado desde la independencia de jueces y Tribunales, que es tal por consistir en una total y, por tanto, exclusiva dependencia o vinculación de éstos al Derecho- del ejercicio de la potestad reglamentaria y de la actuación de la Administración Pública ... así como de las disposiciones y los actos jurídico-públicos equiparados a estos efectos a los reglamentarios y administrativos" (Parejo Alfonso).

En ese sistema, la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho es el marco en cuyo seno la decisión debe precisamente producirse; y es garantizada por la existencia de la justicia administrativa (García de Enterría).

El principio de legalidad -propio del Estado de Derecho- presupone que toda violación formal o material a la legalidad sea rectificada por la propia estructura administrativa o resulte al menos susceptible de ser impugnada ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional (Tawil).

La actuación de los jueces es, en ese marco, de fundamental importancia en el derecho administrativo, porque resuelven los conflictos entre los ciudadanos y la Administración pública, definiendo el equilibrio entre los derechos de los particulares y las prerrogativas de los poderes públicos (Cassese).

Se ha señalado, también, que "ninguna sociedad puede estar satisfecha cuando no son operativos los Tribunales y los ciudadanos se encuentran impotentes para dirimir sus diferencias internas y con el Estado, generándose con ello motivos de perturbación y malestar que superan con mucho los inconvenientes derivados del mal funcionamiento de los servicios administrativos" (Martín Mateo).

Como dato que no es posible soslayar, cabe tener en cuenta el desbordamiento del Poder Judicial en su función de control de la actividad e inactividad de la Administración, desbordamiento que es consecuencia del incremento de las funciones públicas y del índice de litigiosidad. Podría pensarse que esta situación estaría en trance de corrección a causa de la mayor expansión de las actividades privadas y el correlativo repliegue de la Administración; sin embargo, "la garantía de la libertad de mercado supone la adición de numerosas regulaciones en el reforzamiento paralelo de la aplicación de potestades correctivas", por lo que la actividad de los tribunales que entienden en la materia contencioso administrativa se ve incrementada por los aspectos

[1] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira.

de regulación y control de los servicios otorgados para su gestión privada (Martín Mateo).

Para el conocimiento y la decisión de las controversias, de los conflictos o de las causas administrativas, existe un tipo especial de proceso, llamado "administrativo" o "contencioso administrativo"; que implica el ejercicio de la función judicial para el examen de las pretensiones administrativas, en aquellas causas (Grau).

El Título IV de la LNPA regula parcialmente el tema y su inclusión en la Ley responde, como señalan los autores de ella (Exposición de Motivos, punto II, último párrafo), a la necesidad de cubrir el vacío legislativo resultante de la ausencia de un código nacional que contemple específicamente la materia contencioso administrativa.

Decimos que la regulación es *parcial* porque aun cuando la decisión administrativa previa como manifestación de un poder de autotutela, sigue siendo una técnica sin la cual la Administración no podría funcionar, hoy en día la justicia administrativa es mucho más que un exclusivo proceso al acto pues se presenta como un instrumento al servicio del principio de la "tutela judicial efectiva de derechos verdaderos de los ciudadanos" (García de Enterría).

Ahora bien, habida cuenta del indicado vacío normativo en la materia, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) se aplica al proceso contencioso administrativo por vía analógica con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público[2], habiéndose afirmado que, existiendo normas que expresamente prevén la impugnación judicial de los actos administrativos, no es factible limitar por vía interpretativa los requisitos de admisibilidad a los establecidos por el CPCCN, pues éste no fue dictado para gobernar las pretensiones de derecho público y sólo rige, por tanto, en los procesos administrativos en la medida en que resulte compatible con los principios propios de esta última materia y con las adecuaciones que ella requiere[3].

La LNPA viene, pues, a cumplir en este aspecto de su regulación una de las funciones que -según señala Linares- interesa a una buena organización y al interés directo de los administrados: la de servir como procedimiento que es obligatorio -en cuanto carga procesal- y a veces facultativo para los particulares, a fin de ocurrir o recurrir a la justicia en defensa de sus derechos e intereses legítimos (Linares).

2. El título IV de la Ley de Procedimientos Administrativos

El título IV de la ley 19549 debe ser interpretado conforme con los fines tenidos en cuenta por el legislador al sancionarlo, pues dar pleno efecto a su intención, es la primera regla de hermenéutica. Ese fin ha sido, como antes se recordó, cubrir el vacío legislativo resultante de la ausencia de un código nacional que contemple aquella materia específica (la contenciosoadministrativa)[4].

El citado Título regula las "condiciones de impugnabilidad" judicial de los actos provenientes de la Administración (Hutchinson) y el modo de agotar la instancia

[2] Conf. CNCAF, Sala III, 3/05/1984, "Moresco", Ver también, misma Sala, 21/02/1985, "Galligo, Gustavo", 4/12/1986, "Bigdei-Or SA" y 26/06/2001, "Mackentor SACCIAIF".
[3] CNCAF, Sala III, 7/03/1985, "Celia S.A" en RAP, nro. 83, p. 77.
[4] Exposición de motivos, acápite I, *in fine*; CNCAF, en pleno, 14/08/1984, "Pajares, José", en *Fallos Plenarios*. p. 149.

administrativa ante hechos u omisiones estatales y fija, a ese fin, los recaudos que condicionan la habilitación de la instancia judicial en las causas contencioso administrativas.

Nuestro sistema se asienta sobre la base de un amplio control del Poder Judicial sobre los actos de la Administración Pública; sin embargo, él está sometido a ciertas condiciones de procedencia de la acción: agotamiento de la instancia administrativa e interposición de la acción judicial –por demanda o *recurso*- dentro del plazo breve de impugnación previsto en la ley.

El propósito de esta regulación, ha sostenido la Corte Suprema, es, por un lado, que sea la misma Administración -positivamente sometida al ordenamiento jurídico- quien resuelva sus conflictos jurídicos -cumpliendo, así, con un aspecto necesario de su competencia constitucional- y, por otro, que el cuestionamiento judicial de sus actos no lleve -por la natural extensión de los plazos de prescripción- a la inseguridad de la efectiva ejecución de los cometidos administrativos[5].

3. La habilitación de la instancia en el fuero federal

3.1. Introducción.

La locución "habilitación de la instancia" tiene, en el ámbito federal, un origen sustancialmente pretoriano. El término ha merecido críticas y elogios (Grau). Bielsa señalaba que los tribunales tienen su jurisdicción y competencia otorgadas por la ley, sin sujeción a condición alguna, y las ejercen ante demandas o recursos, admitiéndolos o rechazándolos según cumplan o no los requisitos legales. Grau puntualizaba, en cambio, la corrección jurídica del instituto y su genuina génesis nacional.

Más allá de estas discrepancias terminológicas, es posible definir su contenido como el juicio previo que realiza el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo, respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales especiales de admisibilidad de la acción.

La declaración de habilitación de la instancia -que no causa preclusión- es el resultado de la primera verificación de la existencia de los presupuestos procesales, y lo que se está decidiendo en ella es el acceso a la justicia, mas no el resultado del pleito[6] y, en consecuencia, tampoco se está juzgando acerca de la procedencia material de las pretensiones del actor o recurrente. Muñoz señala que se trata de un incidente en el cual no interviene la parte demandada, que el juez resuelve *in limine litis* y que por su naturaleza es dilatorio con relación al principal.

En el fuero federal, esos presupuestos son, normalmente, el agotamiento de la vía administrativa y el cumplimiento de los plazos breves de impugnación previstos en la LNPA[7].

---

[5] CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando H. y otro", Fallos: 316:2454 (cons. 4°).

[6] CNCAF, Sala II, 22/04/1993, "Schapiro Electrocivil".

[7] La CSJN ha dicho que "nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción -habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la

Su formulación doctrinal apareció entre nosotros en la Quinta Conferencia Nacional de Abogados[8], y el fundamento esgrimido radicó en la necesidad de evitar inútiles desgastes jurisdiccionales y de proteger el propio interés de las partes, pues por medio de este análisis preliminar se consideró evitable la tramitación íntegra de procesos en definitiva inadmisibles en atención al no agotamiento de la vía administrativa o al vencimiento del plazo para interponer la acción o el recurso pertinentes.

Interesa destacar que ya en esta propuesta subyacía la irrenunciabilidad estatal de los presupuestos de admisibilidad e, incluso, la posible revisión de la habilitación en la sentencia definitiva[9].

Aun cuando en el ámbito provincial no es frecuente el empleo de la expresión "habilitación de la instancia", en casi todos los Códigos se contemplan procedimientos equivalentes, bajo los títulos "admisión del proceso" o "admisión de la demanda" o similares, en los cuales, en general, el tribunal debe resolver, liminarmente, si la demanda es o no procedente (Vallefín).

La vinculación del instituto con figuras similares en el derecho comparado ha sido hallada con los "juicios de admisibilidad" de los derechos español o uruguayo o con el denominado "despacho de saneamiento" brasileño (Grau).

3.2. La práctica jurisprudencial tradicional

El control judicial de la habilitación de la instancia tramita generalmente por vía incidental. Habitualmente, interpuesta la demanda, requerida la remisión de las actuaciones administrativas por el tribunal y cumplida ella por la Administración, el juez da vista al procurador fiscal para su dictamen acerca de la competencia del tribunal y la habilitación de la instancia.

Emitido el dictamen, si él es contrario a la habilitación, los tribunales confieren o no vista al actor. Evacuada ésta, de haber sido concedida, el juez resuelve sobre la procedencia o improcedencia de aquélla, en decisión que, de resultar negativa, puede ser apelada, incluso por recurso extraordinario, mientras que, de ser favorable a la habilitación, determina el traslado de la demanda.

Destacamos los perfiles propios del procedimiento contemplado en el Proyecto de Código Contencioso Administrativo elaborado por el Poder Ejecutivo en 1999 y que obtuviera la sanción del Senado de la Nación en ese año porque en él se opta, si la Administración remite los expedientes, por la sustanciación de un antejuicio en el que

---

instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate (CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando", Fallos: 316:2454), con comentario de Bianchi en LL.

[8] En el año 1940, publicada en LL Tomo 20, oct.-dic., 1940, sec. Doct. págs. 93-102. En ella se aprobó la declaración propuesta por Salvador Dana Montaño, apoyada por Horacio Heredia y el procesalista uruguayo Eduardo Couture, a tenor de la cual el tribunal, antes de dar trámite a un asunto contencioso administrativo, debe verificar el cumplimiento, por el demandante, de los requisitos formales previos y de la interposición en plazo de la acción o el recurso.

[9] Dijo Dana Montaño al sostener el despacho: "...este pronunciamiento previo sobre la procedencia formal del recurso, tiende a economizar desgastes inútiles de jurisdicción y a salvaguardar el interés de las propias partes recurrentes porque les evita a veces una larga tramitación y costas o costos del proceso inútiles. De manera que gracias a él automáticamente se pronuncia el tribunal sobre la admisibilidad del recurso, con audiencia de la Administración o sin ella...". Ver, Grau.

se resuelve con intervención de las partes lo atinente a la procedencia del proceso; y para el caso de que los antecedentes no se envíen al juzgado dentro del plazo pertinente, se otorga competencia al juez para resolver la cuestión tomando como referencia el relato de los hechos efectuado en la demanda.

El propósito del sistema es, como se explica en la Exposición de Motivos, evitar que el juez adopte, teniendo en cuenta los limitados elementos de juicio que le han sido aportados, una decisión respecto de la admisión del proceso que luego deba modificar a raíz de nuevos elementos incorporados con la oposición de excepciones.

3.3. El cambio jurisprudencial

El sistema funcionó del modo indicado precedentemente hasta que la CSJN falló en los autos "Cohen Rafael c/Instituto Nacional de Cinematografía s/nulidad de resolución", en los que el Alto Tribunal declaró aplicable la doctrina sentada en la causa "Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/N.C.R. Argentina S.A.I.C.", a los supuestos en los que los tribunales inferiores deniegan de oficio la habilitación de la instancia[10].

En esta última sentencia, el Alto Tribunal había, a su vez, descalificado -por remisión al dictamen del Procurador General sustituto- el fallo de la Sala IV de la CNCAF, en tanto este tribunal, para desestimar la reconvención deducida por la demandada, había valorado, de oficio, la extemporaneidad de ésta en relación con el plazo establecido en el art. 25 de la LNPA[11].

Los argumentos que sustentaron la decisión en la causa "Cohen"[12] pueden sintetizarse, en lo sustancial, en los siguientes:

a) desconocer o acordar derechos no debatidos en la causa es atentar contra las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, porque significa afectar el equilibrio procesal de las partes;

b) viola el principio de separación de poderes la sustitución judicial de la voluntad administrativa implícita de renunciar a derechos patrimoniales renunciables, el asignar al silencio estatal un alcance que no surge de norma alguna[13];

---

[10] CSJN, 13/03/1990, "Cohen, Rafael", Fallos: 313: 228, cons. 7°.

[11] En el caso, el ente estatal había rescindido un contrato de arrendamiento con opción a compra de un sistema de computación, con fundamento en el incumplimiento de la contratista particular. En consecuencia, la empresa estatal había reclamado judicialmente el cobro de la multa impuesta a su cocontratante en la resolución rescisoria y el pago de las sumas abonadas a título de adelanto. La contratista, por su parte, había deducido reconvención contra la resolución citada y peticionado, a su vez, los daños y perjuicios resultantes de la, a su parecer, injusta extinción del contrato (CSJN, 15/12/1987, "Caja Nacional de Ahorro y Seguro", Fallos: 310: 2709).

[12] En ella, el actor había impugnado extemporáneamente, en sede administrativamente, en el año 1986, una resolución del Instituto Nacional de Cinematografía, dictada en el año 1977, por la que se le había denegado el otorgamiento de un subsidio para la producción de una película. La denuncia de ilegitimidad así planteada fue denegada por la autoridad administrativa, motivo por el cual el actor accionó judicialmente, peticionando la declaración de nulidad de la resolución originaria. Tanto el juez de primera instancia -de acuerdo con el dictamen de la señora fiscal federal- como la Cámara, declararon no habilitada la instancia, en atención a la notoria extemporaneidad del planteo (CSJN, 13/03/1990, "Cohen, Rafael", Fallos: 313:228 y en ED 138-317, con nota de Germán Bidart Campos).

[13] Se agregó, en este sentido, que la misión más delicada del intérprete es mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las facultades que competen a otros poderes o jurisdicciones.

c) en el caso, la defensa introducida de oficio por los jueces de la causa, al resolver la existencia de un acto consentido en sede administrativa y, en consecuencia, la improcedencia de reabrir los plazos fenecidos por medio de una denuncia de ilegitimidad, era renunciable por el Estado, motivo por el cual la decisión del tribunal de alzada implicó sustituir la actividad de las partes, especialmente la de la demandada, la que, al desestimar la pretensión del actor en sede administrativa, lo hizo sin invocar la extemporaneidad.

Sobre la base de los argumentos expresados precedentemente, la Corte decidió, pues, que la denegación de la habilitación de la instancia sólo resultaba aceptable cuando el incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisibilidad de la acción fuera planteada por la demandada dentro de los plazos y por la vía que a tal efecto dispone el ordenamiento formal[14].

Esta posición de la Corte fue reiterada, en su composición posterior, en la causa "Construcciones Taddía S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)", en la cual se hizo mérito, inclusive, de la posible petición fiscal de falta de habilitación[15].

Los argumentos que, para ese entonces, esgrimía la Sala III de la CNCAF[16], disímiles de esta posición, pueden resumirse, a su vez, del siguiente modo:

a) no existe norma alguna que consagre la posibilidad de renunciar a los requisitos de admisión de la demanda;

b) la jurisprudencia que habitualmente se invoca en ese sentido no sienta la renunciabilidad de la habilitación, sino la validez de las actuaciones sustanciadas sin su observancia, como derivación del principio procesal de preclusión[17];

c) el no estar previsto el examen preliminar de la habilitación de la instancia en el CPCCN, no es razón para excluirlo en el proceso contencioso administrativo, pues aquel Código tiene su ámbito de aplicación en las controversias entre particulares, y es aplicable en el contencioso administrativo sólo analógicamente.

d) por tal motivo, corresponde dar preferencia a la aplicación analógica de aquellas leyes que, al regular procedimientos contencioso administrativos especiales[18], han recogido principios generales de la disciplina;

---

[14] La renunciabilidad -expresa o tácita- de estas prerrogativas por la Administración Pública fue reiterada en "Serra", cit., cons. 17.

[15] CSJN, 06/10/1992, "Construcciones Taddía S.A." Fallos: 315:2217. La circunstancia implícita en la causa "Cohen" se explícita, pues, en este pronunciamiento en el que, además, es destacable la disidencia del juez Dr. Fayt, quien vino con ella a cambiar su posición sustentada en la causa "Cohen".

[16] Causas CNCAF, 16/08/1990, "Avanzada S.A.", LL 1990 E, 468 y CNCAF, 26/09/1991, "Centro Instrumental S.R.L.", LL 1992- B, 50. Se expresa en forma crítica a la solución del caso "Cohen", Muñoz.

[17] CSJN, 22/03/1990, "Pozzi, Ángel Luis", Fallos: 313:326 y en LL 1990-C, 417; el Alto Tribunal sostuvo en esta causa que si la demanda se sustancia sin que la accionada oponga como excepción o defensa la falta de agotamiento de la vía administrativa, la decisión que tiene en cuenta esta circunstancia desbarata una situación procesal ya consolidada al amparo de la preclusión, privando al interesado de obtener una sentencia sobre el fondo del problema.

[18] Así, ley de procedimiento tributario 11683, T.O. 1978, arts. 84 y 85; la ley de amparo 16986, art. 3°; ley 22415 (Código Aduanero), arts. 1175/6; Decreto-ley 14715/57, arts. 1° y 2°., de régimen de contestación de demandas del Banco Central.

e) la doctrina sentada en la causa "Cohen" se refiere, en realidad, a un caso en el que, mediante los actos administrativos impugnados, se desestimaba la pretensión del particular, no con fundamento en la extemporaneidad de la impugnación administrativa, sino con sustento en razones de fondo. Así, la doctrina en el caso sólo es referible a un supuesto en el que, efectivamente, no procedía el control de oficio[19] [20].

3.4. La jurisprudencia y legislación actuales en la materia

La jurisprudencia de ambos tribunales –CSJN y CNCAF- se uniformó a partir de 1998, a raíz del dictado de las sentencias en las causas "Gorordo" y "Tajes" (CSJN), y en el plenario "Romero" (CNCAF)[21].

En el primer fallo citado, el Alto Tribunal señaló que si bien en las causas "Cohen" y "Construcciones Taddía SA" se había pronunciado contra la posibilidad de revisar de oficio o a instancia de los fiscales el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa con anterioridad a la traba de la litis, un nuevo examen de la cuestión llevaba a modificar ese criterio con sustento en las siguientes razones:

a) "Para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se deduce es preciso que concurran ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos o presupuestos procesales. El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no sólo a requerimiento de la demandada, sino también, dada su naturaleza, en una etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda (art. 337 CPCCN), sin que por ello se convierta en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes ni se altere el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria";

b) "En lo que respecta al proceso contencioso administrativo, el actor, además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el CPCCN, debe cumplir con aquellos requisitos específicos de este tipo de proceso

[19] En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia la resolución administrativa que desestima un recurso extemporáneo tramitado como denuncia de ilegitimidad conforme al art. 1° inc. e, punto 6 de la ley 19549, no hace nacer nuevamente el plazo ya fenecido fijado por el art. 25 para la impugnación judicial; un recurso extemporáneo, improcedente como tal, no produce el efecto interruptivo previsto por el art. 1° inc. e punto 7, ni su tramitación suspende el término para deducir la acción judicial, que es perentorio. Pero esa doctrina no es aplicable si la administración no rechaza el recurso por extemporáneo sino por otras razones con exclusión de aquélla; pues el necesario respeto a lo decidido por la administración mediante un acto que en ese aspecto no es impugnado, impide revisar en juicio la admisibilidad formal de dicho recurso administrativo (CNCAF, Sala III, 8/09/1988, "Wolcken, Rodolfo", LL 1989-B, 567; CSJN, 29/11/1988, "Donaruma", Fallos: 312:1724). Para ampliar sobre la denuncia de ilegitimidad ver *infra*.

[20] También se hizo mérito de la actuación de los fiscales en este procedimiento. Cabe destacar -al respecto- que conforme al art. 117 inc 4° de la ley 1893, vigente en ese entonces, correspondía al Ministerio Público "velar por el cumplimiento de las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones que deben aplicar los tribunales", entre ellos, las normas que establecen requisitos para la habilitación de la instancia contencioso administrativa.

[21] CSJN, 04/02/1999, "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María", Fallos: 322:73, con comentario nuestro en ED 181-960; CSJN, 31/03/1999, "Tajes, Raúl Eduardo ", Fallos: 322:555; CNCAF, en pleno, 15/04/1999, "Romero, Gerardo", JA 1999-III–122 y en LL 1999-E, 192.

previstos en el título IV de la ley 19549, cuyo cumplimiento en cada caso concreto el juez está facultado a verificar";

c) "La revisión de oficio *in limine litis* de los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda también está establecida en diversas leyes federales que regulan procesos contencioso administrativos especiales[22] y en la mayoría de los códigos procesales administrativos provinciales[23]" (las notas no pertenecen al original);

d) "Dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19549 el juez de primera instancia estaba facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario *in limine* la pretensión (art. 337 del CPCCN), pues su falta no requería la expresa denuncia por parte del demandado"[24].

A su turno, en el fallo plenario dictado en la causa "Romero"[25], la mayoría de la CNCAF estableció que: "Para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se deduce es preciso que concurran ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos o presupuestos procesales. El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no sólo a requerimiento de la demandada sino también, dada su naturaleza, en una etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda (art. 337 CPCCN), sin que por ello se convierta en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes ni se altere el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria"[26] y fundó su opinión en los siguientes argumentos:

a) "La necesidad de que el juez examine los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda contencioso administrativa, surge de la interpretación jurisprudencial de la ley 3952, y está consagrada en los procedimientos de leyes especiales; asimismo, indica que la renunciabilidad de los requisitos de admisibilidad no está consagrada en norma alguna, antes bien, la ley establece que el Estado 'no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo' salvo los casos normativamente exceptuados[27], entre los que se

---

[22] Citó la Corte los siguientes: art. 3° de la ley 16986, de amparo; arts. 84 y 85 de la ley 11683, de procedimiento para la aplicación, percepción y fiscalización de impuestos; arts. 1175 y 1176 de la ley 22415, Código Aduanero, y arts. 1° y 2° del dec.-ley 14.715, régimen de contestación de demandas del BCRA.

[23] Mencionó los siguientes : Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Salta, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

[24] CSJN, "Gorordo", cit, con comentario nuestro. La Corte se pronunció por una mayoría integrada por los jueces Nazareno, Boggiano, Bossert y Vázquez y el juez Fayt por su voto. En disidencia votaron los jueces Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi y López, quienes reiteraron la doctrina de "Cohen, Rafael", Fallos: 313:228 y "Construcciones Taddía", Fallos: 315:2217.

[25] CNCAF, en pleno, "Romero", cit. La mayoría se integró con los jueces Coviello, Herrera, Damarco, Mordeglia, Argento, Galli y Uslenghi; la minoría, con los jueces Licht, Garzón de Conte Grand, Gallegos Fedriani y Otero, y, por su voto, el juez Buján.

[26] Agregamos aquí que, como dice Muñoz, "el examen de los presupuestos procesales corresponde primariamente al juez, y la actuación del demandado es suplementaria", por lo que del caso 'Cohen' se derivaría una conclusión muy singular, que "el plazo del art. 25 sería un presupuesto procesal cuya omisión sólo puede plantearse como excepción después de corrido el traslado de la demanda". La solución del fallo -entiende el autor- "otorga al principio dispositivo un alcance que ni siquiera tiene en el derecho civil. En él, el control de los presupuestos procesales está a cargo del juez, quien puede rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas (art. 337 CPCCN)".

[27] Art. 30 ley 19549, texto según ley 21.686.

encuentra la impugnación de actos administrativos antes de vencer el plazo de caducidad[28], y que sin dicho requisito los jueces no 'podrán dar curso' a las acciones;

b) "El mentado examen de los requisitos de admisibilidad suele integrar una primera etapa del proceso contencioso administrativo, atinente a la admisión del proceso o habilitación de la instancia, que puede concluir con un pronunciamiento que García de Enterría y Fernández denominan de inadmisión anticipada";

c) Con cita de Fiorini, expresó que: "la habilitación de la instancia comporta la comprobación del cumplimiento de los presupuestos procesales que el administrado debe presentar en el ámbito de la justicia", agregando el Tribunal que "en la mentada comprobación parece razonable incluir lo atinente al plazo perentorio que la ley establece para casos como el *sub examine*, en la inteligencia de que la temporaneidad de la acción constituye en la especie un así llamado presupuesto procesal o, si se prefiere, un requisito extrínseco de admisibilidad, cuya ausencia autoriza el rechazo *in limine* de la demanda en los términos del art. 337 del CPCCN";

d) "En lo que respecta al proceso contencioso administrativo el actor, además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el CPCCN, debe cumplir con aquellos requisitos específicos de este tipo de procesos previstos en el título IV de la ley 19549, cuyo cumplimiento en cada caso concreto el juez está facultado a verificar";

e) "La revisión de oficio *in limine litis* de los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda también está establecida en diversas leyes federales que regulan procesos contencioso administrativos especiales ... y en la mayoría de los códigos procesales administrativos provinciales";

f) "Dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19549 el juez de 1ra. instancia estaba facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario *in limine* la pretensión (art. 337 CPCCN), pues su falta no requería la expresa denuncia por parte del demandado" (conf. CSJN *in re* "Gorordo");

g) "Como señala Lino Palacio, toda pretensión procesal -y no sólo las de índole administrativa- debe reunir dos clases de requisitos : de *admisibilidad* y de *fundabilidad*, los primeros están regidos por normas procesales (sean formales o materiales), en tanto que la fundabilidad debe juzgarse mediante las normas del derecho material; el examen de los requisitos de admisibilidad, y un pronunciamiento negativo sobre la existencia de los primeros excluye, sin más, la necesidad de dictar una sentencia relativa al mérito de la pretensión[29] ... Tales principios parecen informar el art. 337 del CPCCN, según el cual 'los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan'. Ello impone a los jueces el deber de pronunciarse, aun de oficio, sobre los requisitos de admisibilidad. Se trata, como enseña Carlos C. Colombo, de eliminar el material superfluo y las causas de eventuales excepciones o pedidos de nulidad[30] ... El referido artículo contempla la circunstancia de que no puede pretender 'proceso', contestación de demanda, prueba, etc., quien desde el comienzo pone de manifiesto que

[28] Arts. 23/25 ley cit.
[29] Citó *Derecho procesal civil*, t. I, 2da ed., p. 396/7.
[30] Citó el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y concordado*, t. III., p. 170.

pide amparo judicial para algo que la ley desautoriza[31] ... El artículo citado y los principios que lo inspiran, aplicables a la generalidad de los juicios civiles y comerciales, son aplicables *a fortiori* en el proceso judicial administrativo en cuanto atañe a la llamada habilitación de la instancia judicial en el proceso contencioso administrativo, en atención a las peculiaridades de éste y a las razones de bien público que median en estos casos; tales razones permiten tomar como pauta orientadora general lo dicho por la Corte Suprema, 'puesto que hace a la condición jurídica de la Nación en cuanto tal, no caben a su respecto convenios modificatorios"[32];

h) "El criterio reseñado constituye las características de la acción contencioso-administrativa, la cual supone, como regla, una situación previamente definida en sede administrativa. Así, por ejemplo, no puede intentarse una acción de este tipo mientras continúan los procedimientos respectivos en el ámbito de otro poder del Estado. Además la jurisprudencia uniforme del fuero tiende a que lo concerniente a la habilitación de la instancia judicial quede resuelto en las etapas iniciales del proceso, ante el evidente dispendio jurisdiccional que comportaría adoptar una solución distinta".

i) Recordó la opinión de Grau, para quien "esto último justifica la substanciación de un incidente liminar de habilitación de la instancia, con intervención del Ministerio Público"[33] agregando el Tribunal que "allí el accionante debe acreditar el cumplimiento de la 'carga' de 'preparar' la acción contencioso-administrativa[34].

Como se advierte, el plenario de la Cámara es coherente con la doctrina de la Corte en la sentencia dictada en la causa "Gorordo".

Ahora bien, tal como se señala en esta última (considerando 6°) el Alto Tribunal se había pronunciado en los precedentes "Cohen" y "Construcciones Taddía" contra la posibilidad de revisar de oficio o a instancia de los fiscales el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa con anterioridad a la traba de la litis. Y cabe recordar que, cuando el Alto Tribunal se expidió en la causa "Cohen" por la improcedencia de que los jueces efectuaran este examen, había dicho que el juzgador, en el incidente de habilitación de la instancia, no efectúa estrictamente un control de oficio, sino que lo hace previa intervención del Ministerio Público. Esta intervención de los fiscales federales -se entendió- quitaba fuerza a la afirmación de que el control se realizaba "de oficio".

Pues bien, en el dictamen del Procurador Fiscal que precedió al dictado del plenario "Romero", se pone de relieve, precisamente, esa circunstancia, expresándose que la intervención de los fiscales, antiguamente basada en la ley 1893, tiene, ahora, una base normativa más severa en la ley del Ministerio Público 24946, la cual no solamente estatuye que aquel organismo debe velar por la observancia de las leyes -en este caso, por el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por aquéllas-, sino también por la defensa de la competencia y jurisdicción de los tribunales (Ver Monti).

---

[31] Citó Fenocchieto-Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y concordado*, t. 2, 2a ed., p. 176.

[32] CSJN, 1944, "Roca, Agustín M. y otros", Fallos: 200:196.

[33] Citó la obra *Habilitación de la instancia*... op. cit., p. 128; y la de Dromi, José R., *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Bs. As., 1987, p. 382/3.

[34] Citó Sala I, 7/03/1976, "Celia SA" y dictamen de la Fiscalía de Cámara del 9/10/1987 en la causa "Bank of America"; asimismo, la obra de Grecco, Carlos, *Autotutela administrativa y proceso judicial*, LL 1980 B-esp. p. 906/910.

La idea resultante es que un juez en lo contencioso administrativo no puede entrar a conocer en una contienda de este tipo si no está habilitada su jurisdicción para hacerlo, porque no se han reunido los requisitos de admisibilidad.

Una consideración especial merece la sentencia de la Corte Suprema en la causa "Tajes", dictada después de la emitida en "Gorordo" y días antes del plenario pronunciado por la CNCAF en "Romero".

En la causa referida el Alto Tribunal, con invocación de la doctrina sentada en "Cohen", descalificó la decisión de la Cámara en tanto ésta había resuelto en el caso, de oficio -es decir, sin mediar planteo de la demandada al respecto-, considerar irrevisable la decisión administrativa de desestimar una denuncia de ilegitimidad (especialmente considerandos 7° y 8°).

El criterio fijado en "Tajes" no coincidiría, en apariencia, con el establecido en "Gorordo".

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la mayoría del Tribunal se integró, en aquél, con el voto del Ministro Vázquez quien expresó que, con el criterio que se dejaba sentado en la causa ("Tajes") no se contradecía lo decidido en "Gorordo", en tanto en aquélla la declaración de inadmisibilidad de la pretensión no había sido realizada *in limine litis* por el juez de primera instancia sino por la alzada al conocer del recurso de apelación de la demandada (Considerando 7°, segundo párrafo).

Es posible, entonces, a partir de esta afirmación del citado miembro de la Corte, concluir en que el sentido del pronunciamiento recaído en "Tajes" no radica en inhibir la posibilidad de que el juez rechace la demanda *in limine* en el momento inicial del proceso, sino sólo en impedir que, como ocurrió en "Cohen", se introduzca la cuestión de la habilitación de la instancia en la sentencia definitiva, sin que ella se hubiera planteado ni tratado con anterioridad a lo largo del juicio.

Desde este punto de vista, y con esta aclaración, es posible afirmar que no existe discordancia entre lo fallado por la Corte en "Gorordo", primero, y "Tajes", después.

La posibilidad de revisión oficiosa también aparece ahora habilitada por el texto del último párrafo del artículo 31 de la LNPA, según la reforma introducida por la ley 25344, conforme al cual "los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el presente".

3.5. Control judicial de la actividad administrativa y control oficioso de la habilitación de la instancia

Controlar una actividad supone, señaló Sayagués Laso, emitir un juicio lógico respecto de si dicha actividad se conforma o no a las reglas que la regulan.

La Administración Pública debe encuadrar su actividad en el derecho en el que se encuentran la fuente y el límite de su accionar. La competencia es, como apuntaba Forsthoff, simultáneamente una autorización y una limitación (Forsthoff).

Así las cosas, cabe, entonces, preguntarse cuál es el contenido de la juridicidad que define el marco de acción de la Administración Pública y que determina, por ende, la referencia a la luz de la cual procede efectuar su control.

En ese sentido, se afirma como nota típica del derecho administrativo su calidad de régimen exorbitante, y se señala, con énfasis, que la exorbitancia no importa, al menos en el Estado moderno, sólo gravitación de la prerrogativa estatal, sino también de la correlativa garantía del particular (Barra-Cassagne).

El régimen exorbitante es, pues, como se recordó *supra,* el intento de equilibrio, de conciliación, o, en todo caso, con más realismo, el arbitraje de contenido históricamente variable, entre el poder y la libertad.

El derecho administrativo no es exclusivamente ni el derecho del poder, ni el derecho de la libertad; él es, a nuestro modo de ver, un sistema de arbitraje entre ambos polos de la relación jurídico-administrativa. El contenido de ese arbitraje no sólo resulta de las políticas legislativas sino también, y en no pocas ocasiones, principalmente del proceso. Por eso, son los jueces quienes están llamados a custodiar tanto las prerrogativas -en el caso, mediante el control oficioso de la habilitación de la instancia- como las garantías y a afirmar unas y otras, procurando ese equilibrio entre los diversos intereses en juego.

3.6. El agotamiento de la vía administrativa y el plazo breve de impugnación como prerrogativas

Ahora bien, como se dijo antes, la juridicidad administrativa integra prerrogativas y garantías, y una de las características de las primeras es su irrenunciabilidad[35].

Dos de esas prerrogativas, de índole procesal, que en la terminología empleada por el autor español José A. Trevijano Fos se llamarían "privilegios hacia adentro" de la Administración Pública, son la necesidad de agotar la vía administrativa antes de la actuación judicial y la promoción de ésta dentro de plazos breves de caducidad[36] (Barra).

Tal como señala Cassagne el sistema recursivo constituye una garantía del particular integrante del régimen exorbitante, inexistente en el plano de la actividad de los sujetos privados, donde sólo rigen las garantías judiciales. Sin embargo -agrega- "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)" (Cassagne).

Es de la esencia de los recursos contencioso administrativos -ha dicho la Corte Suprema, adhiriendo al dictamen de su Procurador General[37]- el agotamiento de las instancias administrativas, recaudo que el Alto Tribunal ha considerado también exigible respecto de los actos de alcance general[38].

---

[35] Las prerrogativas, en tanto potestades de actuación exorbitante o "escudo de resistencia frente a terceros" (García Trevijano Fos) son especies de la figura que Santi Romano dio en llamar "poderes jurídicos" y, en cuanto tales, participan de su calidad de irrenunciables.

[36] Al carácter de "prerrogativa" se hizo referencia en la sentencia recaída en la causa "Serra" cit. (considerandos 7°, 9°, 17 y 18).

[37] CSJN, 16/05/1974, "Sindicato de Trabajadores de la Industria Lechera de Capital Federal", Fallos: 288:398.

[38] CSJN, 3/10/1989, "Bonis, Pedro", Fallos: 312:1891 y en LL 1990-B, 599 (donde se considera

Es ilustrativo consignar que en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal se sentó como una de las Conclusiones de la Comisión de Derecho Procesal Administrativo la siguiente: "Se considera conveniente mantener el sistema de agotamiento previo de la vía administrativa, simplificándola y abriéndola, en tanto el procedimiento administrativo es un modo de ejercer el autocontrol estatal y de protección de los derechos individuales. Sin embargo, el procedimiento administrativo previo no deberá exigirse cuando implique una frustración del acceso a la jurisdicción. En cualquier caso el administrado puede optar por acudir al procedimiento previo aun cuando éste no sea exigible".

El requisito es, entre nosotros, una condición legal vigente. El artículo 23, inciso a), exige, en efecto que, para la impugnación judicial de un acto de alcance particular definitivo, se agote la instancia administrativa; mientras que el artículo 24, inciso a), prevé, a su vez, respecto de los actos de alcance general, que cuando se intente impugnarlos directamente se interponga, previamente, un reclamo[39] ante la autoridad que lo dictó, requiriendo también el agotamiento de la vía recursiva si la impugnación se deduce indirectamente a través de los actos individuales de aplicación[40]. Por otro lado, en su artículo 30 la LNPA establece que el Estado Nacional o sus entidades autárquicas no pueden ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo (ver *infra)*.

Los fundamentos que inspiran el instituto del agotamiento se pueden sintetizar, como acertadamente expone Guastavino, en las siguientes circunstancias:

a) Permitir una etapa conciliatoria anterior al litigio;

b) Dar a la Administración la posibilidad de corregir errores en mérito a los argumentos del administrado[41];

c) Impedir que aquélla sea llevada a juicio sin aviso previo;

d) Posibilitar el control jerárquico de la oportunidad y legitimidad de las decisiones administrativas, evitando interferencias judiciales prematuras;

e) Ahorrar al Estado el escándalo de verse demandado judicialmente en causas indefendibles;

f) Facilitar la tarea judicial al someter a su sede cuestiones delimitadas previamente, con intervención de órganos administrativos especializados[42].

---

reglamento general a una acordada de la CNComercial).

[39] Al que Linares llamó reclamo "impropio". Ver dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 29/07/1994 en ED, separata de febrero de 1995. (Dictámenes: 210:137).

[40] Se debe recordar que de acuerdo con el reglamento de la LNPA, aprobado por el Decreto 1759/72, T.O. 1991, el único recurso obligatorio para impugnar actos definitivos o asimilables a ellos emanados de la Administración Central, es el jerárquico (arts. 89 y ss.). En él, además, ante la falta de resolución de la Administración, se produce la denegatoria tácita por el solo transcurso del plazo de 30 días, con la cual queda habilitada la vía judicial.

[41] Conf. CNCAF, Sala IV, 17/02/1987, "Gruval SA", LL 1987-C, 177.

[42] Por su parte, la CNCAF (Sala II, 17/03/1992, "Faggionatto, Ildres", LL 1992-D, 168), ha señalado que el requerimiento del previo agotamiento de las instancias administrativas para dejar viable la acción ante la justicia contra los actos administrativos, tiende a dar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y eventualmente revocar el error facilitando el control de legitimidad y conveniencia por parte del órgano superior, y de tal modo asegurar una oportunidad para que defienda más eficazmente el interés público confiado en custodia. También la Sala III (28/04/1988, "Astilleros Corrientes SA", LL 1988-E, 227) estableció que el procedimiento del reclamo administrativo procura, entre otras finalidades, que los

El sometimiento de la impugnación a plazos breves y perentorios es también un requisito preceptuado en la legislación vigente.

En realidad, difícilmente pueda prescindirse del plazo breve de un modo general, porque, como enseñó Fiorini, la ejecutoriedad y presunción de legitimidad de los actos administrativos y los intereses públicos custodiados justifican que la interposición de la demanda, en petición de justicia, deba plantearse en un término "urgente, inmediato y breve" (Fiorini).

Más allá del juicio de valor que pueda merecer el sistema positivo vigente, el agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad responden a razones de interés público objetiva e imperativamente aprehendidas por el legislador y, por lo tanto, esas exigencias son prerrogativas definidoras del régimen de exorbitancia propio del derecho público, por lo que es al menos discutible la idea de la "renunciabilidad" de esos preceptos.

Téngase en cuenta, en ese orden de ideas, que el artículo 142 de la ley de contabilidad[43], aunque actualmente derogado, prohibía a las dependencias y entidades descentralizadas del Estado hacer lugar por sí a las reclamaciones en las que la acción de los recurrentes se hallare prescripta, estableciendo que sólo el Poder Ejecutivo podía, excepcionalmente, reconocer sus derechos en atención a las modalidades del caso.

Esa previsión legal revelaba una política legislativa claramente indicativa de la irrenunciabilidad, en principio, de la prescripción.

La citada disposición no dejaba de guardar coherencia, por lo demás, con las normas reguladoras de la representación del Estado en juicio, aun vigentes, a tenor de las cuales los apoderados necesitan un facultamiento especial para, por ejemplo, allanarse o desistir, entre otros actos genéricamente encuadrables en la renuncia de las pretensiones de su mandante.

En general, entonces, para renunciar derechos, los abogados del Estado en juicio tienen que contar con un apoderamiento especial del titular del ente o la repartición de que dependan, es decir, que la renuncia debe sustentarse en una resolución expresa que los faculte para ello[44].

órganos estatales puedan proveer de modo más eficaz a la defensa del interés público, y que los órganos administrativos competentes para resolver examinen la pretensión y queden sustraídos temporariamente a la revisión judicial en medida compatible con la integridad de los derechos, a fin de evitar juicios innecesarios (CNCAF, 29/05/1986, "Vázquez San Miguel"). Asimismo se ha hecho mérito de la necesidad de que los conflictos que se susciten entre Administración y particulares puedan ser resueltos, en principio, dentro de la propia órbita de aquélla, permitiendo obtener en forma menos onerosa y conflictiva el reconocimiento de los derechos de los segundos. A ello debe agregarse que, tratándose de la impugnación de actos administrativos un principio elemental de buena fe obliga a que la Administración tenga conocimiento cierto de los hechos que invoca el particular y la extensión del perjuicio que dice se le infiere con el acto, hecho o situación que le afecta (CNCAF, Sala IV, 24/08/1989, "Hemarsa SACIFI", LL 1990-A, 107). La exigencia legal de agotar la instancia administrativa tiende a evitar juicios innecesarios al dar oportunidad de que la autoridad revise el caso y eventualmente revoque el error que pudiera existir, además de lograr el acopio de antecedentes que permiten una mejor defensa de los intereses del Estado que cuenta en las actuaciones tramitadas con todos los datos y aportes de las reparticiones afectadas que permiten al apoderado contar con los elementos necesarios para el ejercicio de su representación, dentro del plazo perentorio que le fija la ley procesal (CNCiv, Sala G, 27/06/1989, "Briano, Carlos", JA 1990-III, síntesis. y 31/07/1988, "Debatte, Omar").

[43] Decreto-ley 23.354/56.

[44] Ver, en este sentido, las siguientes normas: art. 8° del dec. 411/80 (t.o. por dec. 1265/87), reglamentario de la ley 17516 de representación judicial del Estado; art. 15 del dec. 34952/47, reglamentario de la ley 12954 (Cuerpo de Abogados del Estado); art. 32 incs. a) y m) del dec. 2140/91, reglamentario de la ley

Por ello, aun cuando se admitiera la renunciabilidad de los requisitos de admisibilidad, la adopción de la decisión -inferible, generalmente, de la mera ausencia de toda manifestación- no puede residenciarse en los apoderados judiciales de la Administración, sin alterar los órdenes normales de la competencia administrativa.

En cualquier caso, la inexistencia de parámetros objetivos legalmente predeterminados conforme a los cuales la Administración deba decidir la dispensa, o no, de los requisitos de admisibilidad de la acción, no contribuye a la transparencia del accionar administrativo, compromete la garantía de igualdad, posibilita la arbitrariedad administrativa y afecta la seguridad jurídica.

Uno de los componentes fundamentales de la seguridad jurídica es, como señaló el ya recordado Recasens Siches, el que la persona debe saber a qué atenerse. Y no se contribuye a su vigencia en una construcción en la cual el apoderado judicial del Estado puede resolver, por su solo juicio, la vigencia del procedimiento previo y la suerte del plazo de caducidad.

Se impone por ello, de seguirse el criterio de la "renunciabilidad", adoptar una solución que radique la posibilidad de la renuncia en el Poder Ejecutivo o en sus delegados legítimos, instrumentada con arreglo a pautas regladas que permitan la descalificación de oficio de las actuaciones procesales desprovistas de ese fundamento.

No debe olvidarse, además, que el juez puede rechazar *in limine* la demanda (conf. art. 337 del Código Procesal) cuando falta algún requisito para su procedencia. En el caso del proceso contencioso administrativo, entre los requisitos de admisibilidad se hallan los que se refieren a la habilitación de la instancia, establecidos normativamente, cuyo cumplimiento, en cada caso concreto, está el juez facultado a constatar[45].

No debe verse en esta postura un regreso a la época de la indemandabilidad del Estado, propia de los primeros tiempos de nuestra organización constitucional, en la que el Congreso, o bien resolvía *per se* los reclamos individuales, o bien daba su venia para el enjuiciamiento jurisdiccional.

Se trata sólo de ubicar en su verdadera dimensión al procedimiento administrativo previo y a los plazos de impugnación judicial, y de destacar que, con el primero, cuando fue implantado, significó históricamente una apertura de la jurisdicción y debería importar, ahora, un medio valioso de autocontrol estatal.

Las restricciones que los tiempos de emergencia generan para los derechos subjetivos podría, quizá, explicar, en este aspecto, una solución que, en apariencia, tienda a fortalecer el acceso a la jurisdicción, eliminando obstáculos para el enjuiciamiento estatal.

Sin embargo, aun cuando las construcciones jurídicas deben realizarse de cara a la realidad, no se debe perder de vista que la fuerza normativa de lo fáctico no debe primar, necesariamente, sobre la fuerza normalizadora de lo normativo (Oyhanarte).

23982 de consolidación; y el derogado art. 142 de la ley nacional de contabilidad pública (dec.-ley 23354/56). De todas esas normas se desprende que los apoderados del Estado no pueden llevar a cabo acto alguno que implique renuncia de derechos afectante del erario público, sin intervención de los funcionarios superiores.

[45] Conf. arg. art. 106 de la reglamentación de la LNPA, aprobada por dec. 1759/72, T.O. 1991. En sentido contrario al examen liminar de los requisitos de habilitación de la instancia, ver Macarel, Tawil.

La reforma del Estado operada desde 1989 hasta la fecha, nos permite avizorar un Estado replegado del activismo empresario. Se trata de una reforma que, en gran medida, apuntó a responder a la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder.

¿Por qué, entonces, no confiar en la realidad de los principios inspiradores del procedimiento administrativo: celeridad, economía, sencillez, eficacia, oficialidad, verdad material, informalismo, debido proceso adjetivo?

¿Por qué no reclamar también del administrado esa misma eficacia en la defensa de sus derechos, haciendo respetar, con objetividad, los plazos previstos para interponer acción o recurso contra el Estado y tornándolo, a través de esa diligencia, en un colaborador de la seguridad jurídica implicada en la estabilidad de las relaciones administrativas?

Adviértase, por ejemplo, que en algunos de los marcos regulatorios de las actividades privatizadas, se contempla la jurisdicción previa y obligatoria de los pertinentes entes reguladores, para la resolución de ciertas controversias entre particulares vinculados con la prestación y el suministro de los servicios públicos[46].

Pues bien, es evidente que ese recaudo administrativo importa una revalorización del procedimiento administrativo previo. No se nos escapa que su justificación se vincula con la actuación de entes autárquicos caracterizados por su específica idoneidad técnica, ni que se trata de conflictos, en los que en principio, la Administración no es parte. Sin embargo, la confianza que ellos suponen en la actuación administrativa no puede descartarse cuando ésta se cumple en la Administración Central. Y no es dudoso que la jurisprudencia habrá de controlar oficiosamente el cumplimiento de esa intervención previa, asignándole el carácter de una actuación irrenunciable, como de hecho ha ocurrido[47].

El control oficioso por el juez no viola, en este aspecto, la separación de poderes, ni afecta la igualdad. Por lo demás, siempre que existan dudas sobre la procedencia de la habilitación de la instancia, en virtud del principio *in dubio pro actione*, deberá estarse a favor de aquélla[48].

Es decir, que no se trata de impedir o dificultar el acceso a la Justicia, sino de realizar el control de la habilitación de la instancia, procurando el equilibrio y la armonía de los intereses en juego. No debe olvidarse que las soluciones dadas para conflictos entre particulares no pueden, por sí solas, resolver aquellos que se plantean entre los individuos y el Estado, ya que ambos representan intereses distintos, el privado uno y el público el otro. El criterio de aplicar las mismas pautas a una u otra clase de relaciones no es insuficiente, sino inconveniente para resolver cuestiones en las que las partes no están en igual plano.

El control efectuado de aquel modo sólo significa adecuar la función jurisdiccional en la materia, a la definición histórica del derecho administrativo que en

---

[46] En algunos casos se ha establecido la obligatoriedad de su jurisdicción (ley 24076, art. 72 y ley 24065, art. 66); en otros casos, dicha jurisdicción es facultativa (ETOSS, dec. 999/92). Asimismo, el art. 28 inc. d) del decreto 1185/90 atribuye competencia a la ex CNT (hoy C.NC), para resolver -incluso de oficio- conflictos entre particulares y los licenciatarios.

[47] CSJN, 23/04/1996, "Complejo Agroindustrial San Juan S.A.", Fallos: 319:498, por adhesión al dictamen del Procurador General; CSJN, 30/10/2001, "Transportadora de Gas del Norte S.A", Fallos: 324:3686.

[48] CNCAF, Sala II, 2/09/1993, "Fibrasur SA". También se ha sostenido que el plazo del art. 25 -como limitación a los derechos de los habitantes en sus relaciones frente al Estado- debe ser de interpretación restrictiva (CNCAF, Sala IV, 31/05/1982, "Goulik").

su momento realizó Legaz y Lacambra (citado por Boquera Oliver) cuando lo categorizó como un sistema que no sólo consagra la subordinación jurídica del hombre a una organización impersonal sino que, correlativamente, asegura con efectividad los derechos de éste frente a aquél.

Por otra parte, y como señala el Alto Tribunal en el caso "Serra", permitir el enjuiciamiento del Estado sin observar los requisitos de orden público preceptuados por el legislador, implica, en realidad, comprometer el principio de división de poderes, en tanto, con esa postura, uno de ellos –el Judicial- ejercería su competencia específica respecto de otro –el Ejecutivo- sin hacer observar debidamente las prerrogativas propias de éste, definidas legislativamente.

Bianchi ha observado con agudeza que el principio de separación de poderes tiene un sentido tuitivo de la libertad individual, lo cual, a su juicio, generaría la improcedencia de derivar de él prerrogativas del Estado.

Y ciertamente el principio de división de poderes ha sido invocado inadecuadamente para fundar en él prerrogativas estatales discutibles como sucede, por ejemplo, con la supuesta imposibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes o la nulidad de los actos administrativos.

Pensamos, sin embargo, que las prerrogativas aquí en juego –agotamiento de la vía y cumplimiento del plazo breve de impugnación por el particular- exigibles, como regla, en el marco legal vigente para demandar al Estado, bien pueden derivarse, entre otras razones, de aquel principio habida cuenta que él gravitaría, en estos casos, como garantía formal de la justa distribución de las cargas públicas que podrían, eventualmente, resultar del enjuiciamiento y condena estatal.

3.7. Algunas cuestiones resueltas por la jurisprudencia en materia de decisiones preliminares sobre la habilitación de instancia

3.7.1 Facultades de los jueces

El magistrado interviniente está facultado, como principio, para declarar de oficio que los requisitos de admisibilidad no han sido alcanzados, disponer que no corresponde habilitar la instancia judicial, no dar trámite a la causa y evitar así, ulteriormente, tratar sobre el fondo de las pretensiones invocadas por la parte demandante[49]. La habilitación de instancia constituye una decisión del juez ante quien se presenta una demanda, que tiene por finalidad establecer si el demandante ha satisfecho, o no, los presupuestos procesales requeridos por la ley, para declarar admisible la acción contenciosoadministrativa. Esos requisitos de admisibilidad están fijados explícitamente en las normas que reglan este particular tipo de procesos y hacen, a la vez, a lo atinente al ejercicio de la jurisdicción[50].

3.7.2 Criterio con el que se examinan estas cuestiones

[49] CNCAF, Sala II, 20/11/1989, "Burgos, Juan".
[50] CNCAF, Sala II, 20/11/1989, "Burgos, Juan".

Al estar en juego el acceso a la Justicia, que es la máxima garantía que brinda el Estado de Derecho, debe obrarse con extrema prudencia en cuanto concierne a la admisibilidad de las demandas dirigidas a cuestionar los actos de la Administración, sobre todo, cuando los presupuestos procesales legalmente exigidos no son de fácil y objetiva verificación o cuando existen antecedentes administrativos que tornan aplicable la interpretación que se formula sobre su eficacia procesal para dejar expedita la vía judicial. En esos casos y en todos aquellos en los que aparezca un atisbo de duda, es preferible que sean las partes las que discutan previa y brevemente antes de adoptar una decisión relativa a la habilitación de la instancia, pues el traslado de la demanda no puede implicar cerrar la discusión sobre el tema[51].

3.7.3 La decisión previa que resuelve sobre la habilitación de la instancia no causa preclusión

La decisión que habilitó la instancia contencioso administrativa, luego del análisis preliminar de sus presupuestos de admisibilidad, no causa preclusión y puede ser revisada al resolver las defensas y excepciones de la accionada en tal sentido[52]. Esto es así en atención a que ella, con intervención del procurador fiscal, es el resultado de la primera verificación de la existencia de los presupuestos procesales cuya ausencia puede denunciarse posteriormente mediante alguna excepción procesal, tales como la de litis pendencia, cosa juzgada, falta de acción, incompetencia, defecto legal. En esa oportunidad el juez debe volver a considerar si se configuran o no dichos presupuestos[53]. La habilitación de la instancia no puede alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria, quien puede oponer la defensa pertinente hasta el momento de contestar la demanda[54].

3.7.4 Juicio previo al traslado de la demanda

Al examinar las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa antes de declarar habilitada la instancia judicial y correr traslado de la demanda, el juez debe seguir criterio análogo al que rige para determinar la competencia del tribunal contencioso administrativo, y atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y, después, y sólo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión[55]. Las cuestiones concernientes a la habilitación de la instancia son examinables de oficio por el tribunal en la etapa preliminar del proceso contencioso administrativo[56]. Las defensas

[51] CNCAF, Sala I, 7/10/1986, "Banco Comercial del Norte S.A.", JA 1988-II , 129.
[52] CSJN, 1960, "Enrique Meyer S.A. Cervecería Córdoba y Cervecería Córdoba /en liquidación", Fallos: 247:517, CNCAF, Sala III, 17/05/1988, "Irurzun", JA 1989-I-212, dictamen Dr. Medrano; 16/08/1990, "Avanzada SA", cit.; 15/09/1988, "Rodríguez", LL 1989-C, 173.
[53] Confr. CSJN, 1960, "Enrique Meyer S.A. Cervecería Córdoba y Cervecería Córdoba /en liquidación", Fallos: 247:517, CNCAF, Sala II, 22/04/1993, "Schapiro Electrocivil SRL ", cit.; Sala III, 17/05/1988, "Irurzun", JA 1989-I, 212, cit.; 16/08/1990, "Avanzada SA", cit.
[54] CNCAF, Sala I, 26/09/1996, "Todote, Federico"; Sala II, 22/04/1993, "Schapiro Electrocivil SRL.", cit.
[55] CSJN, 1984, "Gas del Estado Sociedad del Estado c/ Lindoro I.C.S.A." Fallos: 306:328; CSJN, 1984, "Ferrocarriles Argentinos c/ Jorge Papadópulos" Fallos: 306:333; CSJN, 6/06/1985, "Dirección General Impositiva c/ José María Dellizzotti", Fallos: 307:871; CNCAF, Sala III, 15/11/1988, "Lores".
[56] Doc. CSJN, 15/09/1988, "Orbe, Lola", Fallos: 311:1896, párr. IV b del dictamen al que el fallo remite;

concernientes a la admisibilidad de la acción contenciosoadministrativa no están regladas en el Código Procesal y debe asignárseles en cada caso el trámite que mejor convenga a la economía del proceso, lo cual ordinariamente impone su decisión previa[57]. La necesidad de que el juez examine los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda contencioso administrativa surge de la interpretación judicial de la ley 3952 y está consagrada en los procedimientos de leyes especiales[58].

3.7.5 Excepciones al principio anterior

En algunos casos, en los que aparezcan razonables dudas sobre el *thema decidendi*, puede resultar conveniente, para su mejor y definitiva dilucidación, que la cuestión referida a la habilitación de la instancia judicial, sea diferida a una estación procesal ulterior. Ello así, por cuanto se torna conveniente escuchar a todas las partes sobre el punto en examen[59].

3.7.6 Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público interviene en los incidentes liminares de habilitación de instancia, y emite una opinión sobre el punto que no resulta vinculante para el juzgador en su decisión final[60]. En el trámite de la habilitación de la instancia contencioso administrativa el juez no actúa de oficio si resuelve cuestiones planteadas por los procuradores fiscales, a quienes corresponde defender el interés público, esté afectado o no el orden público, y velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos de la materia[61].

3.7.7 Momento procesal hasta el cual el Estado puede oponer la inadmisibilidad procesal de la demanda contencioso administrativa

La inadmisibilidad procesal de la demanda contencioso administrativa puede ser opuesta hasta la contestación de aquella y como defensa de fondo, aunque ello no obste a que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, el juez pueda considerarla y resolverla como de pronunciamiento previo[62]. Procede la consideración de la defensa de inhabilitación de la instancia opuesta en oportunidad de contestar la demanda, toda vez que no podrían aplicarse analógicamente, por no contemplarlo expresamente el título IV de la ley 19549, los plazos para oponer las excepciones del CPCCN, desde que es jurisprudencia de la Corte que no cabe aplicar analógicamente plazos que conculquen derechos[63]. Corresponde puntualizar que actualmente es posible desprender de lo

---

Sala III, 12/06/1984, "Bautista"; 1/03/1988, "Alvarez Lancelotti, Idelfonso", LL 1988-D, 448; 9/10/1989, "Sire, Guillermo E.", LL 1990-A, 526.

[57] CNCAF, Sala III, 15/09/1988, "Rodríguez, Luis A.", LL 1989-C, 173.

[58] CNCAF, Sala III, 16/08/1990, "Avanzada SA.", LL 1990-E, 468.

[59] CNCAF, Sala II, 20/11/1989, "Burgos, Juan".

[60] CNCAF, Sala I, 26/09/1989, "Vicente Robles SAMCICIF".

[61] CNCAF, Sala III, 16/08/1990, "Avanzada SA". LL 1990-E, 468.

[62] Doct. CNCAF, Sala III, 15/09/1988, "Rodríguez, Luis", LL 1989-C, 173, cit.; 27/06/1989, "Polledo SAICF", LL 1989-D, 383.

[63] CNCAF, Sala IV, 14/08/1990, "Menzani, Carlos y otros", LL 1991-C, 374.

dispuesto en el artículo 9°, primer párrafo, de la ley 25344, la posibilidad de oponer la defensa de falta de habilitación de la instancia hasta el momento de contestar la demanda, pues la cláusula citada dispone que admitido el curso de la acción, se debe correr traslado por el plazo de treinta (30) días o el mayor que corresponda, para que *se opongan todas las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar la demanda* (la cursiva nos pertenece).

3.7.8 Renunciabilidad de los requisitos de habilitación de la instancia

La ley no establece la renunciabilidad de los requisitos de admisión de la demanda contencioso administrativa sino que, salvo en los casos normativamente exceptuados, entre los que se encuentra la impugnación de actos administrativos antes de vencer el plazo de caducidad, dispone que el Estado no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo y que sin dicho requisito los jueces "no podrán dar curso" a las acciones (art. 1° ley 3952, texto según ley 11.634)[64]. La renunciabilidad de los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa no está consagrada en norma alguna. Antes bien, la ley establece que el Estado "no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo", salvo los casos normativamente exceptuados (art. 30 ley 19549), entre los que se encuentra la impugnación de actos administrativos antes de vencer el plazo de caducidad (arts. 23/25 LNPA) y que sin dicho requisito los jueces "no podrán dar curso" a las acciones (art. 1° ley 3952, mod. por ley 11634)[65].

3.7.9 Contenido de la decisión sobre habilitación de la instancia

La cuestión que se decide en la habilitación de la instancia es el acceso a la Justicia, mas no el resultado del pleito y mucho menos los posibles fundamentos de la sentencia a dictarse[66]. En un caso en el que el fallo de la instancia anterior se fundó en la doctrina plenaria sentada en la causa "Petracca e Hijos SA y otros c/Gobierno Nacional Ente autárquico Mundial '78 s/cobro de pesos"[67], se entendió que la ilegitimidad del acto que dispuso la rescisión de un contrato administrativo ya no podía aducirse judicialmente por haber vencido el plazo del art. 25 de la ley 19549 y se decidió, en cuanto a los rubros por los que se demandó que, con excepción de los gastos improductivos, los restantes ítems no posibilitaron la habilitación de la instancia debido a la falta de impugnación judicial oportuna de los actos administrativos denegatorios. La Corte resolvió, en efecto, que el examen de la procedencia de determinados rubros incluidos en la demanda, efectuado por el *a quo* en el incidente de habilitación de la instancia era, cuando menos, prematuro. Y señaló que, al hallarse en juego la interpretación de normas procesales, era aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso. Agregó, a este respecto, que la inteligencia admitida por el fallo en recurso no tuvo en cuenta el principio rector en la materia *in dubio pro actione* e

[64] CNCAF, Sala III, 16/08/1990, "Avanzada SA.", LL 1990-E, 468.
[65] CNCAF, Sala III, 26/09/1991, "Centro Instrumental SRL", LL 1992-B, 50.
[66] CNCAF, Sala II, 22/04/1993, "Schapiro Electrocivil SRL".
[67] CSJN, 27/06/1989, "Mackentor SA c/ Obras Sanitarias de la Nación" Fallos: 312:1017.

impidió de manera efectiva la posibilidad de la demandante de acceder a la Justicia, con menoscabo de su derecho de defensa.

3.8. El caso especial de las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores y su relación con la habilitación de la instancia judicial. Remisión.

Sobre el tema, nos remitimos a lo dicho al estudiar las facultades materialmente jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos.

Recordamos, no obstante, lo afirmado en el sentido de que la actuación de los entes (ENARGAS y ENRE) se ubicaría en la categoría del agotamiento de la instancia administrativa (Aguilar Valdéz).

Y que, más allá de los alcances que pueda asignarse a la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria en el Derecho Administrativo norteamericano, pensamos que, en los casos de los entes que consideramos, la intervención previa obligatoria que a ellos les asignan las normas de creación, constituye un supuesto de la denominada actividad *jurisdiccional* de la Administración Pública, es decir, de actividad que, según la fórmula empleada por la Corte Suprema, corresponde a los jueces en el orden normal de las instituciones[68]. Ello, en tanto esa intervención se refiere a controversias entre el Estado y los prestadores u otros sujetos o entre diversas personas privadas entre sí, la cual como principio se debe interpretar restrictivamente[69].

No es dudoso que cuando la jurisdicción del ente aparece concebida como previa y obligatoria, la Justicia estará inhibida de intervenir si antes no lo hace el ente. No debería aplicarse, en estos supuestos, en nuestra opinión, la jurisprudencia que otorga carácter renunciable a los requisitos que condicionan normalmente la habilitación de la instancia[70].

4. La doble vía para acceder a la instancia judicial (recursos o reclamos)

---

[68] CSJN, 1972, "Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines" (dictamen del Procurador) Fallos: 283:419; CSJN, 1974, "Petroquímica Sudamericana S.A.", Fallos: 290:237; CSJN, 1983, "Carubini, José", Fallos: 305:1022; CSJN, 1984, "Otaegui, Julio Cesar", Fallos: 306:337.

[69] Como lo recuerda el juez Coviello con cita de doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema, en su voto en disidencia en la causa "Ángel Estrada y cía, S.A. c.Resol.71/96, Sec. Ener y Puertos", 15/10/1999, CNCont-Adm. Fed, sala I, considerando 11, segundo párrafo, publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/05/2000.

[70] Así, el Juzgado Federal de San Miguel del Tucumán resolvió declarar su incompetencia para seguir entendiendo en dos causas, en atención a la jurisdicción "previa y obligatoria" otorgada al ENARGAS, por el art. 66 de la ley 24076 ("Belmat SA", 1/09/1993, y "Complejo Agroindustrial San Juan SA", del 1/09/1993). En la segunda causa, la CSJN resolvió la cuestión de "competencia" planteada, con fecha 23/04/1996. Remitiéndose al dictamen del Procurador General, decidió que aquella debía girarse al ente administrativo "Ente Nacional Regulador del Gas", el que resultaba competente para su conocimiento conforme a lo dispuesto por los arts. 50 y 66 de la ley 24076 (CSJN, 23/04/1996, "Complejo Agroindustrial San Juan SA", Fallos: 319:498). En este mismo sentido se pronunció, posteriormente, en fallo del 30/10/2001, "Transportadora de Gas del Norte S.A solicita avocación de competencia en autos Vivas Cruz Dionisio c/ Conta S.R.L s/ Interdicto de obra nueva", Fallos: 324:3686.
En el fuero contencioso administrativo de la Capital Federal el Juzgado de Primera Instancia Nº 8 resolvió, a su vez, de oficio, la improcedencia de una acción meramente declarativa, con sustento en la existencia de la vía prevista por el art. 66 de la ley 24076, como medio idóneo alternativo para evitar el perjuicio o lesión invocada por la actora ("Litoral Gas SA c/Estado Nacional y otro", del 13/10/1994).

4.1. Opción entre reclamo y recurso

Al tiempo de la sanción de la ley 19549, el sistema contencioso administrativo federal estaba orientado sustancialmente en las aguas del régimen norteamericano federal, mientras que la legislación provincial se encuadraba, en cambio, en las líneas del contencioso francés a través del español (Linares).

En esa etapa anterior a la sanción de la LNPA el accionar contra el Estado estaba únicamente condicionado a la interposición, dentro del plazo de prescripción que correspondiera según el Código Civil, de la reclamación administrativa previa exigida por la ley 3952 -con las modificaciones introducidas por la ley 11634- la cual, despojada al tiempo de dictarse la ley de procedimientos, de su sentido originario –eliminación de la venia legislativa previa a la demanda y su reemplazo por la exigibilidad de la simple deducción del reclamo en sede administrativa- operaba ya, en ese momento y a causa de las transformaciones producidas en las concepciones jurídico políticas, como instrumento genérico para agotar la vía administrativa y producir, así, el acto que causara estado en el proceso contencioso administrativo (Muñoz).

Hasta el dictado de la LNPA, la impugnación judicial de actos administrativos por vía de acción no estaba sujeta, pues, en el ámbito nacional, a plazos perentorios, de modo que, al consagrarlos, aquella vino a ubicar al régimen federal en el mismo marco que, hasta ese entonces, había imperado en las jurisdicciones locales (Muñoz).

Esta quiebra que, como apunta Muñoz, no necesariamente se debe lamentar en tanto significó un paso en favor de la unificación del derecho administrativo argentino, no fue, sin embargo, absolutamente imprevisible porque la tendencia a la fijación de aquella clase de plazos estaba ya claramente perfilada en el derecho federal a través de los "recursos" previstos en leyes especiales, los cuales estaban sujetos a plazos breves de interposición.

El cambio es, sin embargo, sustantivo, porque la fijación de plazos breves de caducidad para accionar contra el Estado –por vía de demanda o de recurso- pasa a ser a partir de la LNPA la regla general en la materia.

La paradoja radica en que la LNPA, pese a tal innovación fundamental, mantiene el instituto del reclamo administrativo previo, pues de acuerdo con el texto originario de la norma éste seguía siendo necesario fuera de los supuestos previstos en los artículos 23 y 24, es decir, esencialmente, cuando no se tratara de impugnar judicialmente actos de alcance particular y general, respectivamente.

La introducción de un sistema de impugnación judicial de actos vinculado al agotamiento por vía de recursos en sede administrativa y a la observancia ulterior del plazo judicial de caducidad, por un lado, y el mantenimiento, por otro, de la reclamación administrativa –ya en ese entonces medio de agotamiento administrativo- como recaudo residual exigible fuera de aquel sistema, generó, naturalmente, la necesidad de determinar el alcance de cada una de las vías y el juego recíproco entre ellas.

Como han indicado Silvestri y Gonzalez Arzac, los primeros comentarios de la ley en este aspecto tuvieron por cierto que el vencimiento de los plazos recursivos y del plazo de caducidad judicial determinaba la extinción del derecho a impugnar y la correlativa imposibilidad de exhumarlo por vía de un reclamo administrativo ulterior.

Algunos autores entendieron, sin embargo, que se trataba de dos vías distintas, independientes y optativas para la impugnación judicial de los actos administrativos: la del procedimiento recursivo sujeta a los plazos breves de éstos y al de caducidad fijado por el artículo 25, de una parte, y la del reclamo no supeditado a plazo alguno, de la otra (Cassagne-Linares).

Para una concepción doctrinaria diferente (Silvestri y González Arzac-Muñoz-Fiorini-Pearson-Marienhoff), en cambio, las vías recursivas y reclamatorias reconocían supuestos de aplicación distintos, motivo por el cual, en esta postura, no existía posibilidad de opción entre ellas.

Para la primera opinión el plazo de caducidad fijado por el artículo 25 de la ley se vinculaba con el derecho, reconocido por la propia norma, de demandar directamente al Estado o a sus entidades descentralizadas sin necesidad de interponer la reclamación administrativa previa, motivo por el cual vencido ese plazo y perdido, por consiguiente, aquel derecho, nada impedía que el particular acudiera a la reclamación previa para, después, accionar contra el Estado. Si así no fuera, se decía, el artículo 25 de la LNPA sería inconstitucional porque una regulación de derecho procesal administrativo local no puede alterar el criterio de la legislación de fondo en materia de prescripción disciplinada por el Código Civil (Cassagne).

Para el segundo sector doctrinario, no existía opción posible entre una u otra vía, de modo que, desde esta perspectiva, el vencimiento de los plazos de caducidad excluía la posibilidad de acudir posteriormente al empleo del reclamo previo y, con ello, la consiguiente alternativa de acceder a la Justicia. La teoría de la opción, se sostuvo, no se correspondía con los principios que recoge la ley de procedimientos (Muñoz) ni con la interpretación que más naturalmente brota de las normas en juego; aquella ley desde la cual, al ser federal además de *local* bien pudo modificar los plazos de prescripción contenidos en el Código Civil (Silvestri y González Arzac).

Ahora bien, en virtud de las reformas introducidas por la ley 21686 a la ley 19549 en esta materia, quedó incorporado como último párrafo del artículo 30 el siguiente: "Recurrido un acto en todas las instancias administrativas correspondientes, las cuestiones planteadas y resueltas expresamente en esa vía por la última instancia, no podrán reiterarse por vía de reclamo; pero sí podrán reiterarse las no planteadas y resueltas y las planteadas y no resueltas". La citada ley de reformas sustituyó, asimismo, en la primera parte del artículo 30 –que refería la inexigibilidad del reclamo a los "supuestos de los artículos 23 y 24"- por otro en el cual se alude a la "impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular o general".

Las encontradas interpretaciones doctrinarias previas a la reforma eran comprensibles, señaló Marienhoff, habida cuenta de la confusa redacción del texto original; empero el cambio legislativo autorizaba, a su juicio, a concluir en que si por cualquier circunstancia un comportamiento o un acto de la Administración Pública no fueren impugnados en tiempo útil, sea a través de un reclamo o un recurso, respectivamente, tales comportamiento y acto quedarían firmes y serían, por ende, inimpugnables administrativa o judicialmente.

Después de la reforma hubo, de todos modos, autores que adhirieron a la teoría de la opción (Gordillo). Cassagne consideró la cuestión concretamente y entendió que el sentido de aquélla radicaba en excluir el uso optativo del reclamo cuando se hubiera *recurrido un acto en todas las instancias administrativas*, pero no importaba, en modo alguno, vedar el empleo de aquél, dentro del lapso de prescripción, si la hubiere, *si el acto no era recurrido en todas las instancias administrativas* (Gordillo). Mairal, por su

parte, entendió que la ley habría adoptado embrionariamente el sistema francés, distinguiendo entre el recurso de anulación, disciplinado en los artículos 23 a 27, y el de plena jurisdicción, contemplado en los artículos 30 a 33.

La jurisprudencia, a su turno, se ha inclinado por el criterio que niega la teoría de la opción y ha considerado, por tanto, que las vías de recurso y de reclamo son excluyentes, razón por la cual transcurrido el plazo de caducidad sin que el acto sea impugnado, éste adquiere la condición de firme e insusceptible de toda reclamación administrativa y judicial[71].

En efecto, la CNCAF ha decidido que:

a) A la impugnación de actos administrativos no le es aplicable, en principio, la exigencia del art. 30 de la ley, ni las excepciones de su art. 32, sino la instancia preliminar regulada, con sus propias excepciones específicas, por los arts. 23 a 25[72].

b) En el orden nacional existen dos regímenes distintos según se trate de la impugnación de actos de alcance general o particular conforme lo establecen los arts. 23 a 26, o de las restantes demandas contra el Estado Nacional (no impugnatorias de actos) -arts. 30 a 32[73].

c) Según el sistema de la LNPA, la habilitación de la instancia judicial está condicionada, tratándose de una acción de impugnación, al agotamiento de la vía recursiva y no al reclamo previo de los arts. 30 a 32 de la misma ley[74].

En la actualidad, en virtud de la reforma introducida por la ley 25344 al artículo 30 de la ley de procedimientos administrativos, quedó eliminado el último párrafo incorporado en su momento a dicho artículo por la ley 21686 –antes comentado- y además, se vuelve a la redacción original de la 19549 en la última parte del primer párrafo del artículo, en tanto ahora se consigna, nuevamente, que la inexigibilidad del reclamo previo se refiere *a los supuestos de los artículos 23 y 24 de la ley.*

El regreso al texto primitivo de la norma coloca la cuestión en el marco de confusión al que se refirió en su momento el profesor Marienhoff y puede habilitar, por cierto, interpretaciones diferentes.

La situación es, entonces, similar a la configurada en el marco de la ley en su redacción original, de modo que serían válidos para resolver el interrogante planteado en este punto los argumentos doctrinarios expuestos bajo la vigencia de aquella norma.

4.2. Nuestra opinión

[71] CSJN, 1979, "Blanco Oscar Carlos c/ Universidad Nacional de La Plata", Fallos: 301:797 y en LL 1980-A, 285; CNCAF, Sala I, 16/06/1984, "Raia, Roberto O", ED 112-350; "Baltrami, Andrés", en ED 112-409; Sala II, 3/04/1979, "D´Abraccio, Varela" en LL 1980-A, 637, Síntesis nro. 35384.

[72] CNCAF, Sala III, 15/11/1988, "Lores" y 20/08/1987, "Brunicardi"; en similar sentido, Sala IV, 12/06/1986, "Ciunfrini". La Sala I, por su parte, ha dicho que según el sistema de la LNPA, la habilitación de la instancia judicial está condicionada, tratándose de la acción de impugnación, al agotamiento de la vía recursiva y no al reclamo (art. 30, párr. 1º texto según ley 21.686) (CNCAF, Sala I, 12/06/1984, "Raia, Roberto", ED 112-350).

[73] CNCAF, Sala IV, 25/09/1986, "Conafer SA.", DJ 987-1-734.

[74] CNCAF, Sala I, 20/04/1992, "Gianoli, Graciela".

Para la habilitación de la instancia judicial, es necesario obtener, en sede administrativa, un acto que cause estado y, a ese efecto, la LNPA establece un doble sistema:

a) la vía recursiva o impugnatoria y

b) la vía reclamatoria o reparatoria.

El ordenamiento exige, pues, como regla, al litigante -a fin de que el juez dé curso a la acción- haber transitado anteriormente las vías recursiva o reclamativa, salvo que se halle exento de tal obligación (Tawil).

¿Cuáles son las diferencias entre ambas vías y como juegan entre ellas?

a) Las normas que las regulan son diferentes.

Los arts. 23 y 24 tratan, en lo sustancial, de la impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular y general, respectivamente. Por su parte, la vía reclamatoria se halla prevista en los arts. 30 a 32 de la ley.

b) Se refieren a distintas clases de pretensiones.

El recurso es un acto jurídico regido por el derecho público, por medio del cual, quien invoca un derecho subjetivo o un interés legítimo, requiere de la autoridad competente y dentro del plazo pertinente, la revocación total o parcial (o derogación – total o parcial si se admite, como nosotros pensamos que corresponde en algunos casos[75], la procedencia de la impugnación recursiva directa respecto de los llamados reglamentos de directa aplicación), la modificación o la sustitución de un *acto* administrativo de alcance particular o, en su caso, de un *acto* de alcance general.

El reclamo, en cambio, si bien es, como el recurso, un acto que se rige por el derecho público, constituye, en nuestro derecho positivo, o un medio de impugnación directa de actos de alcance general –artículo 24, inciso a, de la ley- o un instrumento para cuestionar el accionar administrativo que no configure[76] actos administrativos –artículo 30 de la ley-.

c) Difieren también estas vías en sus exigencias formales:

Los recursos se supeditan a recaudos de tiempo y forma, en cambio, el reclamo administrativo no exige mayores formalidades ni se halla sujeto a plazo alguno, salvo el de prescripción (Tawil).

Ahora bien, en lo que se refiere al modo de empleo de las alternativas en estudio, por nuestra parte adherimos al criterio que expusieron inicialmente Muñoz y González Arzac.

---

[75] Según el nuevo texto del artículo 73 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, la impugnación de actos de alcance general, a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, es "sin perjuicio de lo normado en el articulo 24, inciso a, de la Ley de Procedimientos Administrativos...". Creemos que el entrecomillado viene a reforzar la idea de que la procedencia de la impugnación recursiva no obsta –"sin perjuicio" dice el reglamento- a la impugnación por vía del reclamo previsto en el artículo 24, inciso a, de la ley. En contra: Halperín.

[76] La ley 25344 eliminó el último párrafo del artículo 30 de la ley de procedimientos administrativos, que permitía reiterar, por medio del reclamo y respecto de actos recurridos en todas las instancias administrativas, las cuestiones no planteadas y resueltas y las resueltas pero no planteadas. Por eso, durante la vigencia del texto ahora eliminado consideramos que el reclamo era idóneo para cuestionar el accionar administrativo que no constituyera "en principio" actos administrativos (Comadira).

Así, pues, los principios que inspiran la ley y su letra fundan, en nuestra opinión, como solución más adecuada al derecho vigente –que no traduce injusticia- a la que propicia la exclusión del empleo del reclamo cuando el acto adquiere firmeza por el vencimiento de los plazos recursivos y de caducidad para recurrirlo.

Pensamos, en ese sentido, que abrir la alternativa del reclamo después de transcurrido ese plazo, importa, en realidad, privar de sentido a éste y contradecir la razón que lo sustenta, consistente, fundamentalmente, en el interés público comprometido en la necesidad de asegurar la estabilidad y certeza de las relaciones jurídico administrativas. Como afirman Silvestri y Gonzalez Arzac, asegurada que sea la posibilidad impugnatoria de los particulares, el interés público debe prevalecer sobre el de éstos; lo contrario importa, como enseñó Marienhoff, dejar sin sentido alguno el plazo de caducidad.

5. La impugnación judicial de actos de alcance particular

5.1. Nociones preliminares

El art. 23 de la LNPA regula la impugnación judicial de los actos administrativos de alcance particular, consagrando, a ese efecto, como principio general, la exigencia de agotar previamente las instancias administrativas[77].

La obligación de agotar la vía administrativa no debe ser valorada, a nuestro juicio, como una exigencia meramente formal y carente, por tanto, de significación sustantiva; antes bien, consideramos que ella significa una afirmación de la importancia del procedimiento administrativo como instrumento de protección de los derechos particulares y, simultáneamente, como medio de autocontrol administrativo de la legalidad y eficacia de su accionar.

Igual que cualquier otra institución el procedimiento administrativo revela deformaciones y corruptelas en su funcionamiento, pero las razones que le dan sustento – a las que nos referimos con más amplitud *supra*- justifican insistir, antes que en su eliminación o en una regulación que la prive de vigencia eficaz, en la búsqueda de su aplicación justa, objetivo, éste, que es lograble con una adecuada capacitación del funcionariado y un efectivo control jurisdiccional.

El carácter de principio general que en nuestro derecho positivo nacional adquiere el agotamiento de la vía administrativa como requisito necesario previo a la acción judicial, determina, en nuestra opinión, que las excepciones a él se deban interpretar restrictivamente[78]. Esto no significa restringir el acceso a la Justicia, sino, simplemente, adecuarlo a las exigencias propias que impone el interés comunitario que inspira el accionar del sujeto enjuiciable; y, por lo demás, no obsta a que, planteada una

[77] El artículo 23 de la LNPA dispone que "podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) Cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas. b) Cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto. c) Cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el art. 10. d) Cuando la Administración violare lo dispuesto en el art. 9º."

[78] Por lo que sólo se admite cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento, conf.: CNCiv, Sala G, 19/05/1989, "Pastorino, Héctor".

duda acerca de si el agotamiento se produjo o no, en una situación concreta, ella se deba decidir a favor del acceso a la justicia.

La LNPA es muy clara en establecer taxativamente la materia de conocimiento judicial respecto de actos administrativos. Conforme al art. 23 de dicho régimen, sólo será impugnable por vía judicial el acto de alcance particular que revista calidad de definitivo, y que agote las instancias administrativas o el que, pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto (incs. a y b)[79].

Los diversos supuestos contemplados en la norma (incs. c y d), a pesar del título de ésta, no se refieren a la impugnación de actos, sino que regulan los casos del silencio de la Administración y las vías de hecho administrativas, esto es, casos en los que no existe *declaración* expresa alguna.

5.1.1. Los distintos supuestos contemplados en la norma

El artículo 23 inc. a de la ley requiere -para la procedencia de la vía judicial- que el acto sea "definitivo" y que se "hayan agotado a su respecto las vías administrativas".

Sobre la condición de acto "definitivo", se ha dicho que es el que decide sobre el fondo del asunto (Hutchinson)[80], o bien la resolución final o concluyente de un proceso determinado (Fiorini)[81]; en cambio, el acto que "causa estado" sería el que agota la vía administrativa (Hutchinson). Linares define a la resolución definitiva como "la individual que, sea directamente, sea indirectamente, decide sobre el fondo de la contienda administrativa" y al acto que causa estado como aquel contra el cual no procede ya recurso obligatorio para agotar las instancias administrativas.

Por nuestra parte, ya hemos indicado que el acto definitivo –también denominado acto principal, originario, conclusivo o final- es aquél que resuelve directa o indirectamente la cuestión planteada en un procedimiento, reflejando la "voluntad" concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos queridos por ella acerca de dicha cuestión, y se opone, conceptualmente, al acto preparatorio, que ni contiene ni expresa la voluntad de la Administración respecto de aquélla, ya que concurre meramente a formularla.

La exigencia legal de que el acto impugnado sea definitivo "perseguiría como objetivo que se centralice la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa una vez resuelta la cuestión de fondo, a fin de que no sean sometidos a juzgamiento actos procedimentales de trámite dictados en forma previa a la resolución de fondo", salvo que "dichos actos impidan totalmente la tramitación, con lo que también se cumple con la finalidad buscada" (Rejtman Farah).

El agotamiento de la instancia administrativa, a su vez, al que ya hemos hecho referencia, se vincula con la exigencia de que el acto *cause estado*, esto es, con la circunstancia de que se hayan agotado a su respecto las instancias de recurso en sede

[79] CNCAF, Sala IV, 29/05/1986, "Maderas Industrializadas Delta SACIFI".

[80] Existe una resolución definitiva en el ámbito administrativo, cuando recae una decisión final que resuelve el fondo de la cuestión, esto es, que agota la vía recursiva prevista por la ley al respecto (CNCiv, Sala G, 19/05/1989, "Pastorino, Héctor", cit.).

[81] Fiorini agrega que el acto definitivo puede resultar susceptible de recursos administrativos sin que semejante circunstancia prive a la decisión del carácter en examen.

administrativa, o bien que no sea susceptible de recurso alguno en dicha sede. Es, pues, el acto que se halla en "estado" de ser impugnado ante la Justicia y se opone, conceptualmente, al que es susceptible de recursos obligatorios en vía administrativa y al que es firme por algunas de las causales determinantes de dicho efecto.

El agotamiento de la vía administrativa se realiza en estos casos mediante la interposición de los recursos administrativos, cuya regulación se contempla en el Reglamento y a cuyo tratamiento remitimos.

Para finalizar, es oportuno puntualizar que, en nuestra opinión, el agotamiento de la vía administrativa debe exigirse incluso respecto de los actos dictados durante la ejecución de los contratos de la Administración, pues no advertimos razones para excluir a esos actos del régimen general de impugnación. Compartimos, por ello, el criterio sentado por la Corte Suprema en la causa "Gypobras" y que fuera adoptado por el ya citado Proyecto de Código Contencioso Administrativo del año 1999 en su artículo 6°[82].

El art. 23 inc. b) se refiere a los actos denominados "asimilables a definitivos", que son aquellos que, pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impiden, sin embargo, totalmente, la tramitación del reclamo interpuesto.

Hutchinson sostiene que no es necesario, en estos casos, agotar la vía administrativa, pues el inciso permite, a su juicio, impugnar directamente la validez del acto de trámite o interlocutorio que indebidamente cierra la vía administrativa, no siendo conveniente, estima, extender a este inciso la exigencia del anterior cuando la ley no lo hace.

Por nuestra parte, entendemos que no existe motivo para excluir este supuesto de la regla general y coincidimos, por tanto, con quienes exigen también en este caso el agotamiento de la vía administrativa (Fiorini).

El artículo art. 23 inc. c) prevé el caso de "silencio o ambigüedad" de la Administración, regulado por el art. 10 de la ley, la cual, junto a su reglamentación, determina los plazos que deben transcurrir para que se produzca el silencio habilitante de la vía judicial.

De tales disposiciones resulta que en caso de peticiones en general, de índole no recursiva, para configurar el silencio habilitante de la vía judicial es preciso presentar un pedido de pronto despacho –denunciar la mora administrativa- y, luego, dejar transcurrir los plazos fijados por el art. 10 de la LNPA.

En relación con las peticiones recursivas éstas se pueden considerar, en cambio, tácitamente denegadas, sin necesidad de requerir el pronto despacho y por el solo transcurso de los plazos establecidos para su resolución (arts. 87 y 91 del RLNPA).

Consideramos que cuando media silencio también es necesario el agotamiento de la vía administrativa. Ello así, pues el sentido tuitivo de los derechos particulares que inspira la teoría del silencio administrativo, no se desvirtúa por la circunstancia de que su configuración se exija respecto de la máxima jerarquía administrativa. No existe, pues, en nuestra opinión, incompatibilidad entre la protección que se busca acordar con

[82] CSJN, 5/04/1995 "Gypobras", Fallos: 318:441 en el que cambió el criterio que había sentado en "Mevopal", (CSJN, 1985, Fallos: 307:2216). La CNCAF, por su parte había ya decidido con anterioridad de modo similar a "Gypobras" en el plenario "Petracca" (CNCAF, en pleno, 24/04/1986, "Petracca e Hijos, S. A. y otros c. Gobierno nacional -Ente Autárquico Mundial 78", LL 1986-D, 10). Un comentario al caso "Gypobras" puede verse en Monti.

la teoría del silencio y las razones que justifican el agotamiento de la instancia; la Administración tiene oportunidad de autocontrolarse y el administrado adquiere otra posibilidad de obtener un pronunciamiento expreso y fundado.

¿En qué situación cabe situar al particular cuya petición es resuelta por la Administración, una vez vencido el plazo para considerar producido el silencio? Se ha entendido que "sólo se derivará de ello la posibilidad de computar el plazo para la interposición de la acción judicial a partir del dictado de tal acto expreso y no de la fecha en que hubiera manifestado en sede administrativa la decisión de interpretar como denegatoria el silencio producido" (Rejtman Farah).

Por nuestro lado, y en la medida en que, como regla, el silencio administrativo debe excluir la exigibilidad de plazos para recurrir en sede administrativa[83] o accionar judicialmente, pensamos que sólo a partir de la debida notificación del acto decisorio expreso corresponde computar los plazos pertinentes.

Finalmente, el art. 23 inc. d) alude al supuesto de las "vías de hecho", reguladas en su art. 9º. No nos hallamos, en este caso, frente a un acto administrativo, sino ante un obrar ilícito de la Administración que el particular agraviado podrá impugnar[84].

Las vías de hecho entrañan un hecho producido por la Administración apartándose de la ley, actuando ilegalmente, en forma contraria a lo que la norma manda, sin que su actuación vaya precedida del acto administrativo necesario como expresión de su voluntad (Pearson).

Este modo de comportamiento administrativo sólo se explica como resabio de una época en la cual, al decir de un autor español, la Administración se presentaba como un "caos indisciplinado de operaciones materiales" (Garrido Falla), y a cuya prevención van dirigidas disposiciones legislativas que prohíben todo accionar administrativo sin que, previamente, se haya dictado el acto que le sirve de fundamento.

Es razonable que, en atención a la gravedad inusitada que suponen las vías de hecho éstas sean impugnables judicialmente sin previo agotamiento de las instancias administrativas (arts. 23 inc. d y 25 inc. d de la LNPA). Con buen criterio el Proyecto del año 1999 excluyó este caso de la necesidad del agotamiento[85].

5.1.2. Principio de congruencia

Por último, cabe señalar que la necesidad de congruencia entre los hechos y el derecho invocados en los recursos administrativos y los que se esgriman en la impugnación judicial, consagrada por la ley sólo respecto del reclamo (artículo 30, segundo párrafo), es también aplicable expresamente a la esfera de los recursos (Silvestri y González Arzac-Fiorini)[86].

---

[83] Caso contrario, la administración se encontraría en posición ventajosa, ya que vencería al administrado en dos oportunidades y sin ninguna razón; en la primera, no resolviendo nada, y en la segunda haciendo caducar el recurso (y perder la habilitación de la instancia) por la real dificultad que tiene el particular para precisar el comienzo de la fecha en que se califica definitivamente que no se ha hecho, ni se ha resuelto nada (Fiorini).

[84] CNCAF, Sala II, 12/12/1995, "Fernández, Concepción".

[85] Art. 11, inc. c).

[86] En la nueva ley española se recepciona el mismo principio, ver, comentario art. 33, de Alejandro Huergo Lora, (deber de congruencia de las sentencias).

La jurisprudencia ha seguido tal criterio, pues se ha decidido que:

a) En el proceso contencioso administrativo debe aducirse y probarse la invalidez de todos los fundamentos de la decisión que por sí solos alcancen para darle sustento, pues la incolumnidad de uno de ellos impide anular lo resuelto, siendo necesaria en el caso la impugnación tanto del decreto que dispuso la baja cuanto del que rechazó el recurso de reconsideración, por integrar ambos el complejo cuya revisión constituye el objeto del juicio[87].

b) Un principio elemental de buena fe obliga a que la Administración tenga conocimiento cierto de los hechos que invoca el particular y la extensión del perjuicio que dice se le infiere con el acto, hecho o situación que lo afecta. De modificar la fundamentación fáctica o la extensión de sus pretensiones al demandar judicialmente, el particular quita a la Administración la posibilidad de decisión, sustrayéndole su competencia y asignándosela por propia y personal decisión al Tribunal judicial que de órgano revisor de actos se transformaría en decisor de cuestiones que debían ser planteadas en sede administrativa[88].

c) Tanto en vía de recurso como de reclamo el planteo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial[89], porque tratándose de la impugnación de actos administrativos un principio elemental de buena fe obliga a que la Administración tenga conocimiento cierto de los hechos que invoca el particular y la extensión del perjuicio que dice se le infiere con el acto, hecho o situación que le afecta[90].

d) A fin de impugnar judicialmente un acto administrativo, la recurrente debe someter a juzgamiento los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa y alegar y acreditar la invalidez de las razones que motivaron su emisión. Ello, en los justos términos del art. 30, 2º párrafo de la ley 19549[91].

e) La demanda judicial debe versar sobre los mismos hechos y derecho invocados al efectuar el reclamo o al impugnar el acto en sede administrativa, es decir, que son los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa los que deben ser sometidos a juzgamiento judicial[92].

El principio en estudio mereció acogida en el Proyecto de 1999, en el cual se previó en forma genérica la improcedencia de articular en sede judicial cuestiones no planteadas en sede administrativa, sin perjuicio de la posibilidad que brindaba de deducir cuestiones no planteadas y resueltas o planteadas y no resueltas (artículo 17).

6. Impugnación de actos de alcance general

6.1. Nociones preliminares

[87] CNCAF, Sala III, 16/12/1986, "Tarela".
[88] CNCAF, Sala IV, 24/08/1989, "Hemarsa SACIFI", LL 1990-A, 107, cit.
[89] CNCAF, Sala IV, 24/08/1989, "Hemarsa SACIFI." LL 1990-A, 107, cit.
[90] CNCAF, Sala IV, 24/08/1989, "Hemarsa SACIFI.", LL 1990-A, 107, cit.
[91] CNCAF, Sala IV, 23/07/1991, "Rey, Alfredo".
[92] CNCAF, Sala IV, 23/11/1995, "Industrias Mancini SACIA".

El art. 24[93] se refiere a la impugnación judicial de los denominados por la ley "actos administrativos de alcance general", los cuales engloban tanto a los actos de alcance general no normativos, como a los normativos o reglamentos[94].

6.2. El concepto de "acto de alcance general"

En este punto, remitimos a lo explicado antes en el capítulo VIII.

6.3. Modos de impugnación de los actos de alcance general

El artículo 24 establece dos modos o vías que conducen a habilitar la vía judicial de impugnación de actos de alcance general:

a) La directa (inc. a) y

b) la indirecta (inc. b).

La norma define, pues, dos hipótesis, según el acto de alcance general afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente los derechos subjetivos de un interesado (inc. a), o bien la autoridad de ejecución le haya dado aplicación mediante actos definitivos (inc. b)[95].

6.3.1. La vía directa (art. 24 inc. a).

El art. 24 inc. a) se refiere a la impugnación del acto de alcance general que afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente derechos subjetivos.

La disposición contempla la posibilidad de impugnar directamente, por medio del que se dio en llamar "reclamo impropio contra normas generales" (Linares), el acto de alcance general sea que éste requiera de actos particulares de aplicación y, en este supuesto, antes incluso de su dictado, sea que se trate de actos generales de directa aplicación o *autoaplicativos* que no necesitan para afectar derechos, de actos concretos de aplicación.

Mediante este reclamo, cuya decisión según dispone el artículo 73, primer párrafo "in fine" del Reglamento de Procedimientos es irrecurrible, y agota, por tanto, la instancia administrativa, se persigue que "la Administración no interfiera con el reglamento ilegítimo la esfera legal de los administrados, por haber ejercido la facultad reglamentaria ya sea en contra de disposiciones constitucionales, legales, de los principios generales del derecho o por ser arbitraria, desviada; en la mayoría de los

[93] Artículo 24: "El acto de alcance general será impugnable por vía judicial: a) Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el art. 10. b) Cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas."

[94] La doctrina de la PTN sobre el particular puede consultarse en el trabajo de Rodríguez Laulhé y Calógero.

[95] CNCAF, Sala I, 7/10/1986, "Banco Comercial del Norte", JA 1988 –II-129.

casos se tratará de los derechos subjetivos negativos: la obligación consistirá en un abstenerse" (Guidi).

Se trata del mecanismo común para la impugnación administrativa de actos de alcance general y opera como recaudo habilitante de la impugnación judicial[96]. Por ello, puede desestimarse una demanda por prematura, si no se interpone antes el reclamo impropio previsto en el art. 24 inc. a), en los casos en que éste sea procedente[97].

Si el acto general no es de los llamados de *directa aplicación* ("autoaplicativo") su empleo no es obligatorio, sin perjuicio, desde luego, de que el interesado pretenda impugnar directamente el acto de alcance general no autoaplicativo en sede judicial, en cuyo caso deberá agotar la vía administrativa mediante la interposición del reclamo impropio, de modo que el interesado puede no interponer el reclamo directo y, ello no obstante, deducir, después, el recurso administrativo pertinente contra los actos particulares de aplicación; es más: estos últimos se pueden recurrir incluso cuando se haya desestimado un reclamo directo contra el reglamento. Y a la inversa, la falta de impugnación de actos individuales que aplican un acto de alcance general tampoco debe impedir la impugnación de éste, sin perjuicio, por supuesto, en este último caso de los efectos propios de los actos firmes.

La necesidad de abrir posibilidades impugnatorias amplias respecto de actos con fuerza normativa y capaces, por tanto, de irradiar un espectro ilimitado de ilegalidades, justifica la idea expuesta en el párrafo anterior, la cual aparece recogida expresamente en los Proyectos de Código Contencioso Administrativo elaborados por la Comisión creada por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 1994 (artículo 13) y por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 1999 (artículo 14) y es también incorporada por el Código sancionado por la ley 12008, y modificatorias, para la provincia de Buenos Aires (artículo 14, inciso 1, apartado e).

En la jurisprudencia se ha resuelto, en coherencia con las ideas expuestas, que el empleo del reclamo no es una alternativa obligatoria para el interesado pues puede optar por no utilizarla y objetar la aplicación del acto cuando ésta se produzca, según lo prescripto en el inciso b)[98].

Se ha decidido también que la utilización de esta vía está sujeta a que se configuren los siguientes requisitos:

a) Que el interesado en impugnar el acto alegue y, en su caso, acredite que aquél lo afecta o puede afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos;

b) Que formule reclamo ante la autoridad que dictó el acto de alcance general; y

c) Que el resultado de ese reclamo fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el art. 10 (silencio o ambigüedad de la Administración)[99].

6.3.1.1. Requisitos para la impugnación directa de actos de alcance general

[96] CNCAF, Sala V, 25/10/1995, "Distribuidora de Gas del Centro SA".
[97] CNCAF, Sala IV, 17/02/1987, "Gruval SA." LL 1987-C, 177.
[98] CNCAF, Sala III, 15/05/1986, "Banco Comercial del Norte, SA", LL 1986-E, 307.
[99] CNCAF, Sala IV, 3/11/1992, "Abbot Laboratories Arg. SA y otros".

6.3.1.1.1 Afectación directa e inminente de "derechos subjetivos"

Sobre la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos ver lo dicho *supra.*

Recordamos, aquí, que, desde nuestra perspectiva, consideramos que se debe reconocer legitimación para impugnar directamente un acto de alcance general al administrado que pueda exigir una determinada conducta de la Administración de dar, hacer o no hacer, sea que la conducta administrativa exigible lo sea en situación de *exclusividad* o de *concurrencia*, esté regulada por normas de *acción* o de *relación* o, en fin, se entienda que resulte de normas tuitivas de garantías *sustanciales* o *instrumentales*. Determinado un *qué jurídicamente debido*, procede, entonces, su exigibilidad judicial.

Es por eso elogiable el criterio que exhibe el artículo 13 del Código Contencioso Administrativo sancionado para la provincia de Buenos Aires, antes citado, seguido, en su momento, por el artículo 5° del Proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional en 1999 y que obtuviera la media sanción del Senado de la Nación en ese mismo año. En ellos se otorga legitimación para deducir las pretensiones que contemplan, a toda persona que "invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico"[100].

6.3.1.1.1.1 El caso de las asociaciones representativas de intereses y el requisito de la existencia de un "derecho subjetivo"

La posibilidad de que una asociación civil sea parte legitimada en la instancia administrativa a condición de que el interés legítimo alegado no sea el particular de uno o más miembros de la corporación sino común a todos ellos y de que la entidad sea representada con arreglo a sus disposiciones estatutarias ha sido aceptada por la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación y de los autores[101]. Nos remitimos, en este punto, a lo dicho al tratar la legitimación de las asociaciones en el capítulo relativo a la impugnación en sede administrativa de la actividad administrativa.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de que las asociaciones impugnen actos de alcance general en sede judicial, la CSJN ha señalado que ella ha sido rodeada en el art. 24 inc. a) de la ley 19549 de especiales recaudos que no se satisfacen con invocar representación gremial, e, incluso, personal, pues dicha norma exige la presencia de "un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos".

Señaló el Alto Tribunal, en este sentido, que no cabía hacer lugar a la declaración de nulidad de varias resoluciones estatales impugnadas por la Asociación Argentina de Empresarios Mineros, ya que de acuerdo con el inc. b) del mencionado

[100] Igual temperamento resulta, aunque con otra redacción, del artículo 6° del Código en la materia de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.
[101] Dictámenes: 178:165, especialmente punto II.1.

artículo, "la aplicación mediante actos definitivos" que allí se menciona atañe directamente a los empresarios mineros y no a la entidad que los nuclea[102].

En esta materia es necesario tomar en cuenta que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, el nuevo artículo 43 consigna que podrán interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley y con arreglo a los requisitos y formas de organización que ésta determine.

La referida cláusula constitucional, ha dicho la Corte Suprema, reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados[103]; el Alto Tribunal consideró asimismo aplicable esa amplitud en la legitimación -en materia de protección de usuarios de servicios públicos- a la acción de inconstitucionalidad entablada por una Asociación de éstos por la vía del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en atención, indicó, a la analogía que existe entres ambas acciones[104].

Empero, de esa ampliación del espectro de legitimados –que estuvo limitado tradicionalmente a quienes fueran titulares de derechos subjetivos individuales- no se sigue, aclaró la Corte, la aptitud para demandar sin que exista cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción[105], pues no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de "causas" (artículo 116 de la Constitución Nacional), entendidas éstas como aquellas en las que se persigue *en concreto* la determinación del derecho debatido entre partes adversas[106]. La incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional, en nada enerva, agregó la Corte, la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a los efectos de viabilizar la acción de amparo[107].

La legitimación judicial de las asociaciones está, ahora, constitucionalizada expresamente respecto de las materias y la vía procesal prevista en la Constitución, con los alcances que surgen de la jurisprudencia comentada. Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de reconocer legitimación a las asociaciones para actuar judicialmente, por otra vía que no sea la del amparo (o las equiparadas a él por la jurisprudencia), en representación de los derechos subjetivos de los asociados o en defensa, en general, de derechos de incidencia colectiva, cuando estuvieren debidamente habilitadas para hacerlo.

---

[102] CSJN, 1979, "Asociación Argentina de Empresarios Mineros", Fallos: 301:603.

[103] CSJN, 7/05/1998, "Prodelco", Fallos: 321:1252, considerando 25, segundo párrafo; CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres", Fallos: 321:1352, considerando 7°.

[104] CSJN, 22/04/1997, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la Rep. Argentina", Fallos: 320:690 (también publicado en LL 1997-C, 322 y LL 1997-E, 85), fallo en el cual se expresó que entre los sujetos a los que el art. 43 de la Constitución Nacional otorga legitimación activa se encuentran las asociaciones que propendan a proteger el ambiente, al usuario, al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos de su organización. En el mismo sentido y con cita de esta sentencia, CNCAF, Sala IV, 17/10/1997, "Consumidores Libres-Coop. Ltda." JA 1998-I-189, y 9/03/1998, "ADECUA-Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina", LL 1998–F, 339.

[105] CSJN, 7/05/1998, "Prodelco", citada, considerando 25, último párrafo; CSJN, "Consumidores Libres", citada, considerando 8°, primer párrafo.

[106] CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres", citada, considerando 8), segundo párrafo.

[107] CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres, citada, considerando 9), primer párrafo.

6.3.1.1.1.2. El Defensor del Pueblo

Nos hemos ocupado del Densor del Pueblo, en general, en un capítulo anterior, a donde nos remitimos.

Con respecto a su legitimación procesal la jurisprudencia se ha expedido de la siguiente forma:

La CSJN, ha dicho:

a) El art. 16 de la ley 24284 dispone que el Poder Judicial queda exceptuado del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo[108].

b) Si el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, menos aún lo estaría para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto de actuaciones desarrolladas en el ámbito de dicho poder[109].

c) Al reconocer la Constitución Nacional en sus arts. 42 y 43, legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, dicha ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para interponer tal acción, no implica la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción[110].

d) La amenaza ilegal contra un derecho constitucional, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que lo ponga en peligro efectivo e inminente. Por consiguiente, el amparo deducido por la Asociación Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra el decreto 702/95, a la cual adhirió el Defensor del Pueblo en los términos del art. 90 inc. 2º del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, carece de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado -el cese de la intervención a un ente regulador de servicios privatizados- sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural. Tal deficiencia no se ve superada por la argumentación referente a la eventual amenaza de que tales derechos constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no han concretado la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión no definida[111].

e) La ley 24284 no sólo exceptúa expresamente al Poder Judicial del área en que el Defensor del Pueblo debe desempeñar sus funciones específicas, sino que dispone la suspensión de su intervención cuando se interpusiere, por parte interesada, recurso administrativo o judicial[112].

---

[108] CSJN, 12/09/1996, "Frías Molina, Nélida Nieves", Fallos: 319:1828.
[109] CSJN, 12/09/1996, "Frías Molina, Nélida Nieves", Fallos: 319:1828.
[110] CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres Coop. Ltda.", Fallos: 321:1352 y LL 1998-C, 602.
[111] CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres Coop. Ltda.", Fallos: 321:1352 y LL 1998-C, 602.
[112] CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres Coop. Ltda.", Fallos: 321:1352 y LL 1998-C, 602.

f) La ley 24284 excluye expresamente del ámbito de competencia del Defensor del Pueblo de la Nación al Poder Judicial (art. 16, párrafo segundo), y establece que si iniciada su actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, aquél debe suspender su intervención (art. 21)[113].

g) El Defensor del Pueblo no puede prevalerse de las facultades con que cuenta para ejercer su competencia, para alterar las exigencias constitucionales que habilitan la intervención de los tribunales de la Nación[114].

h) Admitir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo peticione sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurran los presupuestos básicos de la acción, ejerciendo, de ese modo, una función exorbitante y abusiva, consintiendo que actúe fuera del Estado de Derecho que a él mismo incumbe[115].

i) Si bien el art. 86 de la Constitución Nacional prescribe que el Defensor del Pueblo "tiene legitimación procesal", ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial[116].

j) Corresponde rechazar la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación para objetar la validez del decreto 1517/98 referido a la alícuota del impuesto al valor agregado correspondiente a los servicios de medicina prepaga, si la mayoría de las empresas que prestan dichos servicios y personas adheridas a tales sistemas han iniciado acciones judiciales con el mismo objeto[117].

k) No resulta atendible la invocación por parte del Defensor del Pueblo de la Nación de "los derechos de incidencia colectiva" y la "defensa de los usuarios" cuando las personas y empresas que se han considerado afectadas en sus derechos subjetivos por el decreto 1517/98, tuvieron la oportunidad de acudir al Poder Judicial en procura de su adecuada tutela[118].

No obstante la reseña anterior, en su actual integración, cuatro miembros[119] del Alto Tribunal en un fallo reciente[120] se pronunciaron -*in obiter dictum*- a favor de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación en un caso en que éste había promovido una demanda ordinaria contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas. Con referencia a la regulación constitucional del Defensor del Pueblo, luego de afirmar que los debates constituyentes dan cuenta de la necesidad de que se sancionara una norma que otorgara al Defensor del Pueblo una legitimación procesal amplia para la defensa de derechos e intereses ante la administración de justicia, los jueces opinaron que la literalidad del artículo 86 no admite interpretaciones

[113] CSJN, 21/12/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional", Fallos 323:4098.
[114] CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres Coop. Ltda.", Fallos: 321:1352 y LL 1998-C, 602.
[115] CSJN, 7/05/1998, "Consumidores Libres Coop. Ltda.", Fallos: 321:1352 y LL 1998-C, 602.
[116] CSJN, 21/12/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación", cit.
[117] CSJN, 21/12/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación", cit.
[118] CSJN, 21/12/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación", cit.
[119] Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Enrique Santiago Petracchi, Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti.
[120] CSJN, 24/05/2005, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N.- PEN - M°.E. - Dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento", publicado en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/10/2005.

restrictivas de la legitimación procesal que le ha sido conferida y que, asimismo, el artículo 43 de la Constitución consagra la legitimación específica del Defensor del Pueblo para accionar por la vía rápida del amparo y ello no obsta a la admisión de su legitimación para presentar demandas que tramiten por la vía ordinaria u otros medios procesales.

Por su parte la CNCAF ha dicho:

a) El criterio según el cual la posibilidad de impugnar en sede judicial una decisión administrativa se encuentra circunscripta a las hipótesis en las cuales un acto administrativo ilegal produce un perjuicio efectivo, no fue modificado por la reforma constitucional. En efecto, el art. 43 sólo apodera a promover la acción prevista en su primer párrafo a sujetos distintos del afectado directo, esto es, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a la tutela de los derechos de incidencia colectiva en general[121].

b) El Defensor del Pueblo posee legitimación activa para intervenir en causas donde se cuestiona -como en el caso- la presunta actuación irregular del Poder Ejecutivo nacional que, mediante el dictado de un decreto (375/97) habría fijado el marco regulatorio de un servicio público, excediendo así la esfera de su competencia e invadiendo la que constitucionalmente le ha sido asignada a otro poder del Estado. Ello así, pues a través del art. 86 de la Constitución Nacional actúa como controlador de las funciones administrativas públicas[122].

c) El Defensor del Pueblo posee legitimación activa, conforme a lo previsto por los art. 43 y 86 de la Constitución Nacional, para intervenir en el proceso iniciado mediante una acción de amparo -en el caso, con el objeto de que el Estado no prorrogue el período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional sin la previa realización de una audiencia pública-, pues su participación tiende a defender el derecho de los usuarios y consumidores de participar en el control de los servicios públicos, lo cual se vería afectado por una ilegítima omisión de la Administración[123].

d) Vulnera el derecho al debido proceso la circunstancia de que la prestataria de un servicio público no pueda tomar vista de las actuaciones seguidas por el Defensor del Pueblo, una vez efectuado su pronunciamiento. No obsta a ello que las decisiones adoptadas por dicho órgano de control no hagan cosa juzgada o no constituyan resoluciones administrativas o sentencias[124].

En síntesis, podemos destacar que mientras la CNCAF le reconoce una más amplia legitimación, la tendencia jurisprudencial de la Corte, en una composición que, en la actualidad, está renovada, es restringirla.

6.3.1.1.2 Certeza e inminencia de la aplicación

[121] CNCAF, Sala I, 20/10/1995, "Consumidores Libres Coop. Ltda.", LL 1995-E, 470, con nota de Juan Carlos Cassagne.
[122] CNCAF, Sala II, 26/08/ 1997, "Nieva, Alejandro y otros", LL 1998-B, 546.
[123] CNCAF, Sala IV, 23/06/1998. "Youssefian, Martín", LL 1998-D, 712.
[124] CNCAF, sala IV, 15/11/1995, "Edesur S. A. c. Defensor del Pueblo de la Nación", LL 1996-D, 76.

El agravio que sufra quien interponga un reclamo administrativo "impropio" debe ser "actual" (esto es, "que el acto afecte", en presente) o "potencial" (que el acto "pueda afectar", en futuro), en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos (Pearson).

La "certeza" de la afectación consiste en que pueda determinarse con precisión, esto es, de modo claro e inequívoco, la relación causal entre el acto impugnado y la lesión ocasionada al derecho; la "inminencia" comprende no sólo la producción de un perjuicio actual, sino, también, el que se causará en un futuro previsiblemente cercano que parece inevitable (Tawil).

También se ha interpretado a la "certeza", vinculándola con la comprobación de la lesión actual o potencial del derecho y a la "inminencia" con el plazo inicial de vigencia de las normas generales impugnadas, todo lo cual debe ser materia de apreciación judicial, ya que puede haber "una aplicación inminente de un reglamento que cause o provoque una lesión potencial" (Cassagne).

Es evidente que la certeza e inminencia del agravio son exigencias que deben existir y alegarse al tiempo de interponerse el reclamo administrativo, previsto en los arts. 24 inc a) de la ley y 83 del Reglamento, ya que se trata de un recaudo que hace a su procedencia formal[125].

6.3.1.1.3 Ante quién se interpone y quién resuelve el reclamo

El reclamo se interpone y es resuelto por el mismo órgano que dictó el acto de alcance general, lo cual, se ha dicho, se explica porque aquél se efectúa antes de que se produzca su aplicación por la autoridad encargada de ello (Pearson), aunque el argumento no sea idóneo, sin embargo, para justificar debidamente la solución respecto de los reglamentos de directa aplicación.

El artículo 73, primer párrafo "in fine" del Reglamento de Procedimientos Administrativos asigna a la decisión recaída en el reclamo la calidad de irrecurrible[126].

Esta autolimitación del Poder Ejecutivo no excluye, sin embargo, que, en razón de las circunstancias del caso y si lo estimare conveniente, el Poder Ejecutivo, en su carácter de titular de la función administrativa, se avoque al conocimiento de la cuestión y la resuelva en definitiva[127], o lo haga la autoridad superior a aquélla que dictó el acto de alcance general (Rejtman Farah) en ejercicio de los poderes inherentes a la jerarquía.

6.3.1.1.4 Plazo para interponer el reclamo

[125] Confr. Dictámenes: 127:563.
[126] La Procuración del Tesoro de la Nación expresó, en este sentido, en un dictamen reciente (2004), que la decisión que resuelve un reclamo impropio no puede ser recurrida mediante la reconsideración prevista en el art. 100 (Dictámenes 251:153).
[127] Dictámenes: 192:28.

La ley no lo establece[128]. En un precedente jurisprudencial, se determinó que uno de sus aspectos es que no está sometido a plazo alguno[129], siendo el acto que lo decide irrecurrible, y habilitante de la instancia judicial[130].

Por su parte, la PTN ha sostenido que no hay fundamento para aplicar la doctrina que, desde un punto de vista genérico, entiende que no existe término para la impugnación directa -por una u otra vía, según el caso- de los actos administrativos de alcance general; máxime teniendo en cuenta que aun en ausencia de un plazo específico, rige el común de 10 días contemplado en el art. 1 inc. e), apartado 4° de la ley 19549, el que debe computarse de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del mismo inciso[131].

En otros casos, sin embargo, el organismo asesor señaló que no existe plazo para interponer el reclamo del art. 24, inc. a), ya que el ordenamiento de la LNPA no lo prevé expresamente[132].

No obstante, advirtió que en una circunstancia especial en la que no cabía duda alguna a partir de la publicación de ciertos actos de alcance general, sobre los efectos inmediatos y transitorios que aquéllos habrían de producir respecto de quien los cuestionara meses después de que se consumaran tales efectos, no procedía invocar la doctrina de que no existe plazo para su impugnación directa[133].

En la doctrina, Hutchinson entiende que el plazo aplicable para la interposición y resolución del reclamo es el de 10 días previsto con carácter general en el art. 1º, inc. e, apartado 4 de la LNPA. Pearson sostiene que el tiempo para formular el reclamo lo dan las propias circunstancias que hacen a su procedencia: un primer momento es el del agravio potencial que finaliza cuando se hace actual; el de éste a su vez termina cuando se concreta la aplicación de la norma y, producidos esos momentos, no hay plazo para la interposición del reclamo.

Pensamos que al carecer de un plazo de interposición fijado expresamente, no es posible someterlo a lapso alguno –salvo el de la prescripción en el esquema de la ley- porque hacerlo sería contradecir el principio vigente en nuestro Estado de Derecho que veda la extensión interpretativa o "analogía" en materia de plazos para acudir a la Justicia (Linares). No se nos escapa que en el caso se trataría de un plazo para el reclamo en sede administrativa; empero siendo ese reclamo un requisito necesario para acudir a la Justicia la situación debe regularse por aquel principio (Linares).

6.3.1.1.5 Suspensión del acto de alcance general mientras tramita el reclamo

Se plantea si es conveniente que la Administración disponga la suspensión de la aplicación del acto impugnado, en sede administrativa, mientras tramita y se resuelve el reclamo. Hutchinson sostiene la opinión positiva, al igual que Guidi, en los casos de reglamentos ilegales, que carecen de presunción de legitimidad.

---

[128] Dictámenes: 192:28.
[129] CNCAF, Sala IV, 5/08/1997, "Martínez, Sara"; 17/10/1997, "Villano, José L."
[130] CNCAF, Sala V, 25/10/1995, "Distribuidora de Gas del Centro SA".
[131] Dictámenes: 190:99.
[132] Dictámenes: 191:105.
[133] Dictámenes 188:85.

No existen motivos para excluir la aplicación a los actos de alcance general, del criterio de suspensión que prevé el artículo 12 de la ley, el cual implica que, cuando se configuran las causales en él previstas, torne obligatoria para la Administración la suspensión del acto.

Ésta, de disponerse, no afectaría el principio de la inderogabilidad singular del reglamento (o, según nuestra formulación –ver *supra*-, del "principio de inderogabilidad no normativa de los reglamentos") porque si la suspensión responde a una ilegitimidad vinculada, exclusivamente, con la situación particular del reclamante, no parece razonable derivar de aquel principio la prohibición de la inaplicación del reglamento –o de alguna de sus disposiciones- cuando ella se sustente en una ilegitimidad fundadamente invocada.

Y si se trata de una ilegalidad más amplia, idónea para comprender en su ámbito varias situaciones, la suspensión deberá adquirir carácter general y publicarse por los medios pertinentes.

Sobre la facultad suspensoria y revocatoria de la administración, remitimos *supra.*

6.3.1.1.6 Plazo para resolver el reclamo en forma expresa

Se ha entendido tanto que es aplicable el plazo previsto en el art. 10[134] de la ley (Pearson), como el establecido en el art. 1º inciso e, punto 4[135] de la misma norma.

Habida cuenta que la decisión del reclamo no es, técnicamente, un mero trámite del procedimiento, sino un acto definitivo en el sentido que antes dimos de este concepto, consideramos que no es posible aplicar para la resolución de aquél el plazo contemplado por el artículo 1°, inciso e, acápite 4 de la ley, motivo por el cual entendemos que no existe otra alternativa que remitir la situación al plazo de sesenta días previsto en el artículo 10.

La justicia y conveniencia de la solución es discutible de *lege ferenda* y, además, incoherente con la prevista en el reglamento para la resolución de los recursos; por ello sería conveniente que por medio de un decreto el Poder Ejecutivo se autolimitara y fijara, para decidir este reclamo, un plazo igual al establecido para aquéllos.

6.3.1.1.7 Silencio de la Administración (art. 10 de la LNPA).

[134] El artículo 10 de la LNPÄ dispone: "El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren 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."

[135] Por su parte, el artículo 1°, inciso e, apartado 4, establece: "Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: … e) En cuanto a los plazos: … 4) Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquél será de diez (10) días."

Si la autoridad administrativa no resolviera el reclamo dentro del plazo antes indicado, la producción de la denegatoria tácita queda sujeta al pronto despacho exigido por el citado artículo 10 de la ley, aunque nada impediría que el Poder Ejecutivo, por vía reglamentaria, estableciera un sistema de denegatoria tácita automática, a opción del reclamante, como sucede con los recursos respecto de los recurrentes[136].

6.3.1.2. Otras cuestiones relacionadas con el reclamo administrativo impropio

6.3.1.2.1 Casos en que la interposición del reclamo no es obligatoria (aplicación extensiva del art. 32 inc. e de la LNPA al reclamo impropio).

La jurisprudencia ha decidido que la exigencia del reclamo previo previsto en el art. 24 inc. a) contra ciertas normas reglamentarias, constituiría un ritualismo inútil en el caso de que la conducta desplegada por el Estado al contestar la demanda y en gran cantidad de causas que tramitaron por ante el fuero por el mismo objeto que el examinado, demostrara su postura irreductible en cuanto a la constitucionalidad de los decretos impugnados y al consecuente rechazo de las pretensiones de los actores, razón por la cual, exigir a éstos la interposición de un reclamo administrativo previo en los términos del art. 24 inc. a) de la ley impugnando los referidos decretos, implicaría un inconducente y excesivo rigor formal, frustratorio de la garantía de la defensa en juicio (argumento del art. 32 inc. e, de la ley, texto anterior a la reforma por la ley 25344, aplicado por analogía)[137].

En el mismo sentido, se ha decidido que resulta un ritualismo inútil el exigir a los administrados que sigan de manera ineludible y en extremo rigurosa en el orden formal, el procedimiento reglado por el art. 24, sobre todo si se considera que la cuestión no puede ser dirimida en sede administrativa ya que es el Poder Judicial el único habilitado para pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas[138], y que la interposición de un reclamo impropio no es imprescindible cuando ello importe un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de la defensa en juicio garantizada en el art. 18 de la CN. (conf. arg. art. 32 inc. e)[139].

6.3.1.2.2 Inaplicabilidad del régimen impugnatorio de la LNPA a los reglamentos de necesidad y urgencia. El caso de los Reglamentos delegados.

Si bien los reglamentos están sometidos al control administrativo y judicial, y pueden ser impugnados en ambas sedes (Guidi), la PTN ha entendido que no es aplicable -al menos, en forma directa- el régimen de la Ley y su reglamentación a la

[136] Hutchinson y Cassagne han criticado lo lento y engorroso del sistema.
[137] CNCAF, Sala IV, 18/07/1995, "Díaz, Ramona".
[138] CNCAF, Sala II, 12/09/1996, "Cidecon Internacional SA y Clarewood SA".
[139] CNCAF, Sala IV, 10/12/1996, "Caplan, Ariel"; 17/10/1997, "Consumidores Libres", JA 1998-I-189.

impugnación de reglamentos de necesidad y urgencia, por entender que se trata de procesos institucionales o políticos, y no administrativos[140].

En el mismo sentido, la CNCAF ha dicho que la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia es una atribución excepcional de que goza el Poder Ejecutivo que obliga a seguir un procedimiento distinto, previsto en el cuarto párrafo del inc. 3° del art. 99 de la Ley Fundamental, que no se compadece, *stricto sensu*, con el de impugnación de actos administrativos de la ley 19549. Por ello, deviene lógico concluir en que los recaudos de impugnación establecidos en aquélla (art. 24) no pueden ser aplicados a los actos emanados de la atribución constitucional *sub examine*[141].

Asimismo, el citado Tribunal ha resuelto que estos reglamentos no están sujetos a los requisitos de habilitación de la instancia judicial previstos para los actos administrativos de alcance general en los arts. 24 y 25 de la ley. El modo en que han sido regulados aquellos decretos –de excepción- en la norma introducida por la Convención Constituyente de 1994 excluye la exigencia de un tratamiento de la cuestión en sede administrativa como paso previo a su impugnación judicial y, consiguientemente, la sujeción del ejercicio de la acción al plazo de caducidad fijado en el art. 25[142].

A nuestro modo de ver, los reglamentos de necesidad y urgencia son susceptibles de impugnación por la vía del reclamo impropio mientras no hayan sido ratificados expresamente por ley formal, porque, más allá de la *fuerza de ley* que les resulta inherente, en tanto ésta no se sancione nada impide que el Poder Ejecutivo los derogue, de oficio o a pedido de parte, mediante el dictado de otro reglamento del mismo nivel jerárquico normativo.

Igual conclusión corresponde sentar, asimismo, en relación con los reglamentos delegados, cuya vigencia, en ausencia de ley expresamente ratificatoria, se mantiene mientras el Poder Ejecutivo no decida, de oficio o a pedido de parte, derogarlos.

6.3.1.3. Actos de alcance general autoaplicativos

Debe admitirse también la impugnación directa de los actos de alcance general que hubieren de ser cumplidos por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual.

Estas normas, dadas en llamar por la doctrina como "disposiciones auto-aplicativas", o "reglamentos de directa aplicación", ya que se ejecutan por sí mismas, deben ser reclamadas obligatoriamente en forma directa en tanto no suponen necesariamente acto expreso de aplicación.

---

[140] Dictámenes: 177:76. Recientemente ha confirmado lo expresado en el texto, en el sentido de que es improcedente impugnar en sede administrativa por vía de recursos y reclamos normas de decretos de necesidad y urgencia en razón de la sustancia legislativa que ellas revisten (Dictámenes 232:250; 232:252); el sistema de recursos y reclamos previsto para los procedimientos administrativos no puede ser utilizado para atacar actos de naturaleza legislativa, como son las leyes dictadas por el Congreso y los reglamentos de necesidad y urgencia (Dictámenes: 236:138); los decretos de necesidad y urgencia son formalmente actos administrativos, pero de sustancia legislativa; y por ello, el examen de su contenido debe ceñirse exclusivamente a los aspectos vinculados a su legalidad (Dictámenes 237:341).

[141] CNCAF, Sala IV, 4/05/2000, "Luaces, Roberto".

[142] CNCAF, Sala IV, 9/02/2000, "Fernández, Horacio E.".

6.3.1.4. Vías para la impugnación directa (reclamo, recurso ¿o ambos?).

En la doctrina, antes de las reformas introducidas al procedimiento administrativo por el Decreto 1883/91[143], un sector de la doctrina sostuvo la procedencia de impugnar de modo directo, por vía de recurso, los actos de alcance general (Fiorini-Gordillo-Guidi).

Otra corriente doctrinaria entendió, por el contrario, que el instrumento idóneo para impugnar actos de alcance general era la vía de reclamo contemplada en el artículo 24, inciso a, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, reglamentada, en ese aspecto, por el artículo 83 del Reglamento de Procedimientos Administrativos (Barra-Cassagne-Grecco-Hutchinson-Linares-Pearson).

La PTN, por su parte, admitió la viabilidad impugnativa directa tanto por vía de recurso como de reclamo[144]. Ya después de la reforma, la PTN abandona esa postura y sienta el criterio de que los reglamentos sólo son impugnables, directamente, por vía de reclamo[145].

También de la jurisprudencia judicial se desprende, que el mecanismo común para la impugnación administrativa de actos de alcance general es el reclamo impropio, ya que es a tal naturaleza de remedio a la que aluden los artículos 24, inc. a), y 83 de la reglamentación de la ley y no al recurso y, por ello, no existe plazo alguno ni para la interposición ni para la resolución[146].

En doctrina se ha sostenido que después de la reforma del año 1991 quedó claro que los actos generales no se pueden impugnar por la vía del recurso (Halperín).

Desde nuestro punto de vista, la reforma introducida al artículo 73 del Reglamento por el Decreto 1883/91 no aclara suficientemente la cuestión[147].

La inclusión, en efecto, del último párrafo para dejar a salvo la impugnación por reclamo, puede significar que, a la mención ya prevista de la impugnación indirecta del reglamento, mediante recursos contra sus actos particulares de aplicación, se suma, ahora, la mención, también expresa, de la impugnación directa de aquél a través del reclamo, antes sólo enunciada en la ley.

Empero, también puede implicar un contenido aclaratorio en el sentido de que la impugnación directa, por recurso, de los actos generales de *directa aplicación* –uno de los supuestos contemplados en la cláusula, según nuestra interpretación- no excluye, es decir, es "sin perjuicio" de la impugnación directa por reclamo que contra ellos habilita le ley.

La cuestión es, por cierto, opinable.

---

[143] Decreto que aprobó el texto ordenado de la reglamentación de la LNPA, del 17/09/1991, BO 24/09/1991.

[144] Dictámenes: 188:85 (comentado por Beltrán Gambier), asimismo en Dictámenes: 191:105 y 195:77.

[145] Dictámenes: 210 (I parte):137.

[146] CNCAF, Sala V, 25/10/1995, "Distribuidora de Gas del Norte SA".

[147] El artículo 73 en su actual redacción dice así: "Los actos administrativos de alcance individual, así como también los de alcance general, a los que la autoridad hubiere dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente título, ello sin perjuicio de lo normado en el artículo 24 inc. a) de la ley de procedimientos administrativos, siendo el acto que resuelve tal reclamo irrecurrible. *Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público*". La parte en cursiva fue agregada por la reforma de 1991.

En el plexo normativo integrado por la LNPA y el Reglamento no existe correlación conceptual exclusiva entre *impugnación directa* de actos de alcance general y *reclamo*, la cual, de darse, obstaría al empleo de la vía recursiva para deducir aquella clase de impugnación y circunscribiría, por consiguiente, los recursos al ámbito de la impugnación *indirecta* de los reglamentos[148].

El artículo 24, inciso a), de la ley se refiere, sí, al reclamo, pero el artículo 73 del Reglamento establece, a su vez, en lo pertinente, que los actos administrativos de alcance general a los que la *autoridad hubiera dado o comenzado dar aplicación* podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos.

La locución "...a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación", no se refiere, únicamente, a los actos individuales de aplicación, salvo que se entienda que el reglamento omite considerar la existencia de los reglamentos de directa aplicación, suposición, ésta, inaceptable desde la sana teoría hermenéutica[149]. Por ende, cuando la norma contempla, genéricamente, la aplicación o comienzo de aplicación del reglamento para constituir a esa circunstancia en elemento habilitante de su impugnación recursiva, comprende, en ella, no sólo a la aplicación que deviene del acto particular, sino también a la que resulta de los reglamentos "autoaplicativos".

Hay, en efecto, como ya antes indicamos, actos de alcance general que no necesitan de actos particulares de aplicación para producir efectos directos en la esfera de sus destinatarios, situación que se presenta, no sin cierta frecuencia, en el ámbito interno de la Administración (v.gr. reglamento que fija las condiciones para acceder a un sistema de retiros).

Estos actos adquieren, pues, aplicación desde su misma entrada en vigencia y no advertimos cuál podría ser la razón para privar a quienes resulten alcanzados por ellos de la posibilidad de impugnarlos, directamente, por vía de recurso, cuando, precisamente, sus efectos no dependen de su aplicación a partir de un acto de alcance particular.

Cabe preguntar: si un agente estatal pertenece a una categoría de funcionarios a la que, por medio de un reglamento, se le fija cierto plazo para acogerse a una licencia o a una franquicia, o bien a un sistema de retiro voluntario ¿por qué no podrá optar por impugnar el acto que lo agravia directamente, por medio de un recurso administrativo? El perjuicio, para consumarse, ¿necesita de un acto de aplicación o se genera, directamente, por la sola sanción y entrada en vigencia de reglamento?

No es dudoso que, en los ejemplos enunciados, transcurrido el plazo, el acto causante del agravio operó sin necesidad de su aplicación indirecta a través de un acto. Entonces ¿por qué no podrá ser impugnado, directamente, por recurso?

---

[148] Cabe puntualizar, incluso, que antes de las reformas introducidas por la ley 25344 al artículo 30 de la ley de procedimientos dicha disposición contemplaba la utilización de la vía reclamatoria –y no recursiva- con referencia a cuestiones tratadas u omitidas en un acto administrativo.

[149] El error del legislador no se presume, la Corte ha decidido que la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen, de modo que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones para adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con igual valor y efecto (CSJN, 1864, "Criminal c/ Calvete, Benjamín", Fallos: 1:297; CSJN, 21/10/1970, "Ramos, Raúl", Fallos: 278:62, esp. cons. 9º; CSJN, 15/03/1977, "Fernández de Gonzalez", Fallos: 297:142, esp. cons, 4º; CSJN, 10/10/1978, "Vaz de Merzario", Fallos: 300:1080, esp. cons. 4º; CSJN, 05/06/1979, "Amisano, Adelina", Fallos: 301:460, esp. cons. 9º; CSJN, 26/06/1984, "Widman, Juan", Fallos: 306:721, esp. .cons. 3º).

Tampoco creemos que en el sistema de la Ley y el Reglamento, la vía de los recursos importe, ineludiblemente, la necesidad de agotar la instancia administrativa, lo cual estaría en contradicción con la irrecurribilidad que el artículo 73 del Reglamento fija para la decisión del reclamo.

En la economía de las normas citadas aquéllos no siempre implican el agotamiento de la instancia (en contra: García Pullés); y desde otro ángulo éste también se puede cumplir a través del reclamo. Adviértase que la reconsideración contra el acto definitivo de un ente autárquico no lleva implícita la alzada (art. 88, primer párrafo del Reglamento) y, además, que el propio empleo de la alzada es optativo para el administrado (art. 94 de la misma norma). Por lo demás ¿no es el reclamo previo previsto en el artículo 24, inciso a), de la ley un modo de agotar la vía administrativa? Recurso y agotamiento no son, pues, el anverso y reverso de la misma moneda. Puede, entonces, haber recurso administrativo sin agotamiento y agotamiento sin recurso.

Abrir la alternativa de impugnación directa por reclamo o recurso no importa, por lo demás, diferir a la discrecionalidad de la autoridad administrativa la elección de la vía más favorable o perjudicial al administrado (según se califique su presentación como reclamo –no exigente del agotamiento- o recurso -sí requerido de él-).

La opción es, en todo caso, del particular que puede valorar las conveniencias de uno u otro sistema. Si acude al reclamo tendrá la ventaja de poder hacerlo sin plazo, pero deberá soportar la incertidumbre del plazo aplicable a su resolución y, además, sólo podrá generar la denegatoria tácita mediante la interposición del pronto despacho. Si, en cambio, emplea el recurso deberá respetar el plazo correspondiente a su interposición, pero tendrá asegurado un tiempo preciso para su resolución y la posibilidad de considerar configurado el silencio sin necesidad del pronto despacho.

Por las razones expuestas, nos inclinamos a pensar que si se trata de los reglamentos dados en llamar de *directa aplicación*, es decir de aquellos que afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados, sin que necesiten, por ende, a tal efecto, de acto particular de aplicación, ellos se pueden impugnar, directamente, y a opción del administrado, tanto por la vía de los recursos como del reclamo.

6.3.2. La vía indirecta (art. 24 inc. b)

En el caso de impugnación judicial de actos de alcance general cuya aplicación no ha sido precedida de actos administrativos de alcance particular cuestionados recursivamente por el demandante, se requiere por regla -salvo supuestos de excepción- que la instancia judicial sea preparada mediante el reclamo previsto por el art. 24 inc. a) de la ley[150]; alternativa ésta a la que se suma, como antes dijimos, la impugnación recursiva directa, cuando se trate de reglamentos autoaplicativos.

En cambio, cuando se los pretende impugnar por medio del ataque a sus actos particulares de aplicación, se utiliza la segunda vía -indirecta-, prevista en el inc. b del artículo 24, cuando:

a) La autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y

[150] Confr. CNCAF, Sala III, 20/08/1987, "Brunicardi" y 15/11/1988, "Lores"; y Sala IV, 12/06/1986, "Ciunfrini", cit.

b) Contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas[151]. Dicho agotamiento se produce -tal como se señaló al comentar el art. 23- por medio de la vía recursiva, que es la que cabe emplear en el caso.

Pearson ha señalado que los recursos contra los actos administrativos particulares constituyen un requisito a cumplir antes de iniciar la acción procesal, y en dichos actos quedan comprendidos los que son aplicación de actos generales, pues la impugnación de éstos, por vía de recursos, se efectúa de esa manera indirecta.

Cabe recordar, finalmente que la falta de impugnación directa del reglamento o su desestimación no impiden la impugnación de los actos de aplicación individual; y que a la inversa aun cuando el particular haya consentido actos de aplicación del reglamento, ello no le impedirá impugnarlo directamente en cualquier tiempo.

6.4. Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento

En doctrina se plantea un debate acerca de cuáles son los efectos de la sentencia que hace lugar a la impugnación de un reglamento.

La cuestión -como señala Mairal- es determinar "si la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento por considerarlo ilegítimo *per se*, hace cosa juzgada para la Administración respecto de quienes no fueron parte en el juicio y, por ende, puede ser invocada por, o contra, éstos en ulteriores litigios; sin que quepa a la Administración o a dichos terceros relitigar el punto, ni al tribunal apartarse de lo decidido por la sentencia anterior".

Bosch, Cassagne, Hutchinson, Grecco y Rejtman Farah participan de la opinión de que el alcance de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento debe ser *erga omnes*.

En cambio, Mairal y Tawil sostienen que se trata de una posibilidad ajena a nuestro sistema constitucional. Mairal entiende, en este sentido, que la tesis del efecto relativo de la sentencia estimatoria parte de la restricción a la causa o controversia establecida por la Constitución para el ejercicio de la función judicial y que rige tanto para las condiciones de acceso al tribunal como para las de egreso de él. No existe distinción, al respecto, se use una u otra vía de las previstas en el art. 24. En cambio, respecto del actor, su situación jurídica se habrá modificado por virtud de la sentencia estimatoria, al remover una obligación o prohibición que sobre él pesaba como efecto del reglamento descalificado.

Esta última idea es la adoptada por la mayor parte de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia nacional.

García Pullés ha sostenido, en un enjundioso estudio, que limitar los efectos de la sentencia que declara la nulidad de una disposición reglamentaria a las partes del proceso, cuando la ilegitimidad no deriva de su aplicación al caso, sino que es "inherente" o "per se", implica autorizar a la Administración, por vía indirecta, a la trasgresión del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Y sostiene, asimismo, que el reconocimiento de la existencia de derechos de incidencia colectiva y de acciones para reclamar su protección jurisdiccional, contenido en la reforma de la

[151] CNCAF, Sala IV, 12/06/1986, "Ciunfrini".

Constitución Nacional, importa la admisión del dictado de sentencias que trasciendan en sus efectos el límite subjetivo clásico de la relación procesal.

Por nuestra parte, nos inclinamos a compartir el criterio de quienes atribuyen efectos *erga omnes* a la sentencia anulatoria del reglamento, por las mismas razones por las cuales corresponde imputar igual consecuencia al pronunciamiento jurisdiccional que declara la inconstitucionalidad de una ley, pues como bien ha puntualizado Bosch aquél es, en realidad, un problema análogo al que se plantea respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (Bosch).

De ahí, entonces, que la cuestión a preguntar es: ¿se compromete el principio de separación de los poderes cuando se admiten los efectos absolutos de una providencia jurisdiccional que declara inconstitucional una ley o anula un acto administrativo de alcance general? ¿Importa esa admisión que el Poder Judicial se sobreponga a aquéllos de donde provienen los actos anulados?

La respuesta mayoritaria y tradicional en el ámbito del derecho constitucional es positiva, de modo que, en esa línea de pensamiento, los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad no pueden exceder el alcance de la causa en la cual se dicta (Bianchi).

Sin embargo, como ha enseñado Bosch, aceptar que el Poder Judicial pueda desconocer la eficacia de leyes y decretos en un caso concreto equivale a aceptar que puede volver a hacerlo en todos los litigios sometidos a su consideración, con lo cual, en la práctica, no existe diferencia en admitir que el Poder Judicial "realice por un solo acto lo que se le exige que haga repetidamente en todas las oportunidades análogas" (Bosch).

Al decir de Bidart Campos, la naturaleza o esencia del control no se altera por el efecto *inter partes* o *erga omnes* que se asigne a la sentencia de inconstitucionalidad. Es de igual naturaleza el control que descalifica para "una vez" y el que descalifica para "todas las veces" y para siempre; por eso el principio de división de poderes no se conculca con el efecto derogatorio de la sentencia, sino, al contrario, se lo afirma con el fin de sostener la razón que lo motiva: la vigencia de la Constitución.

Por lo mismo, pensamos que el principio de separación de poderes no obsta a los efectos *erga omnes* de la sentencia anulatoria del acto de alcance general o de alguna de sus disposiciones, porque si así fuera él debería gravitar en contra, incluso, de la propia posibilidad anulatoria en sí misma, aun de la limitada al caso, en tanto esta última, reiterada en el tiempo respecto de otras situaciones, viene, en definitiva, a significar la privación de efectos del acto general en relación con todos los casos por él abarcados y, con ello, la derogación, de hecho, del acto enjuiciado.

Lo expuesto no implica considerar que el acto administrativo de alcance general traduce el ejercicio de función legislativa, porque, como dijimos en su momento, él resulta del ejercicio de la función administrativa (*supra,* Capítulo I*);* sólo importa afirmar que, en nuestro sistema jurídico constitucional, la extensión *erga omnes* de los efectos invalidantes de los pronunciamientos jurisdiccionales referidos a actos de los otros poderes del Estado, se aplica, por igual, a tales actos (leyes o actos de alcance general) más allá de la función en cuyo ámbito éstos se generen. Y ello con independencia del carácter de parte que haya podido tener el Estado en el proceso.

Desde otra perspectiva, cabe aclarar que el efecto *erga omnes* de la sentencia anulatoria no deriva del principio *de inderogabilidad singular del reglamento*, porque él supone la inaplicación ilegal o discriminatoria, en un caso concreto, de un reglamento

válido; de modo que aun circunscrito el efecto anulatorio al caso concreto juzgado aquel principio no resultaría comprometido.

Los efectos *erga omnes* de la anulación judicial del acto de alcance general sólo los admitimos, por lo demás, como han propiciado Bidart Campos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley y Cassagne para la anulación de los actos administrativos de alcance general, cuando la sentencia emane de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, opinión, ésta, que parece resultar del criterio sentado por el Alto Tribunal en la causa "Monges"[152]. Y estimamos que ese efecto podría, incluso, ser reconocido cuando mediaran pronunciamientos reiterados, provenientes de instancias inferiores, declarativo de la ilegitimidad del acto de alcance general.

En lo que se refiere, finalmente, a los derechos de incidencia colectiva, cabe consignar que su incorporación expresa a la protección constitucional, debe generar, como señala García Pullés, la correlativa posibilidad de admitir sentencias que superen la limitación subjetiva del proceso clásico.

El proyecto de Código Contencioso Administrativo del año 1999 elaborado por el Poder Ejecutivo contemplaba, en su artículo 17, que la declaración de nulidad o inconstitucionalidad de un acto de alcance general podría emitirse a petición de parte en una causa judicial concreta, de la misma manera y con los mismos efectos con que se decide la inconstitucionalidad de las leyes, excepto cuando ella fuera requerida por el Ministerio Público, en cuyo caso le otorgaba efectos *erga omnes*.

El fundamento de esta última excepción se derivó de la función propia del Ministerio Público de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, asignada a ese órgano *extrapoder* por la Constitución Nacional. Este aspecto de la disposición fue, sin embargo, eliminada en el proyecto aprobado por el Senado.

7. Plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación judicial (por vía de acción o de recurso)

7.1. Los plazos de caducidad en la ley 19549. Su fundamento.

La cuestión se encuentra regulada en los artículo 25[153], 26[154] y 27[155] de la LNPA.

---

[152] CSJN, 26/12/1996, "Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires", Fallos: 319:3148, también publicada en ED 173-272 (en contra: Mairal).

[153] Artículo 25: La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado. b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria. c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa. d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado. Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.

[154] Artículo 26: La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en

El especial tratamiento que el ordenamiento confiere a la Administración Pública, mediante la configuración del régimen exorbitante que disciplina su accionar y da contenido a la relación jurídico administrativa, reconoce como uno de sus elementos componentes, en calidad de prerrogativa procesal, a los plazos breves de caducidad para accionar contra el Estado[156].

La existencia de términos breves para demandar a la Administración se justifica, ha dicho la Corte Suprema, por la necesidad de otorgar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos, con el fin de evitar la incertidumbre continua en la actividad administrativa y la afectación que de ella se derivaría para el principio constitucional de aquella seguridad, base fundamental de nuestro ordenamiento cuya tutela innegable compete a los jueces[157].

El buen orden en la marcha de los intereses públicos, justifica establecer plazos cortos de impugnación[158]; la estabilidad y seguridad de los actos administrativos determina la necesidad de la existencia de plazos de impugnación judicial (de Estrada) cuya duración no se compadece con los previstos para la prescripción de las nulidades en la esfera del derecho común[159].

Los plazos de caducidad establecidos en el art. 25 de la ley 19549 constituyen, pues, una prerrogativa de la Administración Pública[160] para que, en virtud de los postulados del Estado de Derecho -entre los que se encuentran la justiciabilidad del Estado y la división de poderes- ella pueda estar en juicio. Esto significa la posibilidad de habilitar la competencia de la rama judicial del gobierno para revisar la validez de los actos emanados del Poder Ejecutivo y de los que -con la propiedad de "causar estado", por cerrar la discusión en sede administrativa- emanan de los órganos y entes que se le subordinan, salvo los casos de excepción establecidos por el legislador[161].

De ello se deriva que, si no se respetan los límites temporales establecidos para el control judicial de los actos administrativos, la acción puede ser considerada extemporánea por prematura o tardía, en el último caso, por hallarse vencidos los plazos para interponerla (Tawil).

De este modo, los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25 de la ley devienen firmes e irrevisables debido a la caducidad operada[162]**.**

7.2. Plazos diversos: Demanda y Recurso.

materia de prescripción.

[155] Artículo 27: Impugnación de actos por el Estado o sus entes autárquicos: Plazos. No habrá plazos para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.

[156] CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando", Fallos: 316:2454.

[157] CSJN, 5/04/1995 "Gyprobras", LL 1995-E, 473, considerando 8°.

[158] CNCAF, Sala I, 30/09/1986, "Frenkel".

[159] CNCiv, Sala A, 13/05/1994, "Luna".

[160] La CNCAF, Sala III, también lo ha calificado de ese modo (22/02/2000, "Carmas SRL-Almir S.R.L .U.T.E.", LL 2001–A, 383).

[161] CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando H. y otro", Fallos: 316:2454.

[162] Sin perjuicio de la admisibilidad de la denuncia de ilegitimidad.

En el marco de la ley la pretensión de la declaración judicial de invalidez de los actos administrativos está sujeta, respecto de los administrados, a plazos perentorios que varían según se trate de impugnación por vía de demanda -noventa días hábiles judiciales- o de recursos -treinta días- (art. 25), con excepción, respecto de los hechos con consecuencias jurídicas, y entonces se excluyen del plazo, o importan, por el contrario, "vías de hecho", y, en esa hipótesis, se aplica la previsión legal. No admitimos otros actos tácitos que los que resulten de actos expresos, motivo por el cual si aquéllos se configuran el plazo para impugnarlos debería computarse a partir de la notificación de éste.

Y corresponde consignar que a partir de la sanción de la ley 25344 –cuyo artículo 12 sustituyó, entre otros, el artículo 31 de la LNPA- la demanda frente al silencio administrativo en el caso del reclamo previo, también se debe interponer en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25 de la LNPA.

El plazo establecido por el art. 25 comprende días hábiles judiciales, debiendo descontarse los días correspondientes a la feria judicial, feriados y los declarados inhábiles[163].

La disposición contempla, como fue recién señalado, distintos plazos según que la impugnación de los actos administrativos se realice por vía de "acción" o de "recurso", deducibles, normalmente, ante la Justicia de Primera Instancia o las Cámaras, respectivamente.

Más allá de esa terminología, se debe tener en cuenta, sin embargo, que, como muy bien enseña Gordillo, los *recursos* que prevén ciertas leyes especiales no dejan de ser, en rigor, acciones contenciosas en tanto medios autónomos para rever determinadas decisiones administrativas. De éstas, pues, no proceden *recursos* ante la Justicia, porque éstos sólo funcionan entre los diversos grados que constituyen las instancias del Poder Judicial (Gordillo). En el mismo sentido ha observado Hutchinson que las "apelaciones" previstas con estos recursos significan una acción judicial que se inicia por recurso, en lugar de por demanda (Hutchinson).

En ese marco conceptual, es, entonces, posible, definir a la demanda como "el acto procesal en el cual se formula la pretensión y que inicia un juicio administrativo en el proceso administrativo ordinario" y al recurso como "un acto procesal en el cual se formula una pretensión contra un acto administrativo y con el que se inicia un juicio administrativo especial o extraordinario" (Grau).

La Sala II de la CNCAF ha precisado, en ese orden de ideas, que el administrado, de acuerdo al caso concreto que se presente, cuenta con diversos mecanismos tendientes a obtener la revisión judicial de las decisiones emanadas de la Administración Pública que lesionen sus derechos y pretensiones: impugnación judicial de actos administrativos de alcance individual y general (arts. 23 y 24 de la LNPA) y los recursos judiciales contra las decisiones de los órganos, llamados excepcionales o directos[164].

Los plazos generales fijados por leyes anteriores a la LNPA -por ejemplo, los de prescripción del Código Civil- han venido, así, a ser sustituidos por los establecidos en la ley 19549, que es una ley especial respecto de aquel cuerpo legal (González Arzac), motivo por el cual se ha podido resolver que:

[163] CNCAF, Sala II, 18/06/1996, "Iate SA", JA 1998-II, síntesis.
[164] CNCAF, Sala II, 28/02/1995, "Cervera, Héctor".

a) En cuanto a los plazos para deducir, por acción o recurso, la impugnación judicial de actos administrativos, ese "vacío legislativo", que la ley procuró llenar, consistió en la ausencia de plazos generales, pese a haber sido instituidos en muchas leyes especiales, para los casos no comprendidos en éstas, pues el único límite temporal para el progreso de la acción contra el Estado era el fijado para la prescripción[165].

b) Dado el carácter general y omnicomprensivo de los plazos fijados por el art. 25 de la ley, toda norma anterior que establezca otro régimen, aun cuando se la considerase vigente, configuraría una regla de excepción, que como tal debería ser interpretada de modo estricto, por contrariar el espíritu de la ley nueva. De lo contrario ésta quedaría restringida por los artificios dirigidos a soslayarla[166].

c) Una ley como la 19549, dada su naturaleza y su carácter eminentemente público, así como podría establecer términos de prescripción específicos, al margen de los previstos en otros ordenamientos legales, puede también hacerlo indirectamente, instituyendo plazos de caducidad para interponer acciones o recursos, cuando se tratare de impugnar actos administrativos que, como tales, siempre se referirán a derechos subjetivos o intereses legítimos, de naturaleza administrativa[167].

d) El plazo fijado en el art. 25 de la ley 19549 es distinto de cualquier otro régimen de prescripción de las acciones, incluso el fijado por el Código Civil, cuya eventual aplicación debe descartarse, cuando el legislador ha sancionado un precepto específico de derecho público. En tales condiciones es razonable concluir que el plazo bajo análisis lleva implícito, atento a su perentoriedad, la exclusión de cualquier otro mayor[168].

Ello así con mayor razón cuando ningún precepto de la ley 19549 le asigna a las disposiciones de su Título IV un carácter meramente supletorio respecto de otras leyes. Por el contrario, la ley nueva procuró instituir un régimen general también novedoso. Las referencias al carácter subsidiario de las normas de la ley 19549 contenidas en su título I, que regula el procedimiento ante la Administración, nada autoriza a que sean extendidas al proceso contencioso administrativo contemplado en su título IV.

7.3. Constitucionalidad de los plazos de caducidad

En coherencia con la validez constitucional que en su momento reconoció a normas provinciales que establecen un término para la iniciación de demandas contenciosoadministrativas, la CSJN declaró expresamente la constitucionalidad de la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el artículo 25, toda vez que ella, consideró, constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio, en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana[169].

Del mismo modo la CNCAF ha señalado que el art. 25 de la LNPA no resulta inconstitucional, en tanto establece un período razonable para plantear la impugnación

[165] CNCAF, en pleno, 14/08/1984, "Pajares, José", cit.
[166] CNCAF, en pleno, 14/08/1984, "Pajares, José", cit.
[167] CNCAF, Sala III, 1/09/1981, "Giménez Voga, Clara", ED 97-285.
[168] CNCAF, Sala IV, 14/08/1990, "Menzani, Carlos y otros", LL 1991-C, 374.
[169] CSJN, "Gyprobras", cit., considerandos 9° y 10. En doctrina Mairal ha sostenido que más allá de su inconveniencia y foránea inspiración, el plazo general previsto por el artículo 25 no es angustioso, por lo que reglamentación del derecho no equivale, aquí, a eliminación.

judicial, atendiendo a la específica necesidad de salvaguardar la ejecutoriedad de los actos administrativos y sin perjuicio de los plazos de prescripción de los derechos, que por otra vía se puede intentar hacer valer[170].

7.4. ¿Plazos de caducidad o de prescripción?

Lo propio de la caducidad es su índole perentoria, automática y fatal: se opera de pleno derecho y su efecto fundamental es la pérdida o extinción del derecho no ejercido. La prescripción, por el contrario, no reúne esas características: el beneficiario puede no hacer uso de ella, no opera ni funciona de pleno derecho y no produce la extinción definitiva del derecho, sino su subsistencia como obligación natural. Con base en esas premisas Marienhoff enseñó que el carácter perentorio asignado al plazo contemplado por el artículo 25 evidencia que él constituye un plazo de caducidad (Marienhoff).

En la jurisprudencia se ha resuelto, que el plazo para acceder a la revisión judicial del acto administrativo es un plazo de caducidad, caracterizado por lo perentorio, automático y fatal de sus efectos, desde que acarrea la imposibilidad de impugnar judicialmente el acto por no ejercer la acción en el tiempo establecido, produciendo, en consecuencia, su firmeza o convalidación, el que se convierte así en un acto válido, inatacable y eficaz[171].

Asimismo, se observa esta tendencia en pronunciamientos en los que se han fijado los siguientes criterios:

a) Una ley como la 19549, dada su naturaleza y su carácter eminentemente público, así como podría establecer términos de prescripción específicos, al margen de los previstos en otros ordenamientos legales, puede también hacerlo indirectamente, instituyendo plazos de caducidad para interponer acciones o recursos, cuando se tratare de impugnar actos administrativos que, como tales, siempre se referirán a derechos subjetivos o intereses legítimos, de naturaleza administrativa[172].

b) La actuación del Poder Judicial en situaciones donde se produjo la caducidad de la acción procesal administrativa, violaría el principio de la división de poderes y, por lógica consecuencia, se encontraría en colisión con el sistema que el legislador, interpretando la Constitución Nacional, estructuró para el funcionamiento de las instituciones en ella forjadas. Es, la señalada, precisamente, una de las características fundamentales que diferencian la caducidad de la acción contenciosoadministrativa de la prescripción: el especial mandato de no intervención dirigido al juez cuando ella se ha operado. De esa inteligencia se deduce, y como consecuencia del vallado directo que ha impuesto -o que posibilita- la propia Constitución Nacional, que cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa, la cuestión queda incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional[173].

c) Una vez que se encuentra expedita la vía judicial debe interponerse la acción dentro del plazo perentorio de 90 días, previsto en el art. 25 de la ley 19549, caso contrario, el administrado no podrá hacer valer su derecho por esta vía. Dicho término

[170] CNCAF, Sala III, 1/09/1981, "Giménez Voga", ED 97-285.
[171] CNCiv, Sala M, 1/10/1992, "García Acevedo, Heriberto R.", LL 1993-B, 222.
[172] CNCAF, Sala III, 1/09/1981, "Giménez Voga, Clara", ED 97-285.
[173] CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando H. y otro", Fallos: 316:2454.

lleva implícito la exclusión de otro mayor, puesto que se trata de un plazo de caducidad propio del régimen de revisión contenciosoadministrativo[174].

d) El carácter de caducidad del plazo del art. 25 deriva de su brevedad, circunstancia que demuestra haber el legislador tenido en cuenta la estabilidad del acto administrativo por sobre toda otra consideración atinente a la conducta pasiva del interesado, factor este último al que en cambio pueden adscribirse en mayor medida las normas que regulan los términos de prescripción[175].

e) Los plazos para iniciar la acción previstos en el art. 25 de la LNPA, son de caducidad, propios del régimen contencioso administrativo, y de carácter perentorio[176]; el plazo perentorio es aquel cuyo vencimiento determina, automáticamente, la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedió, sin que para lograr tal resultado se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial[177]. Atento a ese carácter, el plazo bajo análisis lleva implícita la exclusión de cualquier otro mayor[178].

La fijación de plazos de caducidad en el derecho administrativo no fue una novedad implementada por la LNPA en el derecho argentino, pues existían, antes de ésta, legislaciones provinciales contencioso administrativas que los contenían (Marienhoff), además de los también contemplados en los recursos previstos en leyes nacionales especiales (Muñoz). Su incorporación ha sido unánime en los Proyectos de Código Contenciosos Administrativos para el ámbito nacional y se presentan también en forma generalizada en el derecho comparado (ver Mairal).

Desde nuestra perspectiva la legislación local o, en su caso, local y federal, en materia de derecho administrativo –sustantivo o procesal- no resulta comprometida en su validez por la existencia de legislación nacional de similar contenido. No es dudoso que el aspecto adjetivo o procesal de la legislación local es indiscutible, pero esa legislación no es menos válida cuando, como ocurre con el derecho administrativo, ella no sólo incluye aspectos adjetivos o procesales, sino, también, materias sustantivas no delegadas por las provincias a la Nación.

Puede haber gravitado para alterar esta idea la circunstancia de que los plazos de caducidad locales se fijan normalmente en los Códigos Contencioso Administrativos, del mismo modo que en el ámbito nacional se contemplaron siempre en tales proyectos de Código o, en ausencia de éste, en la Ley de Procedimientos Administrativos.

Los plazos de caducidad para ejercer las acciones emergentes de las relaciones jurídico administrativas, son, por ello, en el derecho administrativo local -y, en su caso, nacional- el equivalente de la prescripción en el derecho privado, y constituyen, por ende, en nuestra opinión, una institución de fondo o sustantiva que no puede ser considerada como eventualmente superpuesta a ésta.

Por eso, la impropiedad en la que cae la LNPA cuando, en estas regulaciones, deja a salvo "lo que corresponda en materia de prescripción" (artículos 26 y 27). Ello es así porque el plazo fijado en el art. 25 de la LNPA es distinto de cualquier otro régimen de prescripción de las acciones, incluso el fijado por el Código Civil, cuya eventual

[174] CNCAF, Sala II, 17/03/1992, "Faggionatto, Ildrés E.", LL 1992-D, 168.
[175] CNCAF, Sala III, 8/07/1980, "Ramírez, Alfredo N.", BCNFed., jul. 980-73, núm. 196.
[176] CNCiv, Sala E, 4/05/1989, "Cánepa, Lorenzo y otros".
[177] CNCiv, Sala H, 30/12/1991, "Vázquez, Juan".
[178] CNCAF, Sala IV, 14/08/1990, "Menzani, Carlos y otros", LL 1991-C, 374.

aplicación debería descartarse, cuando el legislador ha sancionado un precepto específico de derecho público[179].

7.5. Suspensión e interrupción de los plazos de caducidad

Una de las características de la "caducidad" es que, en principio, no es susceptible de suspensión ni interrupción, salvo disposición legal en contrario. La demanda deducida en un proceso judicial que concluyó con la declaración de caducidad de la instancia no se encuentra contemplada por la legislación como causal suspensiva o interruptiva del plazo en cuestión[180], y, en el mismo sentido, no obsta al vencimiento del plazo del art. 25 una demanda anterior perimida, máxime si después de quedar firme la perención volvió a transcurrir dicho plazo antes de iniciarse el nuevo juicio[181]. Es ésta también la opinión de la doctrina (Grau).

Sólo se produce el efecto interruptivo o suspensivo cuando una norma legal expresamente así lo determina (v.gr. la suspensión que produce la presentación de un pedido de vista en sede administrativa, art. 76, último párrafo de la Reglamentación de la ley 19549, incluso si el pedido y su concesión son verbales[182]; o la interposición del recurso de reconsideración previsto en el art. 100 de la aludida Reglamentación, que tiene también efecto suspensivo de los plazos del art. 25 de la ley[183]; o, en general, el efecto suspensivo de las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente -apartado 9º del inc. e del art. 1º, o interruptivo, motivado por la interposición de recursos administrativos, conforme a la norma citada, apartado 7°).

7.6. Caducidad del plazo para impugnar el acto y posibilidad de demandar los daños y perjuicios derivados de él.

Se discute en doctrina sobre la posibilidad de que, una vez vencidos los plazos para impugnar un acto administrativo que se considera ilegítimo, resulte procedente una posterior acción por los daños y perjuicios ocasionados, sólo sujeta a plazos de prescripción.

En este sentido, existen autores que sostienen que, no ejercida la acción en el plazo que fija el art. 25 de la LNPA, se pierde la posibilidad de impugnar el acto, pero no el derecho a reclamar daños y perjuicios -que se regirían por los plazos de prescripción del Código Civil- considerando a aquél como plazo "de caducidad" (Pearson).

---

[179] CNCAF, Sala IV, 14/08/1990, "Menzani, Carlos y otros", LL 1991-C, 374.
[180] CNCAF, Sala III, 26/10/1999, "Verdes, Antonio".
[181] CNCAF, Sala III, 15/09/1988, "Rodríguez, Luis A.", LL 1989-C, 173.
[182] Dictámenes: 228:69.
[183] Como ya señalamos *supra,* si bien en el art. 100 de la Reglamentación se dispone que la interposición de los recursos de reconsideración y revisión "suspende" el curso de los plazos establecidos en el art. 25 de la ley, entendemos, junto con Hutchinson, que la norma es inconstitucional, en este último aspecto, ya que se opone al principio establecido en la ley -interrupción de los plazos por interposición de recursos, art. 1, inc. e, ap. 7º-, y, con ello, viola el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 31 de la CN. En este sentido, ver tambió en CNCAF, Sala IV, 12/06/1986, "Cuarto Creciente SA.".

Otros doctrinarios niegan la posibilidad de demandar daños y perjuicios derivados del acto, una vez vencido el plazo de caducidad para impugnarlo (Hutchinson).

La CSJN se orienta en este último sentido. Así, en una causa resolvió que correspondía confirmar la sentencia que no hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios, si el planteo de nulidad del acto administrativo que dispuso la cesantía del actor fue desestimado en otra causa por un pronunciamiento judicial, ya que al encontrarse firme dicha decisión, no corresponde volver a examinarla, pues ello importaría hacer revivir un derecho que se encuentra extinguido debido a la caducidad operada a raíz de la falta de impugnación oportuna[184].

En otro caso decidió que si un acto administrativo no fue impugnado judicialmente en el plazo del art. 25 ley 19549, deviene firme e irrevisable a pedido del interesado debido a la caducidad operada, resultando inadmisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la administración[185].

La CNCAF, por su lado, mantiene su jurisprudencia negativa respecto de la posibilidad de demandar por daños si no se cuestiona temporáneamente el acto causante del perjuicio, habiendo resuelto, en ese sentido que:

a) Rigen los plazos de prescripción de la ley de fondo para demandar los daños y perjuicios derivados de un acto administrativo, cuando, para ello, no fuere necesario declarar en la causa la ilegitimidad de aquél. Lo contrario implicaría, en los hechos, desconocer la vigencia de los plazos para impugnar en sí a los actos administrativos[186].

b) No es admisible la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la LNPA, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado[187].

c) Transcurrido el plazo del art. 25 de la ley 19549 para impugnar una resolución ministerial, caducó la acción para accionar por daños y perjuicios fundados en su ilegitimidad, aunque dicho acto haya dejado a salvo el derecho del recurrente para reclamar una diferencia de precios sobre la que no consideró oportuno expedirse[188].

d) No resulta admisible una acción contencioso administrativa posterior que procure obtener el reconocimiento de créditos incompatibles con lo dispuesto por un acto administrativo cuya validez no puede ser revisada[189].

e) Aun cuando la actora no manifieste expresamente que demanda la declaración de ilegitimidad del acto que la separó del cargo en el año 1994, tratándose de una ex empleada que fue declarada cesante de conformidad con el decreto reglamentario del Estatuto del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, no puede prosperar la acción por daños y perjuicios ya que no impugnó dentro del plazo de 90 días establecido por el art. 25 (aplicable a dicho personal en virtud de lo dispuesto por el art. 1° del decreto 722/96) la sanción que la separó del cargo, que es, de conformidad

[184] CSJN, 20/08/1996, "Nava, Alberto Emilio", Fallos: 319:1532.
[185] CSJN, 20/08/1996, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro", Fallos: 319:1476.
[186] CNCAF, Sala III, 1/09/1981, "Giménez Voga, Clara", ED 97-285, cit.
[187] CNCAF, en pleno, 24/06/1986, "Petracca", cit.; asimismo, Sala III, 6/10/1992, "Ucha, José R.".
[188] CNCAF, Sala III, 10/05/1988, "Contreras Hnos. S.A." LL 1988-E, 284, cit.
[189] CNCAF, Sala V, 4/08/1997, "Nenna César".

con el escrito de demanda, la causa de la obligación de reparar los daños y perjuicios que reclama en la acción, iniciada en junio de 1996[190].

f) Los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada, razón por la cual, en tal caso, no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de daños basados en el accionar ilícito de la Administración. Dicha conclusión es una consecuencia lógica de la naturaleza accesoria –en el ámbito del derecho administrativo- de pretensiones como las antes indicadas respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente; y que, al no mediar la declaración de ilegitimidad no puede haber resarcimiento o pago de suma de dinero alguna pues falta la causa de tales obligaciones[191].

De la misma manera, la CNCCF sostuvo que la pretensión de la actora enderezada a obtener el reconocimiento de una indemnización, en función precisamente del daño experimentado por un acto de servicio, tropieza con la falta de impugnación temporánea del acto administrativo, cuyo fundamento radica en la hipótesis opuesta (falta de relación con el servicio), por manera que al no haber sido cuestionado en tiempo y forma oportunos, impide su discusión en sede judicial de la ley 19549[192].

La posibilidad de aceptar la demanda de daños y perjuicios ocasionados por un acto administrativo, está, en rigor, ligada a la idea que se tenga respecto del significado de la legislación administrativa en general y, en particular, del que fija los plazos de caducidad para atacar judicialmente el acto. Están en juego los límites propios del derecho administrativo.

Como antes dijimos la caducidad es un instituto en cierto modo equivalente, en el ámbito del derecho administrativo, a la prescripción del derecho privado y, por tanto, excede los alcances estrictamente procesales, de modo que transcurrido el lapso pertinente para impugnar un acto no se puede considerar subsistente, a los efectos de la indemnización, un derecho distinto del emergente de la relación administrativa de que se trate, el que sería regulado, en ese aspecto, por el derecho civil.

El derecho administrativo de fondo se perdió con la caducidad y no es posible exhumarlo al amparo de una legislación civil que, en razón de la índole administrativa de la relación en juego, le es, en principio, inaplicable.

Así por ejemplo, si la rescisión de un contrato administrativo de suministro no es impugnada dentro del lapso de caducidad fijado por el ordenamiento, no es posible, a nuestro juicio, reclamar por los perjuicios derivados de ese acto, que quedó firme, con sustento en una pretensión de daños que también se debe considerar abarcada por la caducidad en tanto no deviene de un contrato privado, sino, precisamente, de un contrato administrativo disciplinable integralmente por la legislación local.

No existe, pues, en nuestra opinión, dicotomía entre derecho administrativo y derecho de fondo, porque el derecho administrativo es de fondo aun cuando se lo regule localmente, sin perjuicio de que la legislación procesal administrativa sea también local.

---

[190] CNCAF, Sala I, 18/11/1997, "Espeche, Mercedes".
[191] CNCAF, Sala IV, 24/03/1998, "Benedicto, Pablo Juan".
[192] CNCCF, Sala I, 9/04/1986, "Verdera".

7.7. Demanda impugnatoria y no impugnatoria. La cuestión de los plazos.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema se distingue, a los efectos de la exigibilidad, o no, del plazo de caducidad previsto por el artículo 25 de la ley 19549, entre la vía impugnatoria -que supone el agotamiento de la instancia administrativa y culmina con un pronunciamiento sobre la ilegitimidad de un acto administrativo -sujeta a aquel plazo- y la no impugnatoria o de reclamación del reconocimiento de un derecho -cuya procedencia no depende de la declaración de invalidez de acto alguno-[193] exenta de tal recaudo temporal.

En el mismo sentido se pronunció la CNCAF, al sostener que procede distinguir aquellos actos administrativos propiamente dichos, susceptibles de impugnación judicial, investidos de aptitud para modificar el *status* jurídico del administrado y que presuponen el agotamiento de las instancias administrativas en los términos de los artículos 23 y siguientes de la ley, de aquellos que carecen de tal aptitud modificatoria en tanto sólo resuelven un reclamo administrativo en los términos del artículo 30 de ésta sin depender de la declaración de invalidez de acto administrativo alguno.

Estos últimos, no constituirían, en esta visión, la expresión de la voluntad del Estado, sino que sólo definirían la actitud de la Administración requerida por el pretensor de un derecho subjetivo originado en una relación preexistente. La demanda, en estos casos, actualizaría una acción creditoria y no impugnatoria y el derecho que a través de ella se intentaría hacer valer, permanecería, así, inmune al desconocimiento de que hubiera sido objeto en sede administrativa[194].

En consecuencia, cuando el derecho del actor a accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su crédito nace de la relación trabada con la Administración y no del acto administrativo que rechaza la petición del administrado, no resulta necesario –conforme a lo decidido por la Cámara- deducir la acción dentro del plazo de caducidad establecido por el art. 25[195], con lo cual tampoco lo habría sido para obtener el reconocimiento de los daños y perjuicios irrogados.

La distinción que realiza la jurisprudencia y que recientemente ha sido teorizada por Mairal, quien designa a actos decisorios de la índole de los recaídos en los reclamos administrativos, entre otros, como "meros pronunciamientos administrativos" no tiene, a nuestro modo de ver, fundamento en la LNPA.

Ésta no distingue, a los efectos de requerir, o no, el cumplimiento del plazo de caducidad, entre actos que agoten la instancia y actos decisores de reclamos administrativos previos, pues sólo se refiere, cuando exige deducir la acción dentro del plazo perentorio que fija, a los actos de alcance particular o general, sin formular, en el aspecto indicado, diferenciación alguna entre ellos.

Tanto en el caso de la denominada demanda impugnatoria, como en el de la llamada no impugnatoria, la Administración Pública expresa su "voluntad" en relación

[193] CSJN, 27/06/1989, "Mackentor SA", Fallos: 312:1017; CSJN, 24/09/1991, "Schneider de Guelperin, Lina", Fallos: 314:1147; CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando Horacio y otro", Fallos: 316:2454.
[194] CNCAF, Sala I, 31/03/2000, "Beverina, Juan M."; Sala II, 22/05/1997, "Almeida, Ascensión H.", LL 1997-D, 695; 23/10/1997, "Conar Constructora Arg. SRL".
[195] CNCAF, Sala III, 9/11/1999, "Claiman, Héctor". En sentido análogo se pronunció la CNCAF, Sala I, 31/03/2000, "Beverina, Juan" y la CNCCF, Sala I, 17/03/1998, "Ducuing, Sergio".

con la pretensión del administrado a través del acto agotador de la instancia o decisor del reclamo, respectivamente, y, en los dos, gravitan las razones que dan sentido a los breves plazos de caducidad para accionar contra aquélla.

¿Por qué no habrían de asegurarse la estabilidad y certeza de la relación jurídica administrativa comprometida con el acto que resuelve el reclamo y sí, en cambio, la que subyace en el acto que agota la instancia de un recurso?

Es cierto que en el reclamo no se decide, en principio, sobre la validez de acto alguno y que en la vía recursiva, por el contrario, sí se resuelve sobre ella, revocando, modificando o sustituyendo el acto impugnado; empero ¿por qué se concluye que en el primer caso no se innova respecto del *status* del administrado y sí, en cambio, en el segundo?

Si un contratista del Estado reclama el pago de sumas adeudadas por la Administración y ésta deniega su petición ¿el acto denegatorio no innova respecto de la situación del reclamante? La decisión ¿no es acaso un acto dotado de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad con idoneidad para producir efectos jurídicos directos e individuales sobre el destinatario de ella? ¿Qué diferencia de sustancia existe entre esa situación y la que resulta del acto administrativo que desestima el recurso interpuesto por el mismo contratista contra el acto que rescindió su contrato o le impuso una multa?

No creemos que porque en el caso del reclamo no media acto administrativo previo y en el supuesto del recurso sí, los actos respectivos no configuren, en las dos situaciones, declaraciones unilaterales emitidas en el ejercicio de la función administrativa que afectan con inmediatez la esfera jurídica del administrado. Pensamos, por el contrario que, tanto cuando se resuelve un reclamo, como cuando se decide un recurso agotador de la instancia, la Administración fija su posición o *actitud* en la relación que lo vincula con el particular y, por ende, innova, en ambos casos, en el *status* jurídico del administrado haciendo, o no, lugar a su pretensión.

Y, si esto es así, no hay razón para no exigir en las dos hipótesis el cumplimiento del plazo de caducidad para accionar judicialmente.

7.8. La cuestión de los actos afectados de nulidad absoluta

La CNCAF tiene reiteradamente declarado que los plazos previstos en el art. 25 de la LNPA son igualmente aplicables a los actos nulos, de nulidad absoluta, como a los anulables, de nulidad relativa, habida cuenta de la inexistencia, en esa disposición legal, de distinción o salvedad alguna sobre el particular. Y ha resuelto, asimismo, que en ninguna parte de la ley se fija la imprescriptibilidad de la acción para impugnar los actos "nulos de nulidad absoluta", pues sólo se ha previsto en ella, de modo expreso, la revocación de oficio de dichos actos en las condiciones establecidas por el art. 17 de la LNPA, a diferencia de los actos "anulables", sólo extinguibles en sede judicial, previa demanda[196]. La circunstancia, pues, de que según las normas del derecho común la acción de nulidad, cuando ésta es absoluta, sea imprescriptible, no significa en la órbita

[196] Es un caso típico el decidido por la CNCAF, Sala III, causa "Giménez Voga", en este mismo sentido, Sala IV, 16/04/1998, "Muñoz, José N.", ED 182-441, donde reiteró la doctrina de que pese a que en la LNPA se distingue entre actos administrativos "nulos de nulidad absoluta e insanable" y "actos anulables", cuando se determinan los plazos dentro de los cuales aquéllos pueden impugnarse judicialmente, no efectúa distinción o salvedad alguna.

del derecho público que sea inmune a los plazos de caducidad que la ley establece perentoriamente[197].

El art. 25 de la ley 19549 resulta, por tanto, aplicable, aun cuando se invoque una nulidad absoluta[198], criterio asentado en la naturaleza propia de la gestión administrativa que no admite interinidades ni situaciones de dependencia indefinida[199], de modo que, en la vía impugnatoria, cualquiera fuere el vicio que se alegue, el acto expreso debe ser impugnado dentro del plazo previsto por el art. 25[200]. Esta es, por lo demás, la misma solución establecida en el ordenamiento jurídico de los agentes de la administración civil que en el caso de sanciones expulsivas, disponen de un lapso también exiguo para impugnar el acto pertinente, transcurrido el cual la segregación queda firme aunque en la emisión del acto se hubiere incurrido en vicios que lo invalidan de una manera absoluta[201].

Este criterio jurisprudencial ha merecido la aprobación de un sector de la doctrina (Muñoz-Silvestri y González Arzac), aunque existe otro que cuestiona la aplicación del plazo de caducidad a los actos nulos, de nulidad absoluta, y que propicia la imprescriptibilidad de la acción (Cassagne-Hutchinson) con los mismos alcances que postula la mayoría de la doctrina en el derecho privado (Llambías).

En relación con la imprescriptibilidad de la acción para demandar la nulidad absoluta de los actos, la Corte tuvo ocasión de señalar, en el marco del Derecho Civil, pero en una causa en la que debió juzgar la validez de un contrato administrativo, que "...las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción. Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de normas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal y siempre el acto conservará el vicio original..."[202].

La doctrina que propicia la imprescriptibilidad de la acción para demandar la nulidad absoluta de los actos administrativos, expone, en lo sustancial, la argumentación valorativa que traduce el parcialmente citado pronunciamiento de la Corte. Así, se ha dicho, por ejemplo, que el tipo de invalidez consagrado por el artículo 14 de la LNPA, fundado en la mayor gravedad del vicio al afectarse con trascendencia el principio de legalidad, importa una violación del orden público que genera la imprescriptibilidad de la acción para demandarla (Cassagne); y en el mismo orden de ideas se ha afirmado que la trascendencia del vicio que afecta el orden público hace que esté interesado el bien común en sancionar la trasgresión, de modo que la declaración de nulidad de un acto gravemente viciado es una finalidad relevante cumplida en interés de la ley más que en el del recurrente (Hutchinson).

Es, por cierto, opinable que se fije un plazo de caducidad para la demanda de nulidad absoluta de un acto administrativo, pero la letra de la ley es, en este aspecto, muy clara al determinar un único plazo para la deducción de la acción judicial. La

---

[197] CNCAF, Sala I, 9/05/1989, "Cerruti, Pedro E.".
[198] CNCAF, Sala I, 26/09/1996, "Todone, Federico".
[199] CNCAF, Sala V, 24/02/1999, "Levaggi, Pedro".
[200] Ver CNCAF, Sala I, 23/09/1998, "Prol, Antonio"; 30/06/1998, "Campos, Ramón"; 30/04/1998, "Cepeda, Mario"; Sala III, 1/02/1996, "Henrich, Carlos", 22/08/1996, "Salinas, Angel".
[201] CNCAF, Sala V, 21/08/1998, "Alegre, Hugo".
[202] CSJN, 24/11/1937, "SA Empresa Constructora F. H. Schmidt", Fallos: 179:249.

primera pauta hermenéutica a tener en cuenta es la letra de la norma y no cabe, por ende, prescindir de ella, cuando, como en el caso, su texto no admite dudas y su contenido no luce una injusticia que justifique su interpretación derogatoria. No se trata de sucumbir ante el positivismo legalista que vacía de sustancia al derecho; se trata, simplemente, de no sustituir la clara voluntad del legislador por la del intérprete en una materia opinable.

7.9. Los plazos cuando el Estado es actor

La LNPA no fija plazo para el accionar judicial como actores del Estado o de sus entes autárquicos, si bien deja a salvo lo que corresponda en materia de prescripción (art. 27). Esta última circunstancia conduce a que por aplicación supletoria de las previsiones civiles dispuesto por la ley al remitir a la prescripción, deba reputarse imprescriptible la acción del Estado o sus entidades jurídicamente descentralizadas, para demandar la invalidez de sus actos nulos, de nulidad absoluta (González Arzac).

En cuanto a los plazos de prescripción aplicables en otros supuestos, Hutchinson entiende que el plazo general sería el del art. 4023 del Código Civil (10 años), mientras que Gordillo estima que, en el caso de los actos anulables, debe aplicarse el plazo previsto en el art. 4030 del mismo cuerpo legal.

Por nuestra parte, consideramos que si el vicio que afecta el acto es de los que determinan la nulidad relativa de éste en el marco de la LNPA, procede aplicar el plazo de prescripción previsto por el Código Civil para los actos que, en el ámbito de éste, sean anulables.

La existencia de plazos distintos para demandar la invalidez del acto, según se trate del Estado o de los particulares, ha sido cuestionada por algunos autores que han visto en ello una afectación de la justicia y la igualdad (Gordillo-Tawil), aunque también se ha observado que no necesariamente debe reputarse injusta toda solución que implique trato diverso para el Estado y los particulares (Silvestri y González Arzac).

Compartimos la diferenciación que resulta de la norma y creemos que con ella se satisfacen adecuadamente las exigencias axiológicas que derivan de la nulidad absoluta, cuya declaración en sede administrativa o, en su caso, su demanda judicial, se erige, así, para la Administración en un deber inexcusable, exteriorizable por el administrado a través de la denuncia de ilegitimidad y exigible por los organismos de control.

7.10. Los distintos supuestos contemplados en la norma

En los supuestos regulados en los incs. a), b) y c), el plazo de caducidad comienza a computarse desde la notificación al interesado, del acto denegatorio que agote la instancia administrativa[203]. Por ello, ante el silencio de la Administración el plazo no empieza a correr[204].

En el inciso d) se contempla el caso especial de los hechos o vías de hecho, lo que no concuerda con la regulación general del artículo, referente a la impugnación de

[203] CNCAF, Sala I, 15/10/1996, "Domínguez".
[204] CNCAF, Sala IV, 19/06/1998, "Rizzo, Gabriel", LL 1999 – B, 531.

"actos". La impugnación judicial puede producirse desde que aquellas circunstancias ocurran, pero el plazo se computará sólo desde que el particular las conozca[205].

Con cita de la opinión de Marienhoff, Hutchinson opina que debe excluirse de esta previsión a los meros hechos cuyas consecuencias sean imputables a la Administración (choques, derrumbes, etc.), en los que, sin perjuicio de sus efectos jurídicos, la imposibilidad de juzgar su validez es obvia. En cambio, el inciso alcanza a los "actos tácitos" o actividades materiales de la Administración cuando constituyen una manifestación indudable e inequívoca de la voluntad administrativa, a los que se atribuye el estar regidos por reglas similares a las de los actos administrativos, incluso las atinentes a la impugnación.

Coincidimos con la idea de excluir a los simples "hechos" con consecuencias jurídicas. Respecto de las actividades "materiales" de la Administración, consideramos, en cambio, que o bien son simples "hechos" con consecuencias jurídicas, y entonces se excluyen del plazo, o importan, por el contrario, "vías de hecho", y, en esa hipótesis, se aplica la previsión legal. No admitimos otros actos tácitos que los que resulten de actos expresos, motivo por el cual si aquéllos se configuran el plazo para impugnarlos debería computarse a partir de la notificación de éste.

7.11. Supuestos especiales de aplicación del artículo 25

7.11.1. Aplicación a tribunales administrativos

El plazo de 90 días hábiles judiciales no resulta extremadamente riguroso, y su aplicación se justifica aún más cuando se trata de la impugnación de decisiones dictadas por "tribunales administrativos independientes" ante los cuales la defensa puede efectuarse con todas las garantías formales del debido proceso y, muy especialmente, porque la decisión final debe ser formalmente notificada al interesado para que adquiera eficacia (art. 11 de la ley 19549), lo que implica un conocimiento oportuno a fin de impugnarla[206].

En su momento se estableció que la acción de impugnación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Nación, dictadas en juicios administrativos de responsabilidad, estaba sujeta al plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19549[207].

7.11.2. Aplicación a actos políticos

Sobre el concepto de actos políticos, ver *supra.*

Se ha resuelto que el plazo del art. 25 de la ley 19549 es aplicable a la "impugnación judicial de actos administrativos", no pudiendo ser extendido por analogía a supuestos para los que no fue establecido, y por ello es ajeno a una demanda

[205] CNCAF, Sala V, 10/04/1996, "Carcagno, Silvia".
[206] CNCAF, en pleno, 14/08/1984, "Pajares, José", cit.
[207] CNCAF, en pleno, 14/08/1984, "Pajares, José", cit.; CNCAF, Sala III, 10/10/1991, "Álvarez, Cándido", LL 1992-B, 272.

donde se controvierte la validez y los efectos de medidas de remoción de magistrados, actos eminentemente políticos de un gobierno de facto, ordinariamente extraños a la competencia de los órganos administrativos (arts. 45, 51 y 52 CN)[208].

El contenido discrecional que puede involucrar la remoción de un magistrado y su procedimiento respectivo, no justifican, a nuestro juicio, categorizar a esa clase de decisiones como políticas para tornarlas, así, irrevisables judicialmente. Por eso, pensamos que los aspectos reglados del procedimiento como los del acto mismo de remoción, resultan enjuiciables y le son aplicables, a ese efecto, las normas jurídico constitucionales o administrativas pertinentes.

No se nos escapa que en el ámbito nacional la LNPA no se aplica, al menos de modo directo, a la actividad no jurisdiccional del Poder Judicial -en cuyo ámbito funcional se integran el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento-; y, por tal motivo, no se podrían aplicar por analogía plazos de caducidad restrictivos de derechos para accionar judicialmente contra sus decisiones; sin embargo, ello no debería significar, reiteramos, la incontrolabilidad judicial de sus componentes reglados. Así debería interpretarse, respecto del Jurado de Enjuiciamiento, el artículo 115, primer párrafo de la Constitución Nacional (Bidart Campos).

En otro orden se ha decidido que el plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19549 no es aplicable a la acción resarcitoria de los daños derivados de una resolución de la Junta Militar que por la ley marcial declaró perdidos los derechos políticos y gremiales de un ciudadano, lo internó en prisión y le prohibió administrar sus bienes y ejercer su profesión, pues tal decisión no puede reputarse acto de carácter meramente administrativo[209], ya que no hay que olvidar el carácter especial de dicha ley, respecto, por ejemplo, del Código Civil (González Arzac).

7.12. Silencio de la Administración (art. 26)

A este supuesto hace referencia el art. 26 de la LNPA, que establece que, cuando la Administración deja transcurrir los plazos legales o reglamentarios sin resolver de modo expreso, no se aplica el plazo del art. 25 sino los correspondientes a la prescripción de las respectivas acciones[210].

El instituto del silencio está establecido a favor del particular. En la vía recursiva, el silencio se produce de modo automático, en los demás casos se aplica el régimen del art. 10 de la LNPA para tener por configurado el silencio negativo habilitante de la vía judicial.

Cabe tener en cuenta que, mientras se tramita el procedimiento administrativo, sea en vía recursiva o de reclamo, los plazos se suspenden, salvo que las actuaciones administrativas se sustancien ante órgano incompetente, cuando no se trate de recursos (art. 1º, inc. e, ap. 9).

Asimismo, es necesario recordar que, como excepción al principio establecido en el art. 26 de la LNPA, en el art. 27 de la ley 24447 se estableció que, en los casos de denegatoria por silencio de la Administración ocurrido en los procedimientos

[208] CNCAF, Sala III, 21/05/1985, "Nocetti Fasolino, Alfredo Nicolás".
[209] CNCAF, Sala III, 10/11/1988, "Taiana".
[210] Conf. CNCAF, Sala I, 25/02/2000, "Mundo, Antonio", JA 2000–II, 170.

administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimiento de deudas de causa o título anterior al 1º de abril de 1991, se produciría la caducidad del derecho para interponer la demanda contencioso administrativa contra la denegatoria a los noventa (90) días hábiles judiciales contados desde que se hubiese producido la denegatoria tácita o desde la fecha de entrada en vigencia de esta ley, lo que fuere posterior. Vencido dicho plazo sin que se haya deducido la acción correspondiente, prescribirán también las pretensiones patrimoniales consecuentes. En estos casos no será de aplicación el art. 26 de la ley 19549.

Y cabe también mencionar que, según el nuevo texto del artículo 31 de la LNPA, modificado por la ley 25344, cuando se configura el silencio frente al reclamo previo la demanda se debe interponer en los plazos perentorios y con los mismos efectos del artículo 25, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.

8. Amparo por mora de la Administración

8.1. El amparo por mora

El amparo por mora, regulado especialmente en el artículo 28 de LNPA[211], es un procedimiento judicial de amparo, establecido a favor del administrado, ante el retardo de un funcionario u órgano administrativo, para dictaminar o resolver, aun en asuntos de mero trámite, cuando ha transcurrido el plazo fijado para expedir el dictamen o dictar la resolución o el proveído que corresponda (Fernández Vázquez y Sendín) o bien cuando, de no existir ese plazo, transcurra un tiempo que exceda de lo razonable sin que esos se actos se emitan.

Constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo están contenidos en el art. 28 de la ley 19549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferir un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial[212].

Por la vía del amparo por mora, se posibilita que quien es parte en un procedimiento administrativo acuda a la vía judicial para que se emplace a la Administración con el fin de que se expida en forma expresa respecto de su solicitud[213].

Se trata de un remedio frente a la inactividad formal, la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, la simple no contestación a una petición de

---

[211] Artículo 28: "El que fuere parte en un expediente administrativo, podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes."
El artículo 29 prescribe que "La desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable lo dispuesto por el art. 17 del decreto-ley 1285/58".

[212] CSJN, 07/03/2000, "Banco de la Nación Argentina c/ I.B.M. Argentina S.A.", Fallos: 323:262.

[213] CNCAF, Sala IV, 24/08/1992, "Meza, Oscar R.", LL 1993–B, 239.

los particulares (Muñoz-Creo Bay), cuyo perjuicio se genera por la demora que, en sí, lesiona los derechos de debida defensa y de peticionar a las autoridades, garantizados en la Constitución (González de Reca).

El derecho de peticionar no se agota, en efecto, con la sola formulación de la petición, sino que exige, correlativamente, una respuesta; por ello, frente a aquel derecho está la obligación de responder, lo que no significa que la Administración deba pronunciarse en un sentido o en otro, sino tan sólo que debe expedirse[214].

De lo dicho se infiere que esta particular acción autoriza al Poder Judicial a controlar jurisdiccionalmente el procedimiento administrativo[215].

La mora en que debe incurrir la Administración para que se habilite la iniciación de esta acción debe ser una mora objetiva, es decir, aquélla que se concreta al no emitir el órgano correspondiente, el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el peticionante, vencido el término legal específico, o de no haberlo, transcurrido un plazo que excediera de lo razonable[216].

8.2. Opciones del administrado ante la morosidad administrativa

En la búsqueda de vías jurídicas para dar respuesta al silencio de la Administración, éste fue combatido fijando la obligación administrativa de resolver y dando a aquél ciertos efectos jurídicos (Garrido Falla).

El efecto negativo –o en su caso positivo- del silencio puede, sin embargo, no ser suficiente para proteger adecuadamente al particular, cuando éste desea conocer cuáles son las razones que determinan la decisión administrativa, o bien cuando la inactividad de la Administración se produce respecto de actos interlocutorios o de mero trámite, se refiere a medidas preparatorias como informes o dictámenes (Creo Bay) o se vincula con competencias de su exclusiva incumbencia (Rejtman Farah).

La solución que brinda la teoría del silencio es, por tal motivo, facultativa para el particular[217], quien puede estar exclusiva o principalmente interesado en obtener una decisión expresa por parte de la Administración.

Por eso, ante la morosidad administrativa, el particular no sólo tiene a su disposición el procedimiento regulado por el artículo 10 de la LNPA, sino que, además, puede urgir la decisión expresa en sede administrativa mediante la queja (artículo 71 del Reglamento de Procedimientos Administrativos), o en sede judicial por medio, precisamente, del amparo por mora[218].

---

[214] CNCAF, Sala IV, "Abbiendi S.A.I.C.", JA 1995-IV, síntesis; 2/10/1996, "Chaves, Luis"; Sala V, 26/04/2000, "Moquedze Mazalan, Jorge", LL 2000–F, 988; CNCiv, Sala B, 5/04/1995. "Donati, Néstor D.", LL 1995-D, 307.

[215] CNCAF, Sala IV, 29/07/1988, "Chavas SA", LL 1988-E, 87; CNCCF, Sala I, 5/10/1999, "Warner Lambert Company".

[216] CNCiv, Sala E, 30/11/1990, "Soria Bioquímica Arg. SA".

[217] CNCAF, Sala IV, 17/03/1989, "Pelissero, Norberto". En el mismo sentido, González de Reca.

[218] Confr. CNCAF, Sala III, 9/04/1985, "Buccianti de García Fernández, Norma"; 1/11/1994, "Jáuregui, Pedro F.", LL 1995-C, 136; 6/10/1998, "S.I.P.EDY.B. (Sindicato del Personal de Dragado y B)"; 1/10/1998, "Rodríguez, José C.". En el fuero civil se ha señalado que frente a la tardanza de la Administración en expedirse, el particular puede elegir dos soluciones: a) convertir la demora o el silencio en un pronunciamiento tácito denegatorio; b) requerir un pronunciamiento expreso de la Administración por vía de una queja administrativa o por medio de un amparo por mora (Creo Bay); en

Las alternativas no se deben considerar excluyentes, de modo que si se opta por el silencio (artículo 10) requiriendo el pronto despacho, nada impide que, después, se acuda a la queja o al amparo por mora (en igual sentido: Linares-Diez-Hutchinson); o que si se elige la queja se emplee, luego, el silencio o el amparo por mora y si se acude a éste, inicialmente, se utilice, con posterioridad, la queja o el silencio. Otro sector de la doctrina, en cambio, considera que quien opta por el pronto despacho del artículo 10 de la LNPA no puede luego intentar la vía del amparo por mora (Tawil-Creo Bay-Dromi).

Si, como señala Gordillo, existe un derecho básico del individuo "a que resuelvan fundadamente sus peticiones", y, correlativamente, hay una inexcusable obligación administrativa de resolver, corresponde adoptar un criterio amplio acerca de la procedencia de los medios conducentes a que aquel derecho se haga realmente efectivo[219].

Finalmente, en coherencia con esa idea, se ha señalado también que, a los efectos de la interposición de una acción de amparo por mora, no constituye requisito la previa interposición de un pedido de pronto despacho en sede administrativa[220].

8.3. Requisitos de la acción de amparo por mora

8.3.1. Legitimación

Como bien se ha afirmado, "el administrado puede tener un derecho subjetivo o un interés legítimo respecto a lo que peticiona a la administración, pero tiene un derecho subjetivo a que ésta dictamine, informe, resuelva cuestiones de mero trámite o resuelva el fondo del asunto en los plazos fijados por la ley" (González de Reca). En ejercicio de ese derecho subjetivo es que puede iniciar la acción de amparo por mora quien sea parte en un expediente administrativo; sin estar legitimados para accionar los que peticionan movidos por un mero interés simple[221].

Es por ello necesario que el amparista acredite la existencia de una actuación administrativa en trámite, en la que aquél pueda ser reconocido como parte[222].

Pueden invocar ser parte en el expediente administrativo y, por ende, estar legitimados para interponer la acción estudiada, tanto quienes hubiesen motivado con su pedido la iniciación de la actuación, como quienes la hayan solicitado en un expediente ya iniciado[223].

Por aplicación de las ideas precedentes, estimamos, en su momento, que quien es parte en una denuncia de ilegitimidad puede acudir al amparo por mora para lograr la decisión administrativa omitida por la Administración (Comadira).

---

este sentido, CNCCF, Sala I, 29/12/1998, "Samuel Gutnisky SA". Ver, también, CNCiv, Sala A, 28/02/1995, "Romano, Martha R.", LL 1996-B, 509.

[219] En contra, Creo Bay, quien sigue las opiniones de Barra y Tawil; asimismo, C.N.Esp.C. y C., sala 6ª, 18/04/1988, "Minello".

[220] CNCAF, Sala IV, 16/11/1993, "Gramajo, Rosa".

[221] CNCAF, Sala III, 28/04/1988, "Astilleros Corrientes S.A", LL 1988-E, 227, cit.; 10/09/1992, "Italconstruct SIRPSA" y 6/10/1998, "S.I.P.EDV.B. (Sindicato del Personal de Dragado y B.)", cit. Aunque podría generar una conclusión distinta el decreto 229/00, en el que se determina la obligación administrativa de resolver las denuncias de los particulares.

[222] CNCAF, Sala II, 22/12/1988, "Bullrich".

[223] CNCAF, Sala IV, 25/02/1993, "Muiño Estúa, Nélida".

8.3.2. Contra quién se interpone

El sujeto requerido en la acción es la "autoridad administrativa", en general. Esa autoridad es la que debe dictar la resolución de mero trámite o la decisión, o expedir el dictamen correspondiente.

En ocasiones, la dilación en que incurra aquélla se debe a que el expediente se ha remitido a otra dependencia. Es por ello que se ha resuelto que si las actuaciones han sido enviadas a la Procuración del Tesoro de la Nación, no se puede reprochar a la demandada la demora en que incurra este organismo -aunque también integre la Administración Central del Estado-, dado que sobre él aquélla no tiene imperio. Por tal motivo corresponde determinar que el plazo otorgado por el *a quo* para dictar el acto pertinente debe computarse a partir de la recepción de las actuaciones remitidas al organismo asesor[224].

No sería aplicable ese criterio, sin embargo, si la autoridad administrativa hubiera remitido indebidamente el expediente a otra oficina o jurisdicción –conforme los términos del artículo 18 del Reglamento- y la remisión pudiese ser valorada como manifiestamente dilatoria por el Juez.

8.4. Supuestos especiales de procedencia

Se examinarán a continuación los siguientes supuestos particulares:

8.4.1 Emisión de actos

Se ha hecho lugar a una acción de amparo por mora cuando el tiempo transcurrido sin que el actor haya obtenido decisión en su solicitud de expedición del título universitario, excede la pauta de razonabilidad fijada por el art. 28 de la ley 19549, la que es aplicable en virtud de no haberse invocado la existencia de plazos reglamentarios más extensos. Se fundó la decisión en el derecho que los ciudadanos tienen a que las cuestiones que plantean ante los órganos administrativos sean eficazmente resueltas en los plazos establecidos a tal fin, o en su ausencia, dentro del término que se juzgue razonable[225].

En otra ocasión, se condenó a la UBA a expedir el título universitario del actor ya que, ante la falta de plazo reglamentario previsto a tal fin, el mero transcurso de más de ocho meses sin que la Administración se expidiese sobre la solicitud, permitía concluir en que se había excedido toda razonable pauta temporal para hacerlo[226].

8.4.2 Emisión de dictámenes

[224] CNCAF, Sala IV, 18/12/1992, "Ojeda, Elio", LL 1994-C, 567, J. Agrup., caso 9731.
[225] CNCAF, Sala I, 29/12/1988, "Lo Valvo".
[226] CNCAF, Sala I, 2/11/1993, "Magdalena, Marcelo".

Se ha decidido que, al no haber la autoridad administrativa urgido la producción del dictamen de la Procuración del Tesoro, aparece configurada la situación de mora administrativa que prevé el art. 28 de la ley 19549, y corresponde ordenar al organismo demandado que urja su producción y solicitar la devolución de los antecedentes administrativos y, con dictamen o sin él, resuelva dentro del término de 30 días el reclamo (conf. art. 61 dec. 1759/72 y aplic. analógica del art. 10 ley 19549, conf. su art. 28)[227].

8.4.3 Ante la solicitud de vista de un expediente en sede administrativa

En un amparo por mora en el que se solicitó que se requiriera a la Administración que otorgara vista de las actuaciones administrativas, se estableció que:

a) no obsta a la admisibilidad del amparo por mora la circunstancia de que el pedido de vista haya sido presentado en una dependencia en la que no se encontraban, en ese momento, aquéllas, pues de acuerdo al principio del informalismo a favor del administrado (art. 1º inc. c de la LNPA), no es irrazonable interpretar que la Administración debería encauzar el pedido y resolverlo dentro del plazo previsto al efecto[228].

b) el planteo de la Administración acerca de que el particular tome vista del expediente administrativo en los estrados del tribunal judicial resulta improcedente, ya que no es la función de aquél suplir las omisiones en que incurra la Administración Pública. Se agregó que la función del juez se limita, dentro del marco de la acción intentada, a comprobar si hubo o no mora de la autoridad administrativa y, en el caso de haberla, a librar la orden de pronto despacho correspondiente[229].

8.4.4. Contratos

No es óbice para la procedencia de la vía del amparo por mora el que la cuestión de fondo aparezca referida a una relación contractual, ya que la actora, en este caso, no procura el cumplimiento de un contrato, sino la pronta decisión de un reclamo en los límites del art. 28 de la ley 19549[230].

8.5 Supuestos especiales de improcedencia

8.5.1. Obligaciones de hacer

En un caso en que se pretendió que se efectuara una verificación de la medición de los pulsos telefónicos y, por vía de consecuencia, se procediera, ulteriormente, a una

[227] CNCAF, Sala III, 18/10/1988, "Romero Elisardo".
[228] A ello se agregó que el art. 38 del decreto 1759/72 (T.O. 1991) no establece que el pedido de vista deba hacerse en la oficina en que se encuentre el expediente, sino que la vista solicitada se concederá en la oficina.
[229] CNCAF, Sala IV, 24/08/1992, "Meza, Oscar R.", LL 1993-B, 239.
[230] CNCAF, Sala III, 28/04/1988, "Astilleros Corrientes S.A.", LL 1988-E, 227, cit.

revisión de las facturas emitidas por ENTEL, se consideró improcedente la acción, pues lo que en definitiva pretendía aquél era obtener que se librara orden judicial de pronto despacho, a fin de compeler a la accionada a cumplir con una obligación de hacer[231].

8.5.2. No es vía para solicitar o urgir pagos

El art. 28 de la ley 19549 sólo resulta aplicable ante la morosidad de la autoridad administrativa en emitir dictamen o resolución. La petición destinada a urgir un pago queda fuera de tales supuestos[232].

8.6. Inapelabilidad de la inicial resolución del juez sobre la admisibilidad del amparo por mora

Como ha explicado Creo Bay, sea que el juez rechace *in limine* o bien admita la procedencia de la acción y requiera informe, su decisión es inapelable, sin perjuicio de la viabilidad de otros recursos como la aclaratoria o reposición[233].

8.7. Informe de la Administración

Una vez analizada la procedencia de la acción, si lo estima pertinente, el juez requerirá a la autoridad administrativa que informe sobre las causas de la demora aducida[234].

Si bien la acción de amparo por mora constituye un mecanismo tendiente a resguardar al particular contra las demoras de la Administración en resolver las cuestiones que se le plantean, no cabe disponer la orden de pronto despacho por la sola comprobación del vencimiento de los plazos para resolver, pues corresponde, previamente, escuchar a la Administración y apreciar las razones que ésta esgrima para justificar la demora. Esta es, precisamente, la finalidad del informe que contempla el artículo 28[235].

En cuanto al contenido del informe, se ha decidido que los argumentos referentes a la existencia de cambios de autoridades u organismos, reducción de personal, etc., no son idóneos para dispensar la morosidad de la autoridad administrativa para resolver, en el caso, el pedido del particular, por serle inoponibles, como principio, a aquél, y por haber transcurrido un tiempo mucho más extenso que el fijado legalmente[236]. Tampoco resultan atendibles a tal efecto los argumentos referidos a la existencia de la intervención de varios organismos, los relacionados a cuestiones

[231] CNCAF, Sala II, 22/12/1988, "Bullrich".
[232] CNCAF, Sala III, 7/11/1989, "Ortiz, Marta R." y 5/09/1996, "Dolomita S.A.", JA 1998-II, síntesis; Sala V, 4/10/1995, "El Comercio Cía. Arg. de Seg. a prima fija S.A.".
[233] CNCAF, Sala IV, 27/02/1992, "Becerra de Gonzalez, Gustavo".
[234] CNCAF, Sala IV, 1/12/1992, "Auel, Heriberto J.", LL 1994-C, 567, J. Agrup., caso 9732.
[235] CNCAF, Sala I, 12/03/1991, "Barmit S.A."
[236] CNCAF, Sala IV, 30/04/1992, "Alpargatas S.A.I.C.".

burocráticas (exceso de pedidos de Títulos, escasez de personal y de medios) por los mismos motivos señalados más arriba[237].

8.8. La sentencia en el amparo por mora

De considerar procedente la acción de amparo por mora de la Administración, el juez librará la orden correspondiente para que la autoridad administrativa despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca[238]. La fijación de este plazo aparece deferida por la ley al arbitrio del juez de la causa[239].

La sentencia desestimatoria del amparo por mora, por considerar el juez que esta última no se ha configurado no obsta a que, si posteriormente transcurren los plazos establecidos normativamente o los que se estimen razonables, el actor intente nuevamente la acción. El administrado puede, pues, iniciar tantos amparos por mora respecto del mismo expediente como ocasiones incurran en aquélla el o los organismos intervinientes o que deban intervenir.

Finalmente, cabe señalar que, para la configuración de la mora de la Administración que torne procedente el recurso previsto en el art. 28, resulta menester que el deber de expedirse subsista al momento de dilucidarse la litis, ya que en estos casos resultan subsidiariamente aplicables las pautas de la ley 16.986[240].

8.8.1. Conversión del amparo en amparo por mora

Es procedente acoger como orden de pronto despacho en los términos del art. 28 de la ley 19549 una demanda de amparo que sólo en esos límites podía progresar. Nada obsta a la transformación de la acción, acudiendo al principio *iura novit curia*[241].

8.8.2. El juez no puede exceder el objeto de la pretensión y el fin del amparo por mora, establecido en la ley.

El objeto de la acción de amparo se limita a obtener del tribunal una orden de pronto despacho donde se emplace al organismo para que emita el dictamen o la resolución que se le requiere[242]. La acción tiene, así, un restringido marco de conocimiento (verificación de la demora administrativa por vencimiento de los plazos legales o reglamentarios para resolver o por exceso de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución requerida por el interesado) y, por ende, la condena tiene también un limitado alcance (libramiento de una orden de pronto despacho de las actuaciones administrativas)[243].

---

[237] CNCAF, Sala V, 17/10/1995, "Bongianino, Marcela."
[238] CNCAF, Sala IV, 1/12/1992, "Auel, Heriberto J.", LL 1994-C, 567, J. Agrup., caso 9733, cit.
[239] CNCAF, Sala III, 30/05/2000, "Podestá, Mario J.".
[240] CNCiv, Sala K, 29/11/1990, "Talerico Aldo J."; en análogo sentido, CNCAF, Sala II, 12/07/1990, "Geotécnica Cientec, S.A. c. ENTel", LL 1990-E, 87; Sala III, 23/05/1995, "Verloy SA".
[241] CNCAF, Sala III, 12/09/1995, "Maldonado Cartagena Esteban."
[242] CNCAF, Sala I, 12/03/1991, "Delrieu".
[243] Doct. de CNCAF, Sala III, 21/05/1992, "Villoldo, Hugo".

El juez no puede, entonces, determinar el contenido del acto cuya emisión ordena a la Administración, y menos reconocer otro derecho que el de obtener una decisión expresa (Muñoz).

En efecto: mediante el amparo por mora no se puede perseguir otra cosa que no sea obligar a la Administración a que emita un dictamen o una resolución de mero trámite o de fondo, quedando excluida la posibilidad de que se la condene a resolver de una manera dada[244].

Por ello, se descalificó una sentencia que hizo lugar al amparo y condenó a la Comisión Municipal de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires a que, en calidad de comodato, entregara al actor una vivienda adecuada para su grupo familiar[245].

8.9. Las costas en el amparo por mora

El modo de imposición de las costas en esta clase de procesos dependerá de que se consideren aplicables las disposiciones de la ley de amparo o las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 68 y ss.).

Cabe recordar que la ley 16.986, si bien comienza estableciendo que las costas se impondrán al vencido, aclara que "no habrá condena si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8°, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo (art. 14).

El Código citado recoge, en cambio, el llamado "principio objetivo de la derrota" como pauta general, de lo que se deduce que, aun en la circunstancia mentada por la ley de amparo, esto es, que en el transcurso del plazo para presentar el informe la Administración expida el dictamen o acto requeridos y los presente ante el juez, de igual forma le cabría a aquélla la imposición de las costas, por haber obligado al particular a litigar para obtener ese resultado.

En algunos casos jurisprudenciales así se ha resuelto, en atención a que fue el ente estatal quien con su accionar remiso y su falta de cumplimiento de los plazos impuestos por la legislación procesal administrativa, obligó a la actora a ocurrir a la protección judicial para lograr el pronto despacho y el dictado del acto que le requirió administrativamente[246].

En este sentido se ha decidido que:

a) La naturaleza unilateral del amparo por mora no impide la condena en costas, toda vez que su promoción se debe al retardo de la Administración que obligó al administrado a acudir a sede judicial[247].

b) Tratándose del proceso de amparo previsto en el art. 28 de la ley 19549, las costas están regladas por las previsiones del Código Procesal, en tanto no sean incompatibles con las de aquel cuerpo legal (art. 111 del dec. 1759/72) y no por el art. 14 de la ley de amparo, aplicado analógicamente[248].

---

[244] Doct. CNCAF, Sala IV, 3/10/1989, "Conflitti, Mario C.".
[245] CSJN, 1986, "Guzmán, Jorge Arturo." Fallos: 308:864.
[246] CNCAF, sala I, 20/10/1988, "De Abreu de Beronio, Marta N.", LL 1989-E, 287, con nota de Guido Santiago Tawil.
[247] CNCiv, Sala B, 5/04/1995, "Donati, Néstor D.", LL 1995-D, 307, con nota de Agustín.
[248] CNCAF, Sala I, 14/06/1988, "Marín Minones".

c) No cabe apartarse, en un amparo por mora, del principio general que en materia de costas establece el art. 68 del Código Procesal en la medida en que el actor fue obligado a litigar en ejercicio de una acción que la ley le reconoce[249].

Pero existe también jurisprudencia contraria. Pues se ha resuelto que:

a) Corresponde en el amparo por mora imponer las costas de ambas instancias en el orden causado cuando la demandada cumplió con su deber de resolver, y esta decisión fue acompañada en la primera oportunidad procesal otorgada a los efectos de contestar el informe de rigor y dentro del plazo conferido por el juez a tal fin, temperamento que permite exonerar de costas al demandado, en orden a que la cuestión encuadra en la previsión contenida en el art. 14 de la ley 16986, de aplicación supletoria en la especie, atento la similar naturaleza de ambas acciones sumarísimas[250].

b) Cuando en el amparo por mora no hubo parte vencida por haber devenido abstracto el objeto de la litis, al haber contestado la accionada el oficio del art. 28 informando el rechazo al reclamo del accionante, corresponde distribuir los accesorios en el orden causado (conf. art. 14 de la ley 16986 y 68, 2ª parte del CPCCN)[251].

c) Si el acto administrativo se dictó dentro del plazo otorgado para que la Administración contestara el oficio del art. 28, cabe apartarse del principio general que en materia de costas dispone la ley 16986 y distribuirlas en el orden causado[252].

Desde nuestra perspectiva, entendemos que si el amparo por mora es concebido como una especie de amparo y, en razón de esa circunstancia, procede acudir, para la resolución de las cuestiones no previstas en la normativa específica, a la aplicación analógica de la legislación general vigente en materia de amparo, correspondería atenerse a ésta y, por ende, resolver la cuestión de las costas con arreglo a sus mismos parámetros (Creo Bay).

8.10. Apelación

Es ésta una cuestión que ha dividido a la doctrina (Creo Bay) y a la jurisprudencia.

En relación con esta última cabe consignar que mientras en un plenario de la CNCAF se resolvió la inapelabilidad de la sentencia final decisora de la existencia o inexistencia de mora de la Administración[253], en otro se resolvió, en cambio, la procedencia de la apelación de la sentencia de primera instancia sobre la existencia o no de la mora[254].

Por nuestra parte nos inclinamos a compartir el criterio sentado en la causa "Esperanza" toda vez que, como lo expresara el Doctor José H. Meehan en su voto en ese fallo "…lo que se trata de obtener...un pronunciamiento de la administración dentro

[249] CNCAF, Sala IV, 5/08/1988, "Gatto, Antonio y otro", LL 1989-B, 407, con nota de Jorge Luis Maiorano.
[250] CNCAF, Sala I, 2/11/1993, "Causa, Raúl T.".
[251] CNCAF, Sala III, 7/11/1995, "Croce, Luis M." y 5/12/1995, "Geijo, Luis M.".
[252] CNCAF, Sala III, 4/05/2000, "ATA c/COMFER".
[253] CNCAF, 25/11/1980, "Esperanza, Dominga" (LL 1981-A-180) con comentario de Horacio Creo Bay.
[254] CNCAF, 5/02/1985, "Transportadora de Caudales Zubdesa S.A", (LL 1985-C, 511).

de un término que no se aparte razonablemente de lo previsto por la ley, se vería malogrado si se permitiese que la cuestión se debatiera en una doble instancia judicial". Este fue, asimismo, el criterio consagrado en el Proyecto de Código Contencioso Administrativo elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional en 1999 (artículo 56).

8.10.1. Plazos aplicables

Se discute aquí también si resulta aplicable el CPCCN o la ley de amparo 16986.

En la primera postura, se ha decidido que, al no existir un plazo para apelar o fundar recurso en la acción de amparo por mora del art. 28 de la ley 19549, no parece dudoso que le es aplicable lo dispuesto en el art. 244 del CPCCN que establece que no habiendo disposiciones en contrario, el plazo para apelar será de cinco días[255].

Se ha resuelto, en cambio, considerando la ley 16986, que resulta aplicable su art. 15 cuando el juez hizo saber expresamente a las partes (y éstas lo consintieron) que la causa tramitaría por el procedimiento que establece aquella ley en lo referente a los plazos, prueba y notificación[256]. En el mismo sentido, se ha decidido que si la demandada tomó conocimiento al momento de requerírsele el informe previsto en el art. 28 de que en la causa se aplicarían supletoriamente las disposiciones de la ley 16986, la apelación debe ser interpuesta dentro de las 48 horas de notificada la sentencia[257].

En cambio, si la aplicación supletoria de la ley de amparo 16986 no fue advertida por el juzgado a las partes en la primera providencia del amparo por mora, cuando tal circunstancia no está expresamente prevista en el art. 28 ni en ninguna otra norma de la ley 19549, ello importa una afectación tal del derecho de defensa que autoriza a aplicar las normas del CPCCN[258].

La cuestión es opinable; nos inclinamos, igual que en el caso de las costas, por la aplicación analógica de la ley de amparo, salvo que por las circunstancias de la causa –como ocurrió, por ejemplo, en el caso citado en el párrafo precedente- ello importe una afectación grave del derecho de defensa.

8.11. Consecuencias del incumplimiento por la Administración de la orden de pronto despacho

El juez, ante el incumplimiento de la sentencia, urgirá el trámite y, si el funcionario no cumple, debe hacerlo saber a la autoridad superior de éste, a los efectos de las correspondientes sanciones disciplinarias, ya que -de acuerdo con el art. 29 de la LNPA- el caso se considera encuadrado en la desobediencia a la justicia prevista en el art. 17 del decreto-ley 1285/58, sobre organización de la justicia nacional. Se ha criticado, con razón, la imposibilidad de aplicar esta norma cuando el organismo incumplidor es el Poder Ejecutivo Nacional, quien no tiene superior jerárquico (Rejtman Farah).

---

[255] CNCAF, Sala IV, 24/11/1992, "Reschini, José L.", JA 1993 - IV, síntesis.
[256] CNCAF, Sala II, 19/10/1993, "Reschini, José L.".
[257] Conf. CNCAF, Sala I, 7/12/1995, "Morandi, Cándido H.".
[258] CNCAF, Sala II, 30/03/1993, "Matteri, Celina M.".

También, eventualmente, puede el o los funcionarios incumplidores incurrir en responsabilidad penal (arts. 248, 249 y 250 del Código Penal) y civil (art. 1112 del Código Civil).

Otro de los recursos empleados por los jueces es el de la imposición de astreintes al organismo o a los funcionarios incumplidores, las que resultan aplicables al igual que en cualquier supuesto de demora o incumplimiento de resoluciones judiciales (Rejtman Farah). Sin embargo, bueno es recordar que actualmente la ley de déficit cero 25.453, al haber reformado el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la ley 18.345, impide a los jueces imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias (arts. 14 y 15).

9. Reclamo administrativo previo a la demanda judicial

9.1. La "reclamación administrativa" de la ley 3952 y el "reclamo administrativo previo" de la ley 19549

Antes de la sanción de la ley 3952 era requisito necesario para demandar a la Nación, la venia legislativa previa que debía otorgar el Congreso de la Nación.

A partir de la ley referida, para que el juez diera curso a la demanda contra la Nación, el demandante debía acreditar que había formulado "la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo", y su denegatoria. La reclamación se constituyó, así, en un presupuesto procesal o requisito de admisibilidad de la demanda (Grau) que vino, de todos modos, a ampliar la posibilidad de acceso a la jurisdicción.

Por influencia de la jurisprudencia, sin embargo, la ley 3952 fue interpretada restrictivamente y se refirió su alcance sólo a los casos en los cuales la Nación hubiera actuado como "persona jurídica", motivo por el cual se continuó exigiendo, en los supuestos de actuación estatal como "persona de derecho público", la obtención de la pertinente autorización legislativa (Escola).

La Ley 11.634 modificó, entonces, el art. 1º de la ley 3952, y dispuso que la reclamación administrativa ante el PEN, una vez resuelta habilitaba la vía judicial, tanto en los casos en que la Nación había actuado como persona jurídica, como en aquellos en que había actuado como persona de derecho público.

La ley 19549 mantuvo el sistema, sin perjuicio de la reducción de los plazos que dispuso.

Vigentes ambas normas, las opiniones sobre su ámbito de aplicación dividen a los autores.

Algunos entienden que ha quedado derogada -en forma orgánica o institucional- la ley 3952. En este sentido, Pearson y Grau sostienen que la citada ley fue objeto de una derogación orgánica o institucional de manera parcial, en la parte directamente vinculada con el reclamo previo. Otros, que dicha norma continúa aplicándose para la actuación de la Administración en el ámbito del derecho privado (Mairal).

Por su parte, Mairal, considera que la referencia prevista en el art. 32 inc. d) de la LNPA, con anterioridad a su reforma por la ley 25344 -que eximía de la obligatoriedad del reclamo administrativo en los casos de acción de desalojo contra el

Estado- suponía la intención del legislador de abarcar con la LNPA a las cuestiones civiles de derecho privado contra la Administración, por lo que esta ley constituía la norma general en la materia.

Otros sostienen que la cuestión debe resolverse atendiendo al ámbito subjetivo de aplicación establecido en el art. 1º de la LNPA, por lo que cuando se intente demandar al Estado Nacional por la actividad u omisión de aquellos órganos y entes que se encuentran fuera de los indicados en dicha norma, será aplicable la ley 3952 (Bianchi).

Así, por ejemplo, se postula la aplicación de esta última ley en el ámbito de la actividad administrativa del Poder Judicial pues, al no existir norma de procedimiento aplicable a ese ámbito, ni estar prevista la supletoriedad, cabe aplicar analógicamente la regulación jurídica que más se compadezca con la naturaleza de la actividad en cuestión. Por ello se entendió que, al no existir recurso reglado, el administrado debía agotar la "vía administrativa" mediante la reclamación administrativa previa regulada por la ley 3952 [ya que la ley 19549 no podría aplicarse al caso por la limitación establecida en su art. 1º (Barra)], solución que podría extenderse a la actividad de igual tenor emanada del Poder Legislativo aunque, en ambos casos, se entendió que no parecía lógico que el reclamo fuera resuelto por el Poder Ejecutivo sino por la autoridad superior del órgano ante el que se había planteado el reclamo.

Al respecto, cabe señalar que, en un caso en el que varios profesionales iniciaron acción de amparo impugnando una Acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la CSJN -adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal- sostuvo que, en atención a la naturaleza administrativa de la reglamentación general establecida por la Acordada, los actores no pudieron soslayar el reclamo previo ante la Cámara citada, a fin de intentar en esa sede la revisión de lo actuado, ya que resultaba obligatorio el agotamiento de la vía administrativa tendiente a permitir al organismo administrativo enmendar el acto lesivo de los derechos constitucionales; después de lo cual, de resultar procedente, quedaría habilitada la acción de amparo[259].

Tras un exhaustivo examen de esta cuestión, Jeanneret de Pérez Cortés concluye, en opinión que compartimos**,** en que "las disposiciones de los arts. 30 y siguientes de la Ley N° 19549 importan el establecimiento de normas generales para llevar al Estado a juicio cuando, como principio, no se trate de la impugnación judicial de actos administrativos de alcance general o particular, con la consiguiente derogación, en lo pertinente, de la Ley N° 3952. El régimen sería también comprensivo de las causas civiles en las que se debatan cuestiones regidas por el derecho común … Desde otro ángulo … el mencionado título IV es aplicable en forma directa para la impugnación judicial de la actividad administrativa y reglamentaria de la Administración Pública – incluidos los organismos militares y de defensa y seguridad-, del Poder Legislativo y del Poder Judicial, así como respecto de los actos administrativos dictados en relación con un contrato administrativo, en los indicados ámbitos".

9.2. El reclamo administrativo previo

[259] CSJN, 03/10/1989, "Bonis, Pedro Luis y otros s/ amparo", Fallos: 312:1891.

La figura del reclamo administrativo previo, contenida en el art. 30[260] de la LNPA, debe ser diferenciada del reclamo impropio establecido para la impugnación de actos de alcance general en el art. 24 inc. a) de la misma ley. El reclamo del art. 30 se interpone ante el Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica correspondiente, en tanto que el reclamo impropio se interpone ante la autoridad que dictó el acto de alcance general.

El reclamo administrativo previo es un remedio que se acuerda al particular, distinto y al mismo tiempo similar al de los recursos, orientado siempre a lograr el restablecimiento de la juridicidad en la Administración Pública cuando su orden ha sido vulnerado (Pearson).

---

[260] Artículo 30: "El Estado Nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas."
El art. 31 prevé que "El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte y sesenta días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente."
El art. 32, por su parte, dispone que "El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual".
El texto de los artículos 30, 31 y 32 anterior a su reforma por la ley 25344 (emergencia económico financiera, BO 21/11/2000) era el siguiente:
Art. 30: "El Estado Nacional no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo, dirigido al Ministerio o Comando en Jefe que corresponda, salvo cuando se trate de la impugnación de actos administrativos de alcance particular o general. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derecho que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por el Poder Ejecutivo, o por las autoridades citadas si mediare delegación de esa facultad.
Recurrido un acto en todas las instancias administrativas correspondientes, las cuestiones planteadas y resueltas expresamente en esa vía por la última instancia, no podrán reiterarse por vía de reclamo; pero sí podrán reiterarse las no planteadas y resueltas y las planteadas y no resueltas."
Art. 31: "El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco días, podrá iniciar la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción."
Art. 32: "El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:
a) Un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del art. 31.
b) Antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario;
c) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;
d) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria.
e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil.
f) Se demandare a un ente autárquico, o a una empresa del Estado, una sociedad mixta o de economía mixta, o a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, o las sociedades del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio."

Por eso creemos que la administración debe admitir la tramitación de la reclamación administrativa con criterio amplio, sin abrir juicio sobre si procede o no la ulterior acción judicial, ya que, como sostiene Escola, ello debe ser considerado y resuelto a su debido tiempo.

En tanto presupuesto procesal para iniciar la demanda, resulta útil en la medida en que concede al Estado la oportunidad de revisar su conducta y constituye un medio para evitar la promoción de un juicio, pues tiene por objeto que los órganos administrativos competentes examinen las pretensiones de los administrados con aquel fin[261]. Se ha decidido, asimismo, que el procedimiento del reclamo administrativo no causa agravio a la Administración, pues esa vía procura, entre otras finalidades, que los órganos estatales puedan proveer de modo más eficaz a la defensa del interés público[262].

9.3. El reclamo administrativo previo. Caracteres.

9.3.1. Plazo para su interposición

No existe plazo para interponer el reclamo administrativo previo, salvo el de prescripción correspondiente (Gordillo).

9.3.2. Ante quién se presenta

Ante el Ministerio, Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica correspondiente.

9.3.3. Principio de congruencia

Su contenido debe versar sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial. Se ha señalado que este principio debe ser interpretado flexiblemente de modo de admitir en sede judicial:

a) Modificaciones en la fundamentación jurídica de la pretensión y

b) La introducción de cuestiones de hecho accesorias de la pretensión principal (Bianchi).

Se ha considerado, con criterio que compartimos, que no se debe ser estricto al evaluar el cumplimiento del recaudo de congruencia, teniendo en cuenta que el particular puede formular su reclamo administrativo sin asistencia letrada, por lo que parece excesivo exigirle que funde jurídicamente su pretensión en esa sede. La congruencia –entiende- debe versar sobre las pretensiones y los hechos, no sobre la fundamentación jurídica, aspecto respecto del cual tampoco debe privarse al juez de dar el adecuado marco normativo al litigio (Gusman).

Sobre esta cuestión, en la jurisprudencia se ha afirmado que:

[261] CNCAF, Sala III, 17/10/1996, "Contrera, Lía del Valle", LL 1997–F, 682.
[262] CNCAF, Sala III, 28/04/1988, "Astilleros Corrientes SA", LL 1988-E, 227, cit.

a) El órgano jurisdiccional ve limitada su competencia a lo debatido en sede administrativa[263].

b) Debe haber congruencia entre lo reclamado ante la Administración y lo pretendido judicialmente, ya que no puede en principio ésta sobrepasar de aquélla[264].

c) Es cuestión previa a todo análisis la fijación de los alcances de la acción intentada, pues en el juicio contencioso administrativo rigen principios diversos de los del proceso civil, por cuanto en aquel tipo de proceso se trae a revisión jurisdiccional una actuación previa de la Administración. Ello, conforme a la configuración de la vía administrativa previa, ora en vía de recurso, ora de reclamo, que habilita la instancia y que versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial. Tal exigencia deviene de la necesidad de que los conflictos que se susciten entre la Administración y los particulares puedan ser resueltos, en principio, dentro de la propia órbita de aquélla, permitiendo obtener en forma menos onerosa y conflictiva el reconocimiento de los derechos de los segundos[265].

9.3.4. Legitimación

Respecto de la legitimación para interponer el reclamo administrativo previo, hay quienes sostienen que la ostentan tanto quienes son titulares de derechos subjetivos como de intereses legítimos. En cambio, otros entienden que sólo puede promoverlo quien invoque un derecho subjetivo, ya que el reclamo guarda una relación directa y exclusiva con la demanda judicial (Pearson).

Compartimos la opinión de quienes afirman que puede interponer el reclamo administrativo previo quien ostente tanto derechos subjetivos como intereses legítimos, ya que cabe aplicar el art. 3º de la reglamentación de la LNPA, aprobada por el decreto 1759/72 (T.O. 1991) (Tawil), que acuerda legitimación en el procedimiento administrativo –como el que se pone en marcha al interponer un reclamo administrativo previo- a los titulares de ambas situaciones jurídicas subjetivas (Jeanneret de Pérez Cortés).

9.3.5. Presentación del reclamo

No está sujeta a formalidades específicas.

9.3.6. Plazo de resolución

El plazo para resolverlo es el establecido en el art. 31 (90 días, a cuyo término debe interponerse pronto despacho, pasados 45 días sin resolución, queda habilitada la vía judicial, ya que se produce el "silencio habilitante" de aquélla)[266]. Con la reforma de

[263] CSJN, 04/06/1991, "Necon SA.", Fallos: 314:491.
[264] CNCAF, Sala III, 22/05/1986, "Galicia".
[265] CNCAF, Sala IV, 24/08/1989, "Hemarsa SACIFI", LL 1990-A, 107, cit.
[266] CNCAF, Sala III, 9/05/1989, "Woll".

la ley 25344 se permite actualmente que el Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, amplíe fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte y sesenta días respectivamente.

En la jurisprudencia, se ha dicho que los plazos indicados en el art. 31 sólo resultan plazos mínimos, antes de los cuales no podrá intentarse el pronto despacho o la acción respectivamente[267].

9.3.7. Irrecurribilidad

La denegatoria expresa del reclamo no puede ser recurrida en sede administrativa, regla que también parece derivarse del art. 73 de la RLNPA. Se considera que esta regla fue impuesta por el legislador a fin de profundizar la distinción tajante entre la vía recursiva y la reclamatoria (Gusman).

9.3.8. Se trata de un trámite necesario para habilitar la instancia judicial

Por ello, se ha resuelto que es improcedente el recurso extraordinario cuando no se efectuó la reclamación administrativa previa -establecida en el art. 30 de la ley 19549- ante la autoridad competente en el ámbito administrativo, y la recurrente no ha intentado siquiera alegar que la reiteración del trámite administrativo podría originar la extinción de su crédito por prescripción[268].

9.4. Efectos de la interposición del reclamo administrativo previo

9.4.1. Suspensión o interrupción de los plazos de prescripción

Se discute en doctrina cuál es el efecto de la interposición del reclamo sobre la prescripción de la acción judicial. Entendemos que es el previsto en el artículo 1° inciso e, apartado 9 de la LNPA, esto es, la suspensión del aludido plazo.

9.4.2. Aplicación del plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA

Con anterioridad a la reforma de la ley 19549 por la ley 25344, ya se planteaba el interrogante de si, resuelto el reclamo mediante un acto administrativo expreso denegatorio, regía el plazo del art. 25 (plazo de caducidad), para interponer la demanda correspondiente.

---

[267] CNCAF, Sala III, 9/11/1999, "Claiman, Héctor", cit.

[268] CSJN, 09/11/1989, "Pensavalle SA. c/ Estado Nacional (Mrio. de Obras y Servicios Públicos - Servicio Nacional de Arquitectura) s/ ordinario", Fallos: 312:2150.

En la actualidad, después de la reforma introducida por la ley 25344 se han esgrimido las siguientes posiciones (no sólo respecto de la aplicación del plazo de caducidad para el caso de denegatoria expresa, sino también en el supuesto de silencio de la Administración):

a) Es necesario, de acuerdo al tenor literal de la norma, acudir a sede judicial en los referidos plazos, cuando se opere la denegatoria tácita del reclamo (Mairal-Hutchinson-Bianchi- Monti).

Crivelli critica negativamente la regulación legislativa, sobre la base de los siguientes argumentos:

1) La Administración tiene el deber de resolver en tiempo, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1°, inc. e, apart. 1, y 3° de la LNPA; 3°, inc. h) del decreto 229/00 (Carta Compromiso con el Ciudadano), y 2° inc. e) de la ley 25188 de Ética en la Función Pública.

2) El quebrantamiento del deber de resolver nunca puede convertirse en un derecho para la Administración.

3) La denegatoria ficta se produce por decisión del particular, nunca por imposición de una norma.

4) La introducción del plazo del art. 25 se contradice con las disposiciones de los arts. 10 y 26 de la ley (Crivelli).

En el mismo sentido, Halperín postula que una norma como la examinada afecta la garantía de defensa y Canosa sostiene que, al castigar al particular que debe iniciar la acción antes del vencimiento del plazo de caducidad, se está premiando al funcionario que incumple con su obligación, citando para ello los arts. 1°, inc. f), ap. 3, 3° y 7°, inc. c) de la ley y el decreto 229/00. Se ha considerado incluso que puede tildarse de inconstitucional la norma en cuanto postula la aplicación de los plazos de caducidad en el supuesto de silencio de la Administración (Mairal).

Es bueno destacar que los plazos de caducidad comenzarán a computarse sólo si el particular interpone pronto despacho y después de él transcurre el plazo de 45 ó 60 días, según el caso, sin que exista plazo para que el particular proceda así (Hutchinson). En este sentido, señalan Siseles y Vincenti que con la modificación de la ley, el particular "sólo conserva la facultad de decidir cuándo requerir pronto despacho después de vencido el primer plazo para resolver su reclamo, pero una vez que ejerció ese derecho, el plazo para demandar judicialmente comenzará a correr automáticamente al vencimiento del término de cuarenta y cinco días que prevé la norma para la conclusión del trámite del reclamo".

Por otra parte, ínterin tramita el reclamo, los plazos proseguirán suspendidos por aplicación del art. 1° inc. e, ap. 9 de la ley, y no podrá operarse la caducidad del procedimiento, ya que éste no se encontrará paralizado por causa imputable al particular, sino a la Administración, que omite ilegítimamente su obligación de resolver.

Por su parte, Cassagne y Perrino entienden que el nuevo texto del art. 31 de la ley origina dudas acerca de la aplicación del plazo de caducidad para demandar en los supuestos en que se ha configurado el silencio en la vía del reclamo. Señalan que la norma, "si bien primero determina que configurado el silencio el interesado 'podrá' iniciar la demanda, seguidamente dispone que aquélla 'deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25', para culminar prescribiendo 'sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción'". De ello derivan

que "no obstante que el legislador reemplazó la expresión 'en cualquier momento' por otra en la que se exige la presentación de la demanda 'en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25', la utilización del verbo *podrá*, más la referencia a los plazos de prescripción, permitiría sostener que no se aplica el plazo de caducidad cuando se configura el silencio. De lo contrario, la mención al plazo de prescripción sería inconsecuente, ya que nunca este lapso será inferior al previsto en el art. 25 de la LNPA", a lo que agregan la redacción inmodificada del art. 26, de la que se deriva que ante una misma situación (el silencio administrativo) el legislador habría establecido consecuencias disímiles.

En cambio, Siseles y Vincenti sostienen –en opinión que compartimos- que "por la forma de redacción y los demás requisitos que le impone la norma, en realidad parece que esa opción se limita a demandar –en las condiciones que fija la disposición- o a desistir de su pretensión", lo cual también es coherente con la jurisprudencia de la CSJN que, al interpretar el término "podrá" incluido en diversas normas relacionadas con la posibilidad de interponer recursos judiciales contra actos de la Administración, ha dicho que ese vocablo no otorga al particular sino la posibilidad de dejar la esfera administrativa para pasar a la judicial, reservándose la ley el señalamiento del plazo dentro del cual debe plantearse la acción o el recurso[269].

Cabe preguntar si, después de la reforma introducida por la ley 25344 –que fija plazo para accionar en caso de silencio frente al reclamo-, corresponde aplicar también ese plazo al cuestionamiento de la decisión expresa recaída en el reclamo. Se ha respondido positivamente ese interrogante, en conclusión a la que adherimos, no sólo porque sería irrazonable exigirlo en los casos de denegación tácita y no en los de resolución expresa, sino, además, porque, como ya dijimos, pensamos que no existen motivos para excluir a ese acto del plazo previsto por el artículo 25.

9.5. Excepciones a la obligatoriedad del reclamo

Con anterioridad a la sanción de la ley 25344, que redujo notoriamente la cantidad de excepciones a la exigencia del reclamo administrativo previo vigentes hasta ese momento, se interpretaba que, como principio, no era necesario formular el reclamo antes de interponer la demanda judicial (Gordillo), o que el reclamo era la excepción y no la regla.

Por el contrario –como sostiene Crivelli- "la ley 25.344 pretendió erigir a este reclamo previo como el requisito ineludible para acceder a la acción judicial, suprimiendo así casi todas las excepciones específicas que contenía la mentada norma".

¿Cuáles son los supuestos de excepción a la obligatoriedad de interposición del reclamo administrativo previo que subsisten?

En primer lugar, los previstos en leyes especiales, por ejemplo, en el art. 53 de la ley nacional de expropiaciones 21.499, que establece la innecesariedad del reclamo previo cuando se acciona por expropiación irregular contra actos, hechos u omisiones de la Administración, que impongan al derecho del titular de un bien o una cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad.

[269] CSJN, 21/09/1989, "Donaruma, Héctor", Fallos: 312:1724, en este mismo sentido, 19/11/1987, "Maffei, Enrique", Fallos 310:2336.

En el régimen general de la ley 19549, las excepciones que han subsistido son las siguientes:

Art. 32 inc. a): Los casos en que se intente una repetición contra el Estado de lo pagado en una ejecución, o de un gravamen pagado indebidamente.

Ambos supuestos contemplan los casos de reclamos monetarios del Estado contra el particular, que éste haya pagado con ejecución o sin ella, y cuya repetición quiera demandar al Estado (Gordillo).

De este inciso se deriva también que puede reconvenirse en una demanda iniciada por la Nación contra el particular, sin reclamo administrativo previo e, igualmente, si el nuevo juicio es promovido como consecuencia de otro anterior seguido por la Nación contra el actor del juicio actual (Gordillo).

La inclusión del caso de la repetición de un gravamen pagado indebidamente puede dar motivo a confusiones, como señala Pearson, ya que la materia tributaria cuenta con una normativa específica (ley 11683), por lo que la disposición resultará aplicable en todo aquello en que ese otro cuerpo legal no sea aplicable (Pearson).

Art. 32 inc. b: Se refiere a los casos en que se pretendiere demandar al Estado por el pago de daños y perjuicios derivados de su responsabilidad extracontractual.

En principio, conforme a lo dispuesto en el decreto 28.211/44, y con anterioridad al dictado de la LNPA, el monto de los daños y perjuicios a cargo del Estado debía ser determinado en sede judicial. A partir de la sanción de la ley 19549 se afirma que no puede razonablemente sostenerse que falte en sede administrativa una vía procedimental adecuada para tramitar los reclamos por daños y perjuicios contra el Estado Nacional[270].

En este sentido, la PTN consideró que el decreto 28.211/44 debía ser objeto de una interpretación flexible[271], ya que correspondía aplicarlo a aquellas situaciones cuyas características se ajustaran a la finalidad perseguida por ese instituto legal. Se argumentó que -teleológicamente- la norma se explicaba porque ordinariamente, en todo reclamo indemnizatorio dirigido contra el Estado, resulta dudosa la pretendida responsabilidad de éste o bien no está exento de defectos el modo por el cual el supuesto damnificado interpone el reclamo o, por último, es sumamente problemático establecer el monto de la indemnización. En definitiva, con ella se procuró evitar que el Estado aparezca actuando como juez y parte a la vez, con no poco riesgo para el particular afectado y por ello mismo, con escasa utilidad práctica[272].

Se sostuvo que la aplicación del decreto no era procedente en casos de no existir duda relativa a la responsabilidad del Estado, si el reclamo aparecía perfectamente adecuado a aquélla y delimitado en cuanto a su objeto, o si la suma exigida se ofrecía como cantidad líquida, sin que resultara necesario efectuar estimación o valuación de perjuicio alguno. Por ello se aconsejaba que, en esos casos, se hiciera lugar al reclamo en vía administrativa[273].

En cuanto a las excepciones a la obligatoriedad del reclamo que fueron suprimidas por la reforma introducida por la ley 25344, la jurisprudencia, a pocos meses de sancionada aquélla, ha reinstaurado la que preveía el art. 32 inc. e), esto es, la que descartaba esa obligatoriedad en el caso en que mediara una clara conducta del Estado

[270] Dictámenes: 128:150. El resarcimiento puede ser solicitado en ambas vías (Dictámenes: 135:244).
[271] Dictámenes: 181:14.
[272] Dictámenes: 133:493.
[273] Dictámenes: 133:493.

que hiciera presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando al reclamo en un "ritualismo inútil"[274]. La doctrina también se pronunció por la necesaria subsistencia de esta excepción (Canosa-Siseles y Vincenti-Monti).

Gordillo señala que el *quid* de la cuestión está en determinar cuándo se configura este supuesto, en el que el reclamo sólo pueda arrojar resultados estériles, que solamente entorpece el accionar de unos y otros.

Se ha considerado que se genera esta situación cuando:

a) Se demanda la inconstitucionalidad de diversos decretos dictados por el Poder Ejecutivo, por lo que la Administración no se encuentra facultada para decidir la cuestión, ya que debe acatar el ordenamiento legal. Ello pone de manifiesto que la exigencia de un reclamo administrativo previo no tendría finalidad práctica ni otra consecuencia que postergar innecesariamente la intervención que corresponde al Poder Judicial[275].

b) En cambio, en otro precedente se consideró que la Administración puede analizar la inconstitucionalidad de un reglamento y si lo considera violatorio de normas de mayor jerarquía debe derogarlo (art. 83 RLNPA). Por ello, en un caso donde el cuestionamiento versa sobre una norma cuya autoridad de elaboración y aplicación sea la propia Administración, el reclamo previo es una vía para su juzgamiento. Con mayor razón cabe decir lo propio respecto de los reglamentos o disposiciones de una empresa estatal cuya ilegitimidad, por inconstitucionales, peticionaba el actor[276].

En casos de proliferación de demandas similares y la invariable resistencia opuesta a ellas por el Estado[277] se ha dicho que:

a) Si la Administración demandada al contestar la acción se opone a su progreso en una clara actitud negativa a la petición, obligar al administrado a reclamar en sede administrativa sobre la pretensión incoada constituye un ritualismo inútil que no debe admitirse[278].

b) El reclamo deviene improcedente al haber contestado el Estado la demanda, ya que tal conducta viene a cerrar precisamente la posibilidad de que el afectado pueda eventualmente encontrar en la instancia previa una consideración a su pedido, por lo que exigir el cumplimiento de tal recaudo, como paso ineludible para una posterior acción judicial, comportaría un exceso ritual que no se aviene con el adecuado servicio de justicia, exceso éste que, con menoscabo de los principios de economía y celeridad que gobiernan el proceso civil, postergaría innecesariamente la definición de la litis[279].

c) La exigencia de agotar la vía administrativa constituiría un ritualismo inútil conforme a lo establecido en el art. 32 inc. e), toda vez que la conducta desplegada por el Estado al contestar la demanda en las actuaciones y en gran cantidad de causas por el mismo objeto, demuestra una postura irreductible en cuanto a la constitucionalidad del decreto impugnado y al consecuente rechazo de la pretensión

[274] CNCAF, Sala II, 23/10/2001, "Castillo", en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/11/2001; en el mismo sentido, Sala I, 15/03/2001, "Young, Silvia". En cambio, la Sala III ha considerado derogada la excepción (14/06/2001, "Aparicio, Miguel A.").
[275] CNCAF, Sala IV, 20/12/1988, "Farga".
[276] CNCAF, Sala IV, 23/11/1989, "Ramos".
[277] CNCAF, Sala I, 21/02/1989, "Andereggen, Vicente", cit.
[278] CNCAF, Sala I, 18/11/1999, "Gabriele Jorge Omar y Otros".
[279] CNCCF, Sala II, 17/03/1992, "Fletamar SAC".

esgrimida, razón por la cual exigir el agotamiento de la vía administrativa implicaría un inconducente y excesivo rigor formal frustratorio de la garantía de la defensa en juicio. En definitiva, resulta aplicable el art. 32 inc. e) pues ha mediado una clara conducta por parte del Estado Nacional que hace presumir, *iuris tantum*, la ineficacia cierta del procedimiento, transformando al reclamo en un ritualismo inútil[280].

d) El reclamo constituye un ritualismo estéril cuando, en ocasión de contestar la demanda, el Estado Nacional negó los hechos invocados por el actor y dijo no adeudar la suma reclamada por éste, desconociendo igualmente la documentación acompañada con el escrito inicial. No es dudoso entonces que la admisión de la defensa importaría un pronunciamiento teñido de excesivo rigor formal, que en casos análogos la Corte Suprema ha descalificado precisamente por ese motivo, pues la actitud que la accionada ha asumido en el proceso revela que el procedimiento citado sería ineficaz a los fines pretendidos por el accionante –pues la demandada ya se ha expedido en este ámbito judicial, de manera expresa, acerca de la improcedencia e ilegitimidad de la pretensión de la actora-, siendo evidente así la inutilidad de compelerla a someterse a un trámite con resultado final conocido, a la luz de las constancias existentes en la causa[281].

e) La exigencia de la interposición de un reclamo administrativo previo a la demanda judicial no es imprescindible cuando ello importe un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de la defensa en juicio garantizada en el art. 18 de la CN. Asimismo, en supuestos de duda rige el principio *pro actione* por el que debe estarse a favor de la habilitación de la instancia. En el caso, exigirle a la actora el agotamiento previo de la instancia administrativa, teniendo en cuenta los términos de la contestación de la demanda, el tiempo transcurrido desde los reclamos por carta documento cuyas copias obran en autos y los contratiempos sufridos por esta causa, configuran un formalismo estéril, contrario a los principios de acceso a la jurisdicción judicial y de celeridad que deben presidir el proceso[282].

En general, en los casos en que resultaría un ritualismo inútil enviar las actuaciones a sede administrativa a los efectos de que la actora plantee un reclamo administrativo cuando hubiera mediado por parte del Estado una clara conducta que hiciese presumir la ineficacia cierta del procedimiento[283].

9.5.1. La innecesariedad del reclamo administrativo previo en las demandas contra las Empresas del Estado, Sociedades de Economía Mixta, Sociedades del Estado y Sociedades Anónimas con la Participación Estatal Mayoritaria.

No obstante la regulación que hizo la ley 19549 del reclamo previo, de la cual una lectura meramente literaria permitiría suponer que la regla general era la necesidad de la interposición de aquél salvo cuando se tratara de la impugnación judicial de actos administrativos de alcance general o particular, lo cierto es que, a través de todas las excepciones previstas en el viejo art. 32, la excepción pareció convertirse en regla.

---

[280] CNCAF, Sala V, 28/10/1998, "Ranone Carlos".
[281] CNCCF, Sala II, 7/12/1999, "Podegar SA", LL 2000–C, 899.
[282] CNCCF, Sala III, 16/11/1999, "Diarios y Noticias SA".
[283] CNCAF, Sala I, 24/10/1995, "Malharro de Torres, Margarita A."; Sala IV, 9/05/2000, "Olivera, Nicasio", LL 2001–A, 389.

9.5.1.1. La reforma introducida por la ley de emergencia 25.344 y las Empresas del Estado, Sociedades de Economía Mixta, Sociedades del Estado y Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria.

El art. 12 de la mencionada ley de emergencia económica dispone la sustitución del texto del art. 30 de la LNPA, el cual, en lo que aquí interesa, preceptúa, ahora, que el Estado Nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser judicialmente demandados sin previo reclamo administrativo, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24 (referidos a la impugnación judicial de actos de alcance particular y general).

Asimismo, en la nueva redacción que la ley 25344 le otorga al art. 32, no se incluye, como ocurría con el texto anterior, como excepción a las empresas del Estado, Sociedades mixtas o de Economía Mixta y Sociedades del Estado. Esta última circunstancia, sin embargo, no debe llevarnos a la conclusión de que actualmente sí es necesaria la reclamación administrativa previa cuando se trata de demandar a una de esas personas jurídicas.

En efecto, la ley en su redacción actual sólo exige el reclamo administrativo previo a la demanda judicial cuando la accionada sea el Estado Nacional o sus entidades autarquícas, como ya se indicó.

Por ello, y habida cuenta que a las citadas entidades empresariales o societarias no corresponde vestirlas con el ropaje jurídico de entidad autárquica (Cassagne), hubiera resultado sobreabundante exceptuarlas expresamente en el art. 32. Es por ese motivo, entonces, que aquéllas ya no se encuentran enumeradas entre las excepciones del art. 32 [Comadira (h)].

Si el legislador hubiera querido, pues, que previo a una demanda contra alguno de esos organismos, se interpusiera el reclamo administrativo previo, habría procedido de la misma forma en que lo hizo con las entidades autárquicas (Canosa-Halperín).

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Aguilar Valdez, Oscar, Reflexiones sobre las "funciones jurisdiccionales" de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración -con especial referencia al Ente Regulador del Gas y de la Energía Eléctrica, Buenos Aires, 1994, tesina presentada para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Austral, publicada en el Anuario del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Austral, Nº 1.
2. Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, t. II, Barcelona, 1970.
3. Barra, Rodolfo C., La potestad reglamentaria de la Administración, RAP, n.1.
4. Barra, Rodolfo C., Precisiones sobre la aplicación del derecho administrativo a la actividad administrativa del órgano judicial, ED 104-159.
5. Barra, Rodolfo C., Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1980.
6. Bianchi, Alberto B., ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, nota al fallo "Serra", LL 1995-A, 397.
7. Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, el proceso y la jurisdicción constitucionales, Buenos Aires, 1992.
8. Bidart Campos, Germán, Rechazar de oficio la habilitación de la instancia judicial produce indefensión, nota al fallo "Cohen, Rafael", ED 138-317.

9. Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional, t. II, Buenos Aires, 1986.
10. Bielsa, Rafael, Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1923.
11. Boquera Oliver, José M., en Derecho Administrativo y Socialización, Madrid, 1965.
12. Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?, Buenos Aires, 1951.
13. Braibant, Guy - Stirn, Bernard, Le droit administratif francais, Paris, Presses de Sciences Politiques: Dalloz, 1997, 4e. Edit. Revue et mise à jour, p. 530; Droit public, sous la direction de Jacques Moreau, Tº 2, Droit administratif, 3e. édition, Paris, 1995.
14. Calvo Sánchez, Luis, en la obra colectiva de Revista española de derecho administrativo, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 para celebrar el número 100 de la Revista, Madrid.
15. Can, Steven J., Administrative Law, Second Edition, 1998.
16. Canosa, Armando, Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica, Buenos Aires, 2001.
17. Canosa, Armando, Los recursos administrativos, Buenos Aires, 1996.
18. Caputi, Claudia, Los alcances de la legitimación de las asociaciones, en El Derecho, suplemento de Derecho Administrativo, 29/6/2001.
19. Cassagne, Juan C., Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, ED 45-829.
20. Cassagne, Juan C., Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado nacional, ED 45-829.
21. Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Buenos Aires, t. II, 1982.
22. Cassagne, Juan C., El Control Jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general, Actualidad en el Derecho Público, números 15/16, p. 295.
23. Cassagne, Juan C., El plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos públicos, ED 118-377.
24. Cassagne, Juan C., La intervención administrativa, Buenos Aires, 1994, 2da. edic.
25. Cassagne, Juan C., Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la LNPA y en el RLNPA), ED 131-911.
26. Cassagne, Juan C., La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional, LL 1979-C, 721.
27. Cassese, Sabino, Las bases del Derecho Administrativo, Madrid, 1994.
28. Chapus, René, Droit du contentieux administratif, E.T.A., 1998, 7e. édition.
29. Comadira, Julio P., La innecesariedad del reclamo administrativo previo en las demandas contra Sociedades del Estado, publicado en elDial.com, Suplemento de Derecho Administrativo, 15 de octubre de 2002.
30. Comadira, Julio R., Derecho Administrativo, Buenos Aires, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2003.
31. Comadira, Julio R., El caso 'Gorordo': Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad, ED 181-960.
32. Comadira, Julio R., Procedimiento Administrativo y Denuncia de Ilegitimidad, Buenos Aires, 1996.

33. Creo Bay, Horacio, Amparo por mora de la Administración Pública, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1995.
34. Creo Bay, Horacio, La apelabilidad de las sentencias dictadas en los amparos por mora de la administración y el final de una polémica, LL 1985-C, 511.
35. Creo Bay, Horacio, La menor cuantía del amparo por mora de la administración, nota al fallo de la CNCAF, "Esperanza, Dominga", LL 1981-A, 180.
36. Crivelli, Julio César, La emergencia económica permanente, Comentario al derecho argentino de la emergencia: Ley 25.344-Legislación y Jurisprudencia, Buenos Aires, 2001.
37. de Estrada, Juan Ramón, Juicios contra el Estado Nacional, Plazos para interponer acciones o recursos, JA 1980-II-767.
38. de Laubadère, André, Manual de derecho administrativo, Bogotá, 1984.
39. de Laubadère, André, Venezia, Jean-Claude, Gaudemet, Yves, Traité de droit administratif, Paris, L.G.D.J, 1996, Tº I, 14e. édition.
40. Diez, Horacio, Reglamentos, su impugnación en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1998.
41. Diez, Manuel, Derecho Procesal Administrativo, Buenos Aires, 1983.
42. Dromi, Roberto J., Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública, Colombia, 1980.
43. Dromi, Roberto J., El procedimiento administrativo, Madrid, 1986.
44. Escola, Héctor J., Compendio de Derecho Administrativo, volumen II, Buenos Aires, 1984.
45. Escusol Barra, Eladio-Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, Derecho Procesal Administrativo, Madrid, 1995.
46. Estévez Pardo, José, Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3, LJCA) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, RAP, n° 108, Madrid, 1985.
47. Fernández Vázquez, Emilio y Sendín, Emilio M., Procedimiento administrativo nacional, Decreto ley 19549/72 y reglamento aprobado por decreto 1759/72, Glosados y concordados, Buenos Aires, 1974.
48. Fiorini, Bartolomé A., ¿Qué es el contencioso administrativo?, Buenos Aires, 1965.
49. Fiorini, Bartolomé A., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1976, t. II.
50. Fiorini, Bartolomé A., Los actos administrativos generales y su impugnación en la ley 19549, LL 149-912.
51. Forsthoff, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958.
52. Gambier, Beltrán, comentario a Dictámenes: 188:85, en la RDA, n° 2.
53. García de Enterría, Eduardo, Democracia, jueces y control de la Administración, Madrid, 1995.
54. García de Enterría, Eduardo, Hacia una nueva justicia administrativa, Madrid, 1992, 2da. edic.
55. García Pullés, Fernando, Efectos de la sentencia anulatoria de un Reglamento, Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo, LL 2000-C, 1168.
56. García Pullés, Fernando, La impugnación de actos administrativos de alcance general, ED 148-853.
57. García Pullés, Fernando, Los efectos de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general. Algunas perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo en RDA n° 33/35.
58. García Pullés, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, Buenos Aires, 2004.

59. García Trevijano Fos, José A., Tratado de Derecho Administrativo, Tº I, 3º edic., revisada y ampliada, Madrid, 1974.
60. Garrido Falla, Fernando, comentario a los arts. 25 y 26 (actividad administrativa impugnable) de la nueva ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, en la obra colectiva de Revista española de derecho administrativo, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 para celebrar el número 100 de la Revista.
61. Garrido Falla, Fernando, La obligación de resolver: Actos presuntos y silencio administrativo, en obra colectiva Procedimiento administrativo, Ponencias del IV Encuentro hispano-argentino sobre Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 1994.
62. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1987.
63. Gonzalez Arzac, Rafael, Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales, ED 51-951.
64. González de Reca, Florencia, Amparo por mora, en obra colectiva, Acto y Procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1975.
65. Gordillo, Agustín A., El reclamo administrativo previo, ED 89-777.
66. Gordillo, Agustín A., Procedimiento y Recursos Administrativos, Buenos Aires, 1971.
67. Gordillo, Agustín A., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires.
68. Grau, Armando, Habilitación de la instancia contencioso administrativa, La Plata, 1971.
69. Grau, Armando, Reclamación administrativa previa, en obra colectiva Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1975.
70. Grecco, Carlos, Autotutela administrativa y proceso judicial, LL 1980-B, 906.
71. Grecco, Carlos, Impugnación de disposiciones reglamentarias, Buenos Aires, 1988.
72. Guastavino, Elías, Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, Buenos Aires, 1987, Tº I.
73. Guicciardi, Enrico, La giustizia amministrativa, segunda edición, Padova, 1934.
74. Guidi, Graciela, Impugnación de reglamentos, en obra colectiva Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1975.
75. Gusman, Alfredo S., Panorama del derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica, en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30/8/2001.
76. Halperín, David, comentarios a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, 1991.
77. Halperín, David, El Estado en juicio, en obra colectiva Emergencia económica. Ley 25.344, de Halperín, David; Canosa, Armando y Martorello, Beatriz, Buenos Aires, 2001.
78. Halperín, David, Procedimientos Administrativos. Ley 19549. Edición actualizada y con comentarios a la reforma, Buenos Aires, 1991.
79. Heiland, Liliana, Proceso contencioso administrativo y condiciones de admisibilidad, LL 1985-D, 758.
80. Huergo Lora, Alejandro, comentario al art. 33 (deber de congruencia de las sentencias) de la nueva ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, en la obra colectiva de Revista española de derecho administrativo, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 para celebrar el número 100 de la Revista.

81. Hutchinson, Tomás, Estudio Preliminar, en Recursos Judiciales y Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, 1988, de Miguel Danielián.
82. Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada, anotada y concordada, T° I, Buenos Aires, 1985-1988.
83. Hutchinson, Tomás, Procedimiento y proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires, Ley 7647 y ordenanza general 267. Código de procedimientos de lo contencioso administrativo. Comentados, anotados y con jurisprudencia, La Plata, 1995.
84. Jeanneret de Pérez Cortés, María, La habilitación de la instancia judicial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, RDA, Nro. 27/29.
85. Jeanneret de Pérez Cortés, María, Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo, en Procedimiento administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1998.
86. Landi, Guido-Potenza, Giuseppe, Manuale di Diritto Amministrativo, Milano, 1990.
87. Linares, Juan F., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1986.
88. Linares, Juan F., Fundamentos de derecho administrativo, Buenos Aires, 1975.
89. Linares, Juan F., Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal, LL 94-919.
90. Linares, Juan F., Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía, LL 54-776.
91. Linares, Juan Francisco, Sistema de recursos y reclamos, Buenos Aires, 1974.
92. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 16ª ed., 1995.
93. López Menudo, Francisco, comentario al art. 30 (Vías de hecho) de la nueva ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, en la obra colectiva de Revista española de derecho administrativo, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 para celebrar el número 100 de la Revista.
94. Macarel, El rechazo de oficio de la habilitación de la instancia contenciosoadministrativa, LL 1990-D, 971.
95. Maiorano, Jorge, El Defensor del Pueblo en obra colectiva El Derecho Administrativo Argentino hoy, Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
96. Mairal, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, Tº II, Buenos Aires, 1984.
97. Mairal, Héctor, Hutchinson, Tomás, Bianchi, Alberto, Monti, Laura, en La reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado, LL Actualidad del 15 y 20/11/01.
98. Mairal, Héctor A, Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento, RDA, nro. 2, p. 223 y ss.
99. Mairal, Héctor A, Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 15/05/1998.
100. Mairal, Héctor A., Los meros pronunciamientos, en Derecho Administrativo, Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, 1998.
101. Mántaras, Pablo, ¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?, LL 2000-C, 131.

102. Marienhoff, Miguel S., Demandas contra el Estado Nacional, Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional, LL 1980-B, 1024.
103. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, t. V.
104. Martín Mateo, Ramón, Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa, Inap, Instituto Nacional de la Administración Pública, Universidad de Alicante, 1989.
105. Martín, José L., Reflexiones sobre la habilitación de la instancia en el fuero contencioso administrativo federal, tesina presentada por José Luis Martín, para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Austral, Buenos Aires, 1993.
106. Mignone, Claudio, Giudizio di primo grado en obra colectiva, Diritto Amministrativo, Tº II, a cura di, Mazzarolli, L; Pericu, G., Romano, A., Roversi Monaco, F.A., Scoca, F.G., Bologna, 1993.
107. Monti, Laura, Control de la habilitación de la instancia contencioso administrativa (nuevas orientaciones jurisprudenciales), en ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 31/10/2000.
108. Monti, Laura M., La aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos 19549 en el ámbito de los Contratos Administrativos, JA 1996-IV-801.
109. Moreno, José M., citado por Bielsa, Rafael, Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1923.
110. Muñoz, Guillermo, El enigma de la habilitación de la instancia, en Revista AeDP, Enero-abril 1996.
111. Muñoz, Guillermo, El reclamo administrativo previo, LL 1988-A, 1048.
112. Muñoz, Guillermo, Fragmentos y testimonios del derecho administrativo, Buenos Aires, 1999, en coautoría con Carlos M. Grecco.
113. Muñoz, Guillermo, Impugnación del Reglamento, en obra colectiva Actividad Reglamentaria de la Administración, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989.
114. Muñoz, Guillermo, Inmunidad del poder: La inactividad administrativa, LL 1990-B, 891.
115. Muñoz, Guillermo, Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19549 para la impugnación judicial de los actos administrativos, RADA nro. 5., Buenos Aires, 1973.
116. Nigro, Mario, Giustizia Amministrativa, Bologna, 1994, Quarta edizione a cura di Enzo Cardi e Alessandro Nigro.
117. Oyhanarte, Julio, Poder Político y cambio estructural en la Argentina, un estudio sobre el estado de desarrollo, Buenos Aires, 1969.
118. Parejo Alfonso, Luciano, (coordinador), Jiménez-Blanco, Antonio y Ortega Álvarez, Luis, Manual de Derecho Administrativo, 3ª edición corregida y puesta al día, Barcelona, 1994.
119. Pearson, Marcelo, Manual de procedimiento. Apéndice de actualización con las reformas de la ley 21.686 y dec. 3700/1977, Buenos Aires, 1979.
120. Pearson, Marcelo, Reclamos administrativos. Otras vías administrativas, ED 66-751.
121. Pericu, Giuseppe, Attivitá amministrativa, en obra colectiva Diritto amminisrativo, T. 2, Bologna, 1993.

122. Perrino, Pablo, El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código contencioso administrativo bonaerense, ED, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/09/1999.
123. Pierce, Richard (jr)-Shapiro, Sidney-Verkuil, Paul, Administrative Law and Process, (Second Edition), Westbury, New York, 1992.
124. Ranelletti, Oreste, en Le guarentigie della giustizia nella publica Amministrazione, Milano, 1934.
125. Recaséns Siches, Luis, Introducción al Estudio del Derecho, 4ta. Edición actualizada, México, 1977.
126. Rejtman Farah, Mario, Impugnación judicial de la actividad administrativa, Buenos Aires, 2000.
127. Rejtman Farah, Mario, Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada 'habilitación de la instancia', LL 1999-E, p. 185.
128. Rodríguez Laulhé, María Belén y Calógero, María de las Mercedes, Impugnación de los actos administrativos de alcance general, en Revista de la PTN, julio/diciembre 1995, N° 24.
129. Roehrssen, Guglielmo, La Justicia Administrativa en Italia, Buenos Aires, 1986.
130. Romano, Santi, Fragmentos de un diccionario jurídico, Buenos Aires, 1964.
131. Saravia, Luis Adolfo, Panorama de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados, LL Actualidad, 29/7/93.
132. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, T º II, 2da.edición, Montevideo, 1972.
133. Schwartz, Bernard, Administrative Law, Third Edition, Boston, Toronto, London, 1991, 3erd. Edition.
134. Silvestri, Beatriz R. y González Arzac, Rafael, en La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19549 (recursos y reclamos), ED 72-763.
135. Siseles, Osvaldo y Vincenti, Rogelio, La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo, LL 2001-F, 1179.
136. Tawil, Guido S., Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, Buenos Aires, 1993, t. II.
137. Tawil, Guido S., Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: primera aproximación, Proceso administrativo y constitucional, en coautoría con Alberto B. Bianchi.
138. Tawil, Guido S., nota al fallo de la CNCAF, sala I, 20/10/1988, "De Abreu de Beronio, Marta N.", LL 1989-E, 287.
139. Tawil, Guido S., Un debate interesante en materia de habilitación de instancia, LL 1991-C, 928.
140. Toranzo, Alejo, Declaración 'de oficio' de la caducidad de la acción contenciosoadministrativa. La Corte Suprema se aparta de sus precedentes menguando su autoridad vertical, LL 1999-E, 756.
141. Tribiño, Carlos, El plazo de extinción de la acción contenciosoadministrativa en la provincia de Buenos Aires, LL 1990-D, 784.
142. Tribiño, Carlos, La habilitación de la instancia en el proceso contenciosoadministrativo, LL 1993-B, 750.
143. Urrutigoity, Javier El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa, en Estudios de Derecho Administrativo, obra colectiva, Buenos Aires, 1995.

144. Vallefín, Carlos A., Proceso administrativo y habilitación de instancia, La Plata, 1994.
145. Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo, traducción de la quinta edición italiana de 1949, Buenos Aires, 1954.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Capítulo XXII
Responsabilidad del Estado[1]

1. Introducción

El principio de juridicidad, al que nos hemos referido antes, no sería más que una ilusión, la expresión esperanzada de juristas vocacionales, la explicación ingenua o hipócrita de los docentes en Derecho Administrativo o, en todo caso, la aspiración siempre incumplida de una comunidad ávida de creer en la República, si la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, no operaran como garantía de la juridicidad.

La vigencia efectiva de la responsabilidad del Estado construida, por supuesto, desde una perspectiva equilibrada, es, pues, esencial para que el Estado de Derecho sea una realidad efectiva y no una quimera.

En esa inteligencia, la responsabilidad del Estado constituye una de las garantías sustanciales que integran el equilibrado contenido actual del régimen exorbitante del Derecho Administrativo.

2. Evolución histórica de la responsabilidad del Estado. Distintas etapas.

En líneas generales, el Derecho Administrativo argentino siguió en su evolución las etapas recorridas por el Derecho Comparado en lo relativo al reconocimiento de la responsabilidad estatal.

Así, y luego de abandonada la idea de irresponsabilidad estatal con sustento en la soberanía del Estado, hasta 1933 la Corte Suprema admitía su procedencia ante los llamados actos de gestión, excluyendo, de este modo, los denominados actos de imperio. También se responsabilizaba al Estado por sus incumplimientos contractuales y en los casos en que una ley especial lo previera.

El sustrato legal de esa postura se ubicaba en la vieja redacción del artículo 43 del Código Civil que impedía demandar a las personas jurídicas.

En 1933 el Máximo Tribunal falla en la causa "Devoto"[2] donde admite la responsabilidad indirecta y subjetiva del Estado con fundamento en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Es decir, se acepta la procedencia de las condenas en la medida que quede demostrada la culpabilidad del agente (elemento subjetivo), debiendo responder el Estado en su carácter de "principal" por los hechos de sus "dependientes" –funcionarios públicos- (responsabilidad indirecta).

En 1938 la Corte dicta sentencia en el caso "Ferrocarril Oeste"[3] de donde se desprende un criterio objetivo de responsabilidad (falta de servicio, Cassagne), con cita

[1] Es autor de este capítulo Julio Rodolfo Comadira, excepto los puntos 6, 7, 8 y 9, cuyo autor es Héctor Jorge Escola, actualizados por Julio R. Comadira.
[2] CSJN, 1933, "S.A. Tomás Devoto y compañía c/ Gobierno Nacional", Fallos: 169:111.
[3] CSJN, 1938, "Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 182:5.

en el artículo 1112 del Código Civil, y, también, indirecta, pues, nuevamente, se invoca el artículo 1113 de aquel cuerpo legal.

Es interesante destacar que, en esa oportunidad, el Tribunal Supremo apuntó que no era de aplicación el viejo artículo 43 del Código de fondo toda vez que el Estado no había obrado como persona de derecho privado sino como persona de derecho público no obstante tratarse de actos de gestión, extremo que autorizaba la responsabilidad estatal.

Finalmente, en la causa "Vadell"[4] (1984), nuestro más Alto Tribunal establece la responsabilidad objetiva y directa del Estado, aceptando la teoría orgánica de atribución de las conductas de sus agentes y receptando expresamente el concepto de falta de servicio.

3. Fundamento general de la responsabilidad del Estado

La obligación del Estado de responder por los perjuicios que cause, sea que ellos resulten de su accionar ilícito o lícito, deriva, como ya enseñara el querido maestro argentino Marienhoff, del complejo de principios que inspiran y dan sentido al Estado de Derecho.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma de algún modo esta concepción, porque sus fallos revelan invocaciones conjuntas o alternadas a las ideas de justicia, legalidad, equidad, inviolabilidad de la propiedad o igualdad ante las cargas públicas.

Dentro del marco de esos principios son especialmente destacables, a nuestro juicio, las cláusulas constitucionales que reconocen el derecho de propiedad (artículo 14) y garantizan su inviolabilidad (artículo 17), como así también las que consagran la igualdad ante las cargas públicas (artículo 16) y los principios de libertad (artículo 19) y de razonabilidad (artículo 28), disposiciones ellas que gravitarán conjunta o alternativamente según las especies de responsabilidad de que se trate, tal como se verá más adelante.

Siempre hemos pensado que, en definitiva, toda responsabilidad privada o pública remite su fundamento mediato a la Constitución y al Estado de Derecho Democrático y Republicano que ella instrumenta, constituyendo las leyes formales –el Código Civil, por ejemplo, en la esfera del derecho privado- la reglamentación, en ese nivel, es decir en el plano legal formal, de principios que, en rigor, la trascienden.

El Código Civil ha sido primero en el tiempo y el Derecho Administrativo reconoce respecto de él una elaboración tardía. Lo señalaba ya en 1936 André Hauriou respecto de Francia. Por eso, acudir a sus previsiones para resolver situaciones relativas a la responsabilidad del Estado se explica históricamente en los tiempos embrionarios de éste.

En la actualidad sólo se justifica cuando se trata de valorar normas que, más allá de su localización formal en aquél, importan, en realidad, la recepción de principios generales del derecho, de normas de derecho público –como ocurre con el artículo 1112 dinámicamente interpretado como propone Cassagne-, de prescripciones privadas aplicables *analógicamente* al derecho administrativo (Reiriz) o implican, lisa y

[4] CSJN, 1984, "Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 306:2030.

llanamente, cláusulas de reenvío como sucede con el artículo 2611, disposición ésta cuya fuerza expansiva no ha sido suficientemente destacada por la doctrina.

Por eso aun cuando las disposiciones del Código Civil se puedan considerar aplicables en la esfera del Derecho Administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último[5], la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso ("OCA"[6]).

Las circunstancias llevan, pues, a que, como antes se dijo, la responsabilidad del Estado deba hallar su fundamento mediato en la Constitución Nacional e inmediato en la legislación administrativa que la reglamente en coherencia con los principios de aquélla; sin perjuicio de que estos principios deban operar de modo directo e inmediato, con exclusión de la legislación común, cuando aquella normatividad genérica o específica no exista. Bien entendido que, cuando nos referimos a la legislación administrativa, aludimos a la legislación federal o provincial, según sea el caso, habida cuenta del carácter local de esta disciplina (Perrino).

4. Especies de responsabilidad

En el derecho privado existen dos ámbitos de responsabilidad civil: el del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) y el del acto ilícito (responsabilidad extracontractual), caracterizados por regímenes normativos distintos, los cuales, sin embargo, no afectan la trascendencia del daño como elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio.

Este criterio de clasificación de la responsabilidad que prioriza, como base de la sistematización, la existencia, o no, de un vínculo obligacional específico por sobre el que resulta la antijuridicidad o juridicidad de la actividad, se justifica en esa rama del derecho por que en éste el presupuesto general de aquélla sigue siendo, como regla, la antijuridicidad -aunque sea de fuente objetiva- sin que, por otra parte, el vasto campo del ejercicio regular de los derechos genere responsabilidad, aun cuando cause daños.

Ese temperamento no es admisible, en cambio, en el derecho público pues aun cuando el ejercicio de las competencias por el Estado no es, por lo regular, fuente de indemnización para los particulares, al poseer aquél como competencia general la potestad de sacrificar derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de bien común y, con ello, la correlativa posibilidad de comprometer responsabilidad sin antijuridicidad, ésta deja de ser un presupuesto general de la responsabilidad.

Es decir, en el derecho administrativo corresponde privilegiar la índole lícita o ilícita de la actividad.

De ese modo, en el ámbito del derecho público la responsabilidad puede derivar tanto de la actividad lícita o legítima, como de la ilícita o ilegítima, siendo posible distinguir, a su vez, dentro de cada esfera de actuación, la responsabilidad de origen contractual o bien extracontractual. Se advierte, pues, que se abandona como la

[5] CSJN, 1940, "Los Lagos", Fallos: 190:142.
[6] CSJN, 17/02/1998, "S.A. Organización Coordinadora Argentina", Fallos: 321:174 considerando 5°, publicado en ED 177-749 con nuestro comentario.

principal clasificación, en éste, aquella que se emplea en el derecho privado para distinguir entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

4.1 Responsabilidad por actividad ilegítima

4.1.1 Fundamento

La responsabilidad del Estado por su actividad ilícita deriva su fundamento mediato de la inviolabilidad de la propiedad (artículos 14 y 17 de la CN) y del principio de libertad (artículo 19 de la CN). Como es obvio la ley formal no es título idóneo para imponer la obligación de soportar conductas dañosas ilegítimas aunque éstas provengan de la acción u omisión estatal. El principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, como ha dicho la Corte con fundamento en la segunda cláusula citada[7].

No creemos, por otra parte, que, en esta hipótesis, corresponda invocar la igualdad ante las cargas públicas toda vez que no se puede considerar una carga pública la obligación de soportar conductas dañosas ilegítimas del Estado y, además, porque, de ser así, bastaría para justificar la ilegalidad su distribución igualitaria.

4.1.2 Requisitos

Los recaudos que deben concurrir para que sea procedente responsabilizar al Estado por su actividad ilícita son:

a) El daño;

b) que medie una relación de causalidad directa e inmediata, o directa y relevante, entre el accionar estatal y el perjuicio;

c) imputabilidad jurídica del daño al Estado, resultante de la recognoscibilidad exterior del acto, como estatal;

4.1.2.1 El daño

Evidentemente, el daño es un presupuesto esencial (Marienhoff-Perrino) para la procedencia de la responsabilidad. Sin daño o perjuicio no hay deber de reparar alguno.

Se ha definido al daño, en sentido jurídico, como la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales (Perrino).

No corresponde distinguir entre la afectación de derechos subjetivos e intereses legítimos (Marienhoff, a quien sigue Cassagne), máxime cuando, como tuvimos oportunidad de remarcar *supra,* esta clasificación, actualmente en nuestro derecho, no tiene razón de ser.

[7] CSJN, 5/08/1986, "Luis Federico Santa Coloma y otros", Fallos: 308:1160.

En definitiva, como recuerda Mertehikian con cita de la sentencia de la Corte Suprema en la causa "Revestek"[8], se comprende toda lesión a una situación jurídicamente protegida.

Así, para hacer lugar a su reparación, los tribunales deben constatar que el perjuicio sea cierto y actual[9], o futuro aunque no hipotético o conjetural. Por lo demás, debe ser apreciable en dinero y subsistir al momento de la indemnización.

Por otro lado, y en relación con la carga de la prueba del daño, Mertehikian destaca que se aplican aquí los preceptos generales en el sentido de que le corresponde a quien lo alega.

Finalmente, en relación con la inclusión del daño moral como rubro indemnizable, Marienhoff afirma que puede decirse que hay unanimidad en el sentido de reconocerlo. En efecto, esta fue la solución adoptada por el Alto Tribunal en más de una oportunidad[10].

4.1.2.2 La relación de causalidad

Para que corresponda responsabilizar al Estado, Marienhoff destaca que debe existir entre el daño alegado y la conducta estatal una relación directa e inmediata de causa a efecto. Y, en este sentido, recuerda que es lo que en doctrina se denomina "relación de causalidad" o "causación o causalidad adecuada".

Por su parte, Cassagne apuntó que, de lo que se trata, es de indagar en la causa eficiente que origina el daño, lo que responde al principio lógico de razón suficiente conforme al cual todo lo que es tiene su causa en alguna razón (en el mismo sentido: Mertehikian).

La jurisprudencia del Máximo Tribunal, en algunos casos en los que juzgó situaciones referidas a la actividad lícita del Estado, ha calificado a la relación de causalidad como *directa e inmediata* ("Galanti"[11]), o bien *directa y relevante* ("García"[12]); términos que, a nuestro juicio, son aplicables también a la responsabilidad por actividad ilícita.

4.1.2.3 La imputabilidad jurídica del daño al Estado

[8] CSJN, 15/08/1995, "Revestek S.A. c. Banco Central", Fallos: 318:531, también publicado en LL 1996–E, 678.
[9] CSJN, 19/09/1989, "Tejedurías Magallanes", Fallos: 312:1656, también publicado en LL 1990–C, 454; CSJN, 21/03/1989, "Cadesa S.A. c/ Estado Nacional (ANA.) s/ daños y perjuicios", Fallos: 312:343; CSJN, 15/08/1995, "Revestek", cit.
[10] CSJN, 04/05/1995, "De Gandía, Beatriz c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:845, también publicado en LL 1996-D, 79; CSJN, 22/12/1994, "Brescia, Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 317:1921; CSJN, 10/04/2003, "Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos: 326:1269; CSJN, 10/10/1995, "Badín, Rubén y otros v. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", Fallos: 318:2002, también publicado en JA 1995-IV-142; CSJN, 09/11/2000, "Fabro, Víctor y otra c/ Río Negro, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 323:3568; entre otros.
[11] CSJN, 13/03/1997, "Galanti", Fallos: 310:2824.
[12] CSJN, 08/09/1992, "García, Ricardo M. c. Buenos Aires, Prov. de", Fallos: 315:1892.

El perjuicio indemnizable debe ser jurídicamente imputable al Estado (Marienhoff). No hay confundir este requisito, entonces, con lo atinente a la relación de causalidad o, si se quiere, la imputabilidad material (Cassagne).

Es decir, una cuestión es la vinculada con la relación de causalidad entre los perjuicios y el hecho, acto u omisión y, otra muy distinta, la imputación jurídica de ese hecho, acto u omisión al Estado.

En ese esquema, se advierte que el recaudo de la imputabilidad jurídica al Estado está estrechamente conectado con las teorías de la atribuibilidad de las conductas a aquél de las que nos hemos ocupado antes.

Recordemos, no obstante, que el Estado es una persona jurídica pública y, como tal, los criterios de imputación a él referidos deben guardar correlación con esa naturaleza. En ese sentido, no es dudoso que, hoy en día, la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquél y no representantes ni mandatarios.

Desde esa perspectiva, la persona física que expresa la "voluntad" del Estado subsume su voluntad psicológica en la orgánica, de modo que al actuar *por y para* la organización, en la cual se *incrusta*, permite que ésta, por su intermedio, *actúe ella misma* de modo directo (García Trevijano Fos).

El órgano imputa, así, su actuación al Estado.

Cabe, entonces, preguntar ¿cuál es el límite de esa imputación? Ciertamente, no puede coincidir con el ejercicio regular de la competencia porque si así fuera todos los actos viciados en ésta no serían imputables. Como bien se ha señalado (Escola) cabe estar, en este aspecto, a la *recognoscibilidad* exterior del acto.

Por lo dicho, en consecuencia, y en tanto ni los concesionarios, ni los licenciatarios de servicios públicos son órganos del Estado, coincidimos en este aspecto con Perrino en que los daños causados por éstos no se pueden, en principio, imputar al Estado.

4.1.3 Alcance de la indemnización

En las hipótesis en que proceda responsabilizar al Estado por su actividad ilegítima, la reparación de los perjuicios incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante y el daño moral. No existe, en este caso, razón para apartarse de los principios propios del derecho civil.

4.2 Responsabilidad por actividad lícita

4.2.1 Fundamento

En nuestra opinión, el fundamento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita radica en las garantías de la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad

consagradas por la Constitución Nacional (artículos 14, 17, 16, 19 y 28, respectivamente) conjuntamente consideradas.

No es por ello procedente acudir para explicar la situación de responsabilidad sin antijuridicidad, cuando por hipótesis no exista norma administrativa expresa, genérica o específica, a la aplicación analógica de las disposiciones civiles que reglamentan el derecho de propiedad privada y las relaciones que a partir de él se generan entre los particulares.

No es, por eso, coherente, el razonamiento de la Corte en la causa "Laplacette"[13], en la que después de afirmar, correctamente, que la responsabilidad del Estado nace, en casos como ese, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, busca, en cambio, inadecuadamente, el modo de efectivizarlas en ausencia de ley expresa, en los principios del derecho común.

Ello, porque como en su momento señaló Fleiner, de cita inexcusable en esta materia, frente al Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos.

Es cierto que, como recuerdan algunos civilistas (Mosset Iturraspe-Boffi Boggero), el derecho civil también reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar, pero no lo es menos que los fundamentos y las circunstancias que los justifican son, en verdad, diferentes. Más aún: de acuerdo con alguna doctrina estas situaciones se desplazan del ámbito de la responsabilidad civil (López Cabana).

Nuestro lúcido codificador civil ya lo avizoró en el siglo XIX al contemplar en el artículo 2611 que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público son regidas por el derecho administrativo. Esta disposición legal civil de reenvío recoge, a nuestro juicio, un principio que trasciende la esfera específica de las restricciones y límites al dominio y se expande a todo el ámbito de los sacrificios a la propiedad por razones de interés público.

En el derecho civil se acude, para evidenciar la responsabilidad sin antijuridicidad, a las causas de justificación, entre las cuales se incluye, a veces, el ejercicio regular de los derechos.

Pero ¿qué causal de justificación se deberá aplicar al Estado para legitimar su actuación cuando expropia, revoca actos o contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; cambia su política económica o genera perjuicios a causa de obras públicas?

Ninguna de las causales de justificación del derecho civil explica satisfactoriamente la situación que se genera cuando el Estado sacrifica derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de interés público (Comadira), porque cuando el Estado así procede no necesita para legitimarse de la concurrencia de causales de justificación. Su actuación es, en esos casos, intrínsecamente legítima aunque resulte dañosa.

Por eso sí acierta la Corte en el citado caso "Laplacette", al sostener que en ausencia de ley expresa procede indagar la solución en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil, no siendo otras, en la especie, que las

[13] CSJN, 26/02/1943, "Laplacette, Juan c. Buenos Aires, Prov. de", Fallos: 195:66, considerando 5°.

contempladas en la ley de expropiaciones, paradigma de la actuación lícita dañosa, idea ésta recogida, en lo sustancial, en las causas "Motor Once"[14] y "Petruccelli"[15].

Si la actuación lícita del Estado que causa daños debiera asimilarse o aproximarse a algún supuesto del derecho civil él debería ser el del ejercicio regular de los derechos, el cual, con razón, no es considerado por parte importante de la doctrina civil como causal de justificación (Mosset Iturraspe) porque cuando se ejerce un derecho la conducta que se desarrolla es una actividad en sí misma lícita.

Y decimos que la situación se *aproxima* por dos razones.

En primer lugar porque en el derecho civil el ejercicio regular de un derecho no compromete responsabilidad alguna, mientras que en el derecho administrativo esa idea es predicable sólo *en principio* porque, como ha dicho la Corte, el ejercicio por el Estado de sus poderes propios no constituye, *normalmente*, fuente de indemnización para los particulares[16], la cual, cuando se genera, responde, precisamente, a principios públicos constitucionales.

Y en segundo término porque en el campo del derecho público el ejercicio de la competencia no constituye, en verdad, un derecho en el sentido técnico privado del término sino, conforme ha enseñado la doctrina italiana, una potestad, esto es, una atribución-deber cuyo sentido radica en la satisfacción de un interés ajeno (Santi Romano).

Cuando el Estado desarrolla, pues, una actividad lícita dañosa ejerce regularmente su competencia, la cual es obligatoria e irrenunciable, de modo que si no lo hiciera podría, eventualmente, configurarse un supuesto de responsabilidad ilegítima por omisión, sin perjuicio de las concurrentes responsabilidades políticas, administrativas, disciplinarias, patrimoniales y, en su caso, penales de los funcionarios pertinentes.

4.2.2 Requisitos

En los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad legítima, además de los tres requisitos correspondientes al comportamiento ilícito, se ha considerado que deben concurrir:

a) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño;

b) existencia de un sacrificio especial en el afectado.

Asimismo, hay que destacar que, según la doctrina que se desprendería de algunos pronunciamientos del Máximo Tribunal, la relación de causalidad debería ser, además de directa e inmediata, *exclusiva*.

En las líneas que siguen, entonces, nos referiremos brevemente a esta última exigencia y a los requisitos recién mencionados.

---

[14] CSJN, 14/05/1987, "Motor Once S.A c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 310:943.
[15] CSJN, 13/06/1989, "Petruccelli, Fidel P. y otra c. Municipalidad de Buenos Aires", Fallos: 312:956, también publicado en LL 1990–A, 469.
[16] CSJN, 29/05/1964, "Suñe, Eduardo c/ Segba", Fallos 258:322; CSJN, 9/08/1983, "Winkler, Juan L. c/Gobierno de la Nación", Fallos 305:1045; CSJN, 13/10/1994, "Román SAC. c/ Estado Nacional /Mº de Educ. y Just.", Fallos: 317:1232 y JA 1995-I-266.

4.2.2.1 La exclusividad en la relación de causalidad

En ciertos supuestos de responsabilidad estatal por actividad lícita, se ha requerido el carácter *directo, inmediato y exclusivo* de la relación de causalidad[17].

En rigor, es cuestionable que se exija la exclusividad en la relación de causalidad pues no se llega a comprender cuáles son las razones que minan el fundamento de la responsabilidad estatal para reparar aquella porción del daño atribuible al Estado y en la que el particular o un tercero no tuvieron interferencia. Es decir, los mismos argumentos que llevan a indemnizar al particular en los eventos de exclusiva responsabilidad estatal por actividad legítima, son los que imponen idéntico temperamento respecto del porcentaje de los perjuicios generados de esa forma.

Desde otro ángulo, se ha indicado la necesidad de que, tratándose de responsabilidad por actividad lícita del Estado, el requisito en análisis se debe ponderar con suma prudencia[18], propiciándose, incluso, un criterio restrictivo[19].

Desde nuestro punto de vista no existe razón para extremar en el caso la valoración de la causalidad, pues en el derecho administrativo a diferencia de lo que sucede en el derecho privado la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino, simplemente, una alternativa normal en el contenido de las competencias del Estado. La presunta "severidad" del Derecho Administrativo no debería hallar, al menos aquí, un ejemplo.

En suma, habría que, en nuestro entender, graduar la responsabilidad, pero no excluirla, en función de la ingerencia del administrado, en particular, o de cualquier otro hecho eximente parcial de responsabilidad patrimonial, sin acudir, por lo demás, a un criterio restrictivo al evaluar la relación de causalidad.

4.2.2.2 Ausencia del deber jurídico de soportar el daño

Este requisito aparece en la causa "Columbia"[20] e implica, a nuestro modo de ver, una confusión conceptual.

En efecto, si por daño entendemos al perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria –como lo define el Código Civil en el artículo 1068- no es dudoso que él no debe ser soportado por el particular tampoco en la responsabilidad por actividad ilícita; y, siendo así, no se comprende, entonces, por qué se enuncia esta circunstancia como elemento propio de la responsabilidad por actividad lícita.

---

[17] CSJN, 31/10/1989, "Ledesma, SA. Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (M°. de Economía)", Fallos: 312:2022; también, para algunos, "Revestek", cit.

[18] CSJN, 25/08/1988, "Osvaldo Carvallosa c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", Fallos: 311:1668.

[19] Disidencia de Barra en "Prada" (CSJN, 16/06/1993, "Prada, Iván Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 316:1465) y de Fayt en "Cachau" (CSJN, 16/06/1993, "Cachau, Oscar José c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios", Fallos: 316:1335), línea compartida por Tawil y Muratorio.

[20] CSJN, 02/08/2000, "Columbia Cia. Financiera c. Estado Nacional (Min. de Economía)", Fallos: 323:1897.

Lo que sucede, en nuestra opinión, es que el concepto que debe ser aprehendido no es, en realidad, el del deber de soportar el daño –en el sentido antes indicado- sino, en todo caso, el de la obligación de soportar, o no, *la conducta dañosa*, es decir, el acto, omisión o hecho generador del perjuicio. No se debe confundir la *conducta* que origina el daño con el *daño* mismo.

Por ejemplo: el contratista no tiene la obligación de tolerar el *acto rescisorio* ilegítimo, motivo por el cual si éste se emite y lo daña debe ser indemnizado. Sí tiene, en cambio, el deber de aceptar la *decisión revocatoria* por oportunidad, mérito o conveniencia porque no sería coherente que al ejercicio de una potestad no le correspondiera el deber público de admitir el acto que la instrumenta (Garrido Falla), con arreglo a la indemnización que, en ese supuesto, garantiza la Constitución Nacional y reconoce la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

El expropiado se puede resistir al despojo estatal de su propiedad, pero no a la *ley expropiatoria válida* y, consecuentemente, a la entrega de la cosa motivo por el cual podría decirse -sin que esto importe, por supuesto, considerar a la expropiación como una compraventa forzosa- que, de algún modo, aquél tiene, como señala el artículo 1324, inciso 1, del Código Civil, la necesidad jurídica de "vender".

Por lo dicho, en el supuesto de la responsabilidad derivada de actuación ilícita debería consignarse como presupuesto comprendido en la antijuridicidad la inexistencia del deber de soportar la conducta dañosa, mientras que en el caso de la responsabilidad por actividad lícita correspondería enunciar, por el contrario, la obligación de soportar aquella conducta.

4.2.2.3 El sacrificio especial

Este requisito que importa en realidad el verdadero factor de atribución gravitante en el caso, indica en su formulación que el daño para ser indemnizado debe ser sufrido por una persona en particular o un número determinado de ellas (Marienhoff).

Entre nosotros su exigencia aparece, como lo puntualiza Marienhoff, en la mayor parte de la doctrina -resultando de la jurisprudencia de la Corte en los casos "Graty", "Los Pinos", "Motor Once", "García", "Columbia", "Buenos Aires Eximport" y "Azzetti"[21] - y se vincula, en nuestra opinión, con la ubicación del fundamento de esta responsabilidad en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas, habida cuenta que con la singularidad o particularidad del daño se comprometería esa igualdad si él no se generalizara a través de la indemnización.

Marienhoff ha sido en nuestro país quien siempre cuestionó este fundamento. Además de vincular la idea con sistemas constitucionales distintos del nuestro, señaló lo inaceptable, a su juicio, de no admitir la indemnización cuando el daño sea general, sin

[21] CSJN, 18/03/1938, "Establecimientos Americanos Gratry SA c. La Nación", Fallos: 180:107; CSJN, 22/12/1975, "Corporación Inversora Los Pinos SA c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 293:617; CSJN, 14/05/1987, "Motor Once S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" Fallos: 310:943; CSJN, 08/09/1992, "García, Ricardo M. c. Buenos Aires, Prov de", Fallos: 315:1892; CSJN, 02/08/2000, "Columbia Cía. Financiera c. Estado Nacional", Fallos: 323:1897; CSJN, 30/03/1993. "Buenos Aires Eximport SA c. Estado Nacional", Fallos: 316:397; CSJN, 10/12/1998, "Azzetti, Eduardo N. c. Estado Nacional – Estado Mayor General del Ejército", Fallos: 312:3363.

perjuicio de destacar que, en realidad, es casi imposible que una ley, por ejemplo, afecte en forma universal a todos los habitantes.

Desde nuestro punto de vista el recaudo en examen se debería referir a la razonabilidad[22] del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquél guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad[23].

A la luz de esta perspectiva la reparación no procedería cuando el perjuicio fuera consecuencia normal y necesaria de la actividad lícita desarrollada[24]; por eso bien se dice que la "especialidad" del daño se debe referir al sufrimiento del perjuicio de manera desigual y desproporcionada respecto del conjunto social (Lima y Sama).

En definitiva, el daño se deberá indemnizar si él, por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad. El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, no puede conducir, sin embargo, a garantizar la obtención de ventajas económicas conjeturales ni a la neutralización de la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales ("Manzi", "Toll", "Columbia"[25]).

Claro está que la valoración de la existencia del sacrificio indemnizable se debe considerar predeterminada cuando la ley impone la indemnización excluyendo, en esos casos y en ese aspecto, la valoración judicial, como ocurre con la expropiación (artículos 10 y ss. de la Ley 21499) y la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), sin perjuicio de los límites que la propia legislación impone.

De lo hasta ahora expuesto se desprende que, a nuestro juicio, la responsabilidad del Estado por su actuación lícita exigiría la convergencia de cuatro recaudos: daño, causalidad, imputabilidad y obligación de soportar la conducta dañosa, debiendo valorarse como factor de atribución a la irrazonabilidad que se generaría si no se indemnizara el perjuicio, valorada, esa irrazonabilidad, en relación con las exigencias de sacrificios igualitarios impuestos por la vida en comunidad; y ello con independencia de considerar predeterminado legalmente el perjuicio cuando exista una norma expresa que así lo imponga.

4.2.3 Alcance de la indemnización

Para nosotros, cuando la Constitución contempla el derecho de propiedad, verdadero derecho natural que el Estado no crea sino que simplemente reconoce y garantiza, procura asegurar que, cuando él es afectado, el damnificado reciba una indemnización justa, pero difiere la determinación del contenido de ésta a la reglamentación legal.

---

[22] CSJN, 31/10/1989, "Ledesma SA Agrícola Industrial c. Estado Nacional", Fallos: 312:2022.
[23] CSJN, 08/09/1992, "García, Ricardo M. c. Buenos Aires, Prov. de", Fallos: 315:1892, considerando 5°.
[24] CSJN, 13/10/1994, "Román SAC c. Estado Nacional – Ministerio de Educación y Justicia", Fallos: 317:1232.
[25] CSJN, 13/05/1997, "Manzi, Carlos c. Ministerio de Economía", Fallos: 320:955 (considerandos 10 *in fine* y 11 *in fine*); CSJN, 25/08/1998, "Toll, Enrique y otros c. Asociación de Obras Sociales y otra", Fallos: 321:2345 (considerando 9); CSJN, 02/08/2000, "Columbia Cia. Financiera c. Estado Nacional", Fallos: 323:1897 (considerando 15).

Por tal motivo, compete al ámbito de la reglamentación legal, en su variado contenido público o privado, determinar el alcance de la reparación debida cuando el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado es violado, o, en su caso, sacrificado lícitamente.

No es ocioso recordar, en este aspecto, que el artículo 14 de la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el goce de los derechos que enuncia, entre ellos el de usar y disponer de la propiedad, conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio.

Y que el artículo 17, al consagrar la inviolabilidad de la propiedad, remite, en definitiva, su posible privación al fundamento que brinde la ley, a la cual también atribuye la calificación de utilidad pública de la expropiación, sin definir el contenido de la previa indemnización que requiere.

Por su lado, la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) determina en su artículo 21, inciso 2, que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

El *quantum*, pues, de la indemnización no se identifica en el plano constitucional, necesariamente, con la reparación integral, en el caso, con la inclusión del lucro cesante.

Si la protección constitucional de la propiedad requiriera siempre y en todo caso la reparación integral del daño sería inconstitucional cualquier norma legal o interpretación doctrinaria–incluso civil- que limitara ese alcance en cualquier supuesto.

Sería, por ejemplo, en ese sentido inaceptable el artículo 1069 del Código Civil en tanto autoriza al Juez para que, en el caso de los actos ilícitos, atenúe la indemnización en atención a la situación patrimonial del deudor, excepto el caso de dolo.

Por eso, se impone aceptar que es razonable que en ciertos casos la reparación justa abarque, en lo que aquí interesa, tanto el daño emergente como el lucro cesante; y que en otros, en cambio, la tutela justa pueda quedar limitada.

Ahora bien, en el derecho civil no existe una normativa que en forma expresa y sistemática regule el alcance de la indemnización en los excepcionales casos en que ella procede como derivación de la actividad lícita.

Y si se toma, por ejemplo, el caso del estado de necesidad, se puede decir que, más allá de los fundamentos que se expongan para justificar la indemnización, hay un pensamiento uniforme en que ésta debe ser limitada y no plena (Compagnucci de Caso).

¿Cuál es la situación en el plano administrativo? ¿Existe alguna legislación específica sobre el tema?

La respuesta es positiva porque el instituto expropiatorio consagrado por la Constitución ha sido reglamentado legalmente y la expropiación es, sin duda, un paradigma conceptual de la actuación estatal lícita generadora de obligación indemnizatoria.

La reglamentación legal de la expropiación y del concepto que le da fundamento - sacrificio de derechos patrimoniales por razones de bien común- está, así, destinada a tener en este aspecto, como enseñó Marienhoff, una fuerza expansiva suficiente como

para considerar incluida en ella, genéricamente, todo supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita.

La ley de expropiaciones actual, coherente con las anteriores, excluye de la indemnización el lucro cesante, como lo hacen, en general, las leyes provinciales de expropiación.

La aplicación de la ley de expropiaciones se objeta, sin embargo, desde dos ángulos.

Por un lado y en relación concretamente con la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia se ha expresado que aquella norma no puede ser extendida porque la expropiación supone una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio. Lo dijo la mayoría de la Corte Suprema al resolver respecto de una revocación de aquella índole, de un contrato administrativo[26].

Este argumento parece suponer que, en razón de la garantía formal implicada en la ley, sólo con fundamento directo, inmediato y específico en ésta se puede revocar por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia un acto o contrato administrativo. Y ya Marienhoff señaló que de la Constitución y de la interpretación que de ella ha hecho la Corte únicamente se desprende la exigencia de que tal clase de sacrificios no se disponga graciosamente y sin responsabilidad para el Estado (Marienhoff).

Por otro, se afirma que la aplicación del principio que surge de la ley de expropiaciones, importa limitar, por analogía, la protección del derecho constitucional a la reparación integral entendida ésta como reparación comprensiva, *siempre y en todo caso, de todo el daño* (Barra).

Pero esta posición implica, a su vez, partir de una afirmación, a nuestro juicio, indemostrada: el otorgamiento de ese derecho en el plano constitucional. Demostración que, de darse, implicaría atribuir a la Constitución el reconocimiento de un derecho absoluto y, por tanto, el acogimiento de una concepción antisocial como calificó la Corte a los derechos así concebidos[27].

La determinación del contenido indemnizatorio compete, pues, al legislador. Y éste lo ha hecho en la ley de expropiaciones. Y ya vimos que en el Código Civil no existe norma alguna que regule la situación del daño lícito provocado por el Estado. Es más, consideramos que de aplicarse aquel Código se debería excluir la indemnización habida cuenta que, en él, el ejercicio regular de los derechos no genera obligación reparatoria. O, en todo caso, también en su ámbito la reparación debería ser limitada.

El derecho público positivo se nutrió, a la hora de determinar los alcances de la indemnización debida por el Estado a causa de su actividad estatal lícita dañosa, de la fuerza expansiva del criterio fijado por la ley de expropiaciones, es decir, excluyendo el lucro cesante[28].

---

[26] CSJN, 20/09/1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A c/Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 306:1409, (considerando 8, del voto mayoritario).

[27] CSJN, 28/04/1922, "Ercolano, Agustín c/Lanteri Renshaw, Julieta", Fallos 136:161; CSJN, 27/06/1962, "Partido Obrero-Capital Federal", Fallos 253:133; CSJN, 15/10/1962, "Font, Jaime y otros c/"Estancias y Carnicerías Galli", Fallos 254:56; CSJN, 26/06/1974, "Brunella vda. de Weiser, Edda L. c/Fisco Nacional (DGI)", Fallos: 289:67.

[28] Se pueden citar como ejemplos el art. 5° de la ley 12910, hoy sin eficacia (en los casos de la paralización de obras y rescisión contractual); la ley 13064 de Obras Públicas (arts. 30 y 38 *in fine*); el entonces vigente Reglamento de Contrataciones del Estado (aprobado por el Decreto 5720/72,

En lo que se refiere a la jurisprudencia, no es posible afirmar que de ella se derive una conclusión clara e inequívoca. Se puede, sí, sostener la existencia de una tendencia a reconocer la indemnización amplia cuando se trata de actividad contractual[29], siendo oscilante la situación en los casos de actividad unilateral pues mientras en algunos casos se ha fijado un temperamento restringido[30] en otros se ha admitido una reparación amplia[31].

5. Prescripción

Se discute en doctrina cuál es el término correspondiente, pues no existe en el ámbito del derecho público nacional una norma expresa que lo determine.

Así, para Cassagne es de aplicación el artículo 4023 del Código Civil que establece un plazo de diez años para las acciones personales por deudas exigibles y para las acciones de nulidad. Rechaza la subsunción de la responsabilidad extracontractual del Estado en el artículo 4037, que preceptúa un término de dos años, por considerar que regula la responsabilidad civil basada, ésta, primordialmente en la ilicitud subjetiva y no vinculada a la idea de ilegitimidad objetiva propia de la primera.

Desde otro ángulo, se ha sostenido que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 4037 del Código Civil[32], en virtud del cual prescribe a los dos años la acción por responsabilidad civil extracontractual. Es que, en el fondo, para este caso, lo relevante es el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, no así su carácter objetivo o subjetivo.

No obstante el debate anterior, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha zanjado la discusión afirmando que el plazo es de dos años de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4037 del Código Civil[33].

---

reglamentario del art. 61 de la derogada Ley de Contabilidad) y, actualmente, el Decreto delegado 1023/01 al preceptuar en su artículo 12, inciso a), último párrafo, que la revocación, modificación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante; también la ley 16970, de Defensa Nacional, consignó, en su momento, al regular requisiciones militares, la improcedencia del pago del lucro cesante (art. 37, *in fine*) y, ahora, la ley 23554, que sustituyó a aquélla, reproduce igual principio (art. 35). Asimismo, esta ley establece en su artículo 26 que cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicio, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos." Y, siguiendo esta misma línea, la ley 25453 -denominada de *déficit cero*- en su artículo 11 determina que los contratos de ejecución afectados por las reducciones dispuestas en el artículo 34 de la ley 24156 podrán revocarse por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en el caso de que los contratistas o proveedores no acepten la reducción de la contraprestación a cargo del sector público nacional, siendo de aplicación, en ese caso, lo dispuesto por el artículo 26 de la ley 25344.

[29] CSJN, 20/09/1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A", Fallos: 306:1409.

[30] CSJN, 22/12/1975, "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 293:617; CSJN, 15/05/1979, "Cantón, Mario E. c/Gobierno Nacional", Fallos: 301:403; CSJN, 9/05/1989, "Motor Once S.A. c/Municipalidad de Bs. As.", Fallos: 312:659.

[31] CSJN, 23/11/1989, "Juncalán Forestal Agropecuaria S.A", Fallos 312:2022; CSJN, 16/06/1993, "Cachau, Oscar J. c/ Buenos Aires, Pcia.", Fallos: 316:1336; CSJN, 16/06/1993, "Prada, Iván Roberto c/Buenos Aires, pcia.", Fallos: 316:1465; CSJN, 16/06/1993 "Estancias Marré SAIAF e Y c. Provincia de Córdoba, La Pampa y Buenos Aires", Fallos: 316: 1428.

[32] Art. 4037: "Prescríbese por dos años, la acción de responsabilidad civil extracontractual".

[33] CSJN, 2/03/1978, "Cipollini, Juan Silvano c/Dirección Nacional de Vialidad y otra s/sumario", Fallos: 300:143; CSJN, 4/06/1985, "Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/Buenos Aires, Provincia de s/restitución

Finalmente, como criterio general, y sin perjuicio de la casuística elaborada por la jurisprudencia, hay que decir que el plazo de prescripción comienza a computarse desde el momento en que se produce el daño o desde que el afectado toma conocimiento de aquél. Sin perjuicio de ello, téngase en cuenta lo expuesto en el capítulo referido a los "Principios jurídicos del control judicial" en relación con la caducidad del plazo para impugnar los actos administrativos y la posibilidad de demandar los daños de ellos derivados.

6. Responsabilidad extracontractual del Estado por actos legislativos.

Actualmente se acepta, de manera general, la posibilidad de que el Estado pueda ser responsabilizado por la sanción de normas legales, y que pueda ser obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con ocasión de esa actividad legislativa resulten a los particulares.

En el pasado se negaba rotundamente que existiera una responsabilidad extracontractual del Estado por actos de ese tipo, especialmente, porque la actividad legislativa es un típico exponente de la soberanía, debiendo los súbditos soportar los posibles perjuicios que les pudieran resultar, como algo inherente y propio de su condición de sometimiento a dicha soberanía.

Se decía, en tal sentido, que el legislador no está sujeto a la ley, sino que se halla por encima de ella; sus funciones son por eso siempre legales, a lo que se añadía que siendo la ley expresión de la voluntad general, incluía también la del propio damnificado, que de tal modo no podía fundar ningún tipo de reclamo.

Sin embargo, poco a poco la doctrina fue evolucionando hacia el reconocimiento de una total responsabilidad, y así Duguit, al desarrollar su teoría del seguro social, explicó que ésta cubría también los riesgos resultantes de la aplicación de una ley, admitiendo, en consecuencia, la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa.

En Francia, y hasta 1938, no se reconocía la posible existencia de esa responsabilidad, pero en ese año, en el pronunciamiento dictado en el caso de la "Société la Fleurette", el Consejo de Estado señaló que una prohibición legal que perjudicaba a dicha sociedad, impidiéndose seguir fabricando y vendiendo uno de sus productos, constituía una exigencia de interés general cuyas consecuencias debían ser soportadas por la colectividad toda, de manera que la empresa referida tenía derecho a obtener que el Estado le pagara una indemnización, por los perjuicios que debía sufrir, máxime cuando su producto no había sido declarado nocivo.

Esa evolución se ha concretado, finalmente, en el hecho de que la mayor parte de la doctrina se ha volcado a reconocer, al menos tácitamente, que el Estado puede ser responsabilizado extracontractualmente por los perjuicios que sufran los administrados, por actos legislativos que hayan sido sancionados.

Dentro de esa corriente no se distingue si la ley en cuestión es o no constitucionalmente válida, aunque es innegable que cuando la ley carece de esa validez, la responsabilidad estatal surge como más clara y evidente.

Esta última circunstancia ha llevado a Bianchi a sostener que cuando se habla de responsabilidad del Estado por actividad legislativa, habitualmente se referencia un supuesto de responsabilidad por acto

---

de dólares", Fallos: 307:821; entre otros.

lícito; de allí considera que es una subespecie de ésta, pues, afirma, la responsabilidad emergente del dictado de una norma que es declarada inconstitucional no es más que un supuesto común de responsabilidad por acto ilícito.

Tampoco se diferencia si el acto legal es una ley formal o una ley material, ya que a los fines de sus efectos, ambas categorías están equiparadas.

Aunque con mayores limitaciones, algunos autores reconocen que la responsabilidad del Estado, en este campo, también puede resultar de una reforma constitucional –quedando excluido, en cambio, el acto originario por el cual se establece la primera Constitución, luego modificada-, puesto que la reforma constitucional no puede privar a los habitantes del país de derechos esenciales que les habían sido reconocidos originariamente, debiendo el Estado asumir la responsabilidad de compensar, si así ocurriera, los perjuicios ocasionados (Marienhoff).

El fundamento de esta responsabilidad por actos legislativos, es el mismo que el reconocido respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado en general, por lo que resulta innecesario reiterarlo, remitiéndonos, en consecuencia, a lo allí expuesto. Las situaciones que se pueden suscitar en relación con la norma legal que ha producido el perjuicio de los administrados, y en atención a su reparación, han sido agrupadas en tres posibilidades: 1) que la propia ley lesiva reconozca el derecho a una indemnización; 2) que la ley lesiva no contenga ninguna disposición de esa clase, guardando silencio sobre la indemnización de los perjuicios; y 3) que la ley en cuestión niegue expresamente el derecho al resarcimiento.

Si la ley admite el derecho a una indemnización, es obvio que ésta procederá y podrá reclamarse, incluso judicialmente, dentro de los términos y modalidades que hayan sido establecidas.

Más recientemente se ha planteado la posibilidad, dependiendo de las circunstancias de cada caso y de la medida del resarcimiento establecido normativamente, de impugnar la constitucionalidad de la limitación resarcitoria. (Bianchi)

Si la ley lesiva ha guardado silencio sobre esta materia, la indemnización será viable y exigible, si se dan las condiciones que han sido reconocidas para dar lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado, a las que ya nos hemos referido. La jurisprudencia tendrá un rol importante, en cuanto a la afirmación de tales principios, relativos a la salvaguarda y mantenimiento del Estado de derecho y la supremacía de la Constitución.

Si la ley lesiva, finalmente, niega el derecho a una indemnización, ésta procederá igualmente, por aplicación de los principios generales aceptados en la materia, pero el administrado deberá, además, demandar la invalidez de la ley en cuestión, en cuanto niega la indemnización, como violatoria de alguno de los principios constitucionales que fueran aplicables al caso.

El perjuicio indemnizable, para ser resarcible, deberá reunir las condiciones que hemos puntualizado al tratar los requisitos que deben concurrir para que sea procedente responsabilizar al Estado.

Con referencia a la responsabilidad del Estado por actos legislativos se acentúa la exigencia doctrinal de que ella debe individualizarse, respecto de una persona o un

grupo de personas, lo que significa que debe ser especial, y no universal, a lo que ciertos expositores añaden la condición de que debe ser extraordinario, o al menos anormal, excediendo el nivel de aquellos sacrificios que son asumidos por la población comúnmente, frente a la actividad legislativa estatal.

Se ha dicho, con razón, que la posibilidad de un perjuicio general no tiene por qué excluir, desde el punto de vista jurídico, la necesidad de la reparación, ya que la "generalidad del agravio no cubre ni purga la antijuridicidad del comportamiento lesivo" (Marienhoff), aún cuando esa generalidad pueda llegar a influir en la determinación del monto del resarcimiento.

A mi juicio, en los casos en que se pretenda responsabilizar al Estado por su actividad normativa lícita, lo que debe considerarse, más que el "sacrificio especial", es la razonabilidad del perjuicio experimentado por el administrado ponderado, en cada caso, de acuerdo con la proporcionalidad que guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha sido favorable al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la sanción de actos legislativos lesivos, y sólo en muy contadas oportunidades, y sobre la base de determinadas condiciones, ha hecho lugar al reconocimiento de ella.

Dentro de esa posición, el alto tribunal ha rechazado la reclamación del resarcimiento cuando el perjuicio sufrido por el damnificado demandante no ha sido excepcional ni afecta a un individuo o grupo de individuos en forma desigual, en beneficio de la comunidad ("Fallos", t. 180, p. 107), admitiéndola, en cambio, cuando de la actividad legislativa se produjo un enriquecimiento sin causa de la administración pública ("Fallos", t. 245, p. 146).

Sin embargo, en los casos "Cantón"[34] y "Winkler"[35], la Corte reconoció el derecho a indemnización cuando el hecho generador del perjuicio fue el ejercicio lícito, por parte del Estado, de potestades normativas. Posteriormente, fue confirmada esta posición, aunque se restringió la procedencia de la responsabilidad estatal a través del endurecimiento de la exigencia de los recaudos para su configuración (Mertehikian). En efecto, en la causa "Ledesma"[36], comprobado el perjuicio y la actividad lícita del Estado, se denegó la indemnización toda vez que los daños no eran directa y exclusivamente causados por la actividad normativa cuestionada. En el mismo sentido se inscribe el fallo recaído en la causa "Columbia"[37], en el cual se exigió, para la procedencia de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, la existencia de un sacrificio especial y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño. En el mismo orden de ideas, en los casos "Buenos Aires Eximport"[38], "Revestek"[39] y Cirlafin"[40], la Corte rechazó las pretensiones indemnizatorias por considerar que no se encontraban cumplidos los mencionados requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal por su actividad lícita.

La Corte Suprema ha admitido la responsabilidad del Estado cuando los daños y perjuicios han resultado del cumplimiento de un decreto-ley, luego declarado inconstitucional por violar la igualdad ante la ley ("Fallos", t. 262, p. 22), o cuando se originan en un decreto del Poder Ejecutivo, luego declarado inconstitucional por violar la libre circulación el derecho de propiedad y la libertad de comercio e industria ("Fallos", t. 252, p. 39).

[34] CSJN, 15/05/1979, "Cantón", Fallos: 301:403.
[35] CSJN, 9/08/1983, "Winkler", Fallos: 305:1045.
[36] CSJN, 31/10/1989, "Ledesma", Fallos: 312:2022.
[37] CSJN, 19/03/1992, "Columbia", Fallos: 315:1026.
[38] CSJN, 30/03/1993, "Buenos Aires Eximport", Fallos: 316:397.
[39] CSJN, 15/08/1995, "Revestek", Fallos: 318:1531.
[40] CSJN, 15/08/1995, "Cirlafin", ED 166-267.

En el mismo sentido, Mertehikian señala el caso "Cima, Corina Gabardini de"[41], en el cual se hizo lugar a los daños y perjuicios provocados por una ley de la provincia de Corrientes declarada inconstitucional.

Es de esperar que el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, por los perjuicios resultantes a los administrados de su actividad legislativa, vaya acentuándose en nuestra jurisprudencia, asentándose en los fundamentos doctrinales que han sido analizados.

7. Responsabilidad extracontractual del Estado por actos judiciales.

La responsabilidad extracontractual del Estado, como resultado del cumplimiento de su función judicial, es la que más dificultades ha originado y la que más controversias ha suscitado, tanto en su planteamiento doctrinal como en su aplicación práctica.

Se circunscribe, por un lado, a los actos jurisdiccionales cumplidos por los órganos integrantes del Poder Judicial, tanto nacional como local, y su manifestación más clara es, tal vez, el error judicial producido en la jurisdicción penal, que tiene lugar cuando se produce la condena como culpable, de quien es realmente inocente, verdadera tragedia que el más simple sentido jurídico rechaza como inadmisible, y del que el famoso caso "Dreyfus" ha sido y es ejemplo típico.

En este punto, es común que la doctrina distinga entre responsabilidad *in iudicando* y responsabilidad *in procedendo*. La primera se caracteriza por la existencia de un error judicial que se traduce y origina una sentencia injusta, implica una violación al deber de todo magistrado a dictar sus resoluciones conforme a derecho (Mertehikian, Tawil). La segunda, en cambio, reconoce como causa del daño el defectuoso o anormal funcionamiento judicial que se verifica durante la sustanciación del proceso (Mertehikian, Tawil).

Se ha sostenido en doctrina que, a la luz de los fallos de nuestro máximo tribunal, los requisitos que se exigen para la configuración de la responsabilidad del Estado por error judicial difieren de aquellos necesarios para responsabilizar al estado por el irregular, defectuoso o anormal funcionamiento de la administración de justicia.

En efecto, para el primer caso es insoslayable la acreditación de la existencia de una sentencia revisora que declare ilegítimo el acto y lo deje sin efecto, perdiendo éste, de ese modo, su carácter de verdad legal, mientras que, en el segundo es necesaria la concurrencia de los extremos configurativos de la doctrina de la falta de servicio (Mertehikian).

El problema ya fue conocido en la antigüedad, y tanto en Grecia como en Roma, en algunos casos especiales, se llegó a admitir una compensación o resarcimiento por el error judicial. En el derecho romano –no debe olvidarse- uno de los supuestos en que procedía la *in integrum restitutio* era el del error judicial.

En las monarquías absolutas fue casi imposible pensar en una posible responsabilidad del Estado por el acto judicial, ya que siendo los soberanos de origen divino, mal podían errar y equivocarse en el dictado de esos actos.

En el derecho francés se recogen algunos actos normativos aislados que reconocían las consecuencias del error judicial, en ciertos supuestos. La Revolución Francesa de 1789, que tanto innovó en otros aspectos, sólo consideró el problema de manera parcial y aislada, sin llegar a ninguna sistematización razonable, dictándose en

[41] CSJN, 15/03/1977, "Cima, Corina Gabardini de", Fallos: 301:403.

1895 una ley que otorgó a los condenados en sede penal, y posteriormente absueltos por revisión, el derecho a reclamar del Estado una indemnización, fijada en relación con el tiempo de encarcelamiento y el daño sufrido por el condenado por tal error.

La responsabilidad del Estado por sus actos judiciales, que se acepta sin discusión en la esfera penal, no ha suscitado igual apoyo cuando se la pretende extender a los actos judiciales que resuelven cuestiones civiles, comerciales o de cualquier otra clase.

Se alega, al respecto, que en esos procesos el control de la causa corresponde a las partes, actuando el Estado como un tercero que resuelve una contienda patrimonial entre dos partes interesadas.

Esas razones, sin embargo, no parecen suficientes como para excluir la procedencia de aquella responsabilidad, ya que el Estado al desarrollar ese cometido cumple una función que le es tan inherente como la de administrar o legislar.

Tampoco puede invocarse, en ese sentido, la fuerza de la cosa juzgada, ya que si la revisión de una sentencia firme procede, si es admitida por el derecho, y la revisión pone de manifiesto, por una nueva sentencia, la existencia del error judicial, la responsabilidad del Estado surge claramente, sin que pueda sustentarse que lo que ha sido mal juzgado debe prevalecer, o excluir el resarcimiento que corresponde al damnificado.

De cualquier manera, la extensión de la responsabilidad estatal por actos judiciales debe ser constreñida a sus límites naturales, sin olvidar que la actividad judicial corrientemente puede irrogar a los particulares, ya sean partes o terceros, molestias y perjuicios que, si no exceden lo razonable, tienen que ser soportados por esas personas, sin que puedan alegar derecho a un resarcimiento, como si fuera un resultado no querido por la ley, pero inevitable. Así ocurre, por ejemplo, con quien es privado de su libertad durante la tramitación de un proceso penal, que finalmente concluye por el reconocimiento de su inocencia. Esa privación de libertad no genera derecho a indemnización, y debe ser soportada por quien la haya sufrido. No obstante, no puede dejar de reconocerse que existen opiniones contrarias a ese criterio (Waline).

Es indiferente que el error judicial se haya producido como un resultado inevitable de la falibilidad de los juicios y decisiones humanas. El juzgador ha puesto en juego todos sus conocimientos, toda su atención y diligencia, pero –no obstante – ha errado. Quien ha debido soportar las consecuencias dañosas tiene igualmente derecho a ser resarcido de tales perjuicios.

Cuando ha habido dolo o culpa del juzgador, la situación es aún más simple, pues la responsabilidad estatal resultará de una inadecuada o ilícita actuación de un órgano del Estado, en el cumplimiento de sus función.

Voluntario o involuntario, el error judicial que produce consecuencias dañosas impone la reparación, respondiendo el Estado por los perjuicios causados (Altamira Gigena).

Contrariamente a lo que se ha sostenido, esta responsabilidad del Estado no requiere, para poder hacerla efectiva, la existencia de una norma legal que la autorice o

establezca. Fluye como una consecuencia necesaria de los principios inherentes a la existencia del Estado de derecho instaurado por nuestra Constitución nacional.

En nuestro país, en el orden nacional, no existe norma legal alguna que reconozca la existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado por sus actos judiciales, y que estatuya la existencia de una reparación justa y adecuada para quien ha sido víctima de un error judicial. Tal vez la única que ha considerado la cuestión es la prevista por el art. 515, inc. 4, del Código Civil, que prevé como obligaciones naturales, entre otras, las que no han logrado hacerse reconocer en un juicio que se ha perdido "por error o malicia del juez" (el autor escribió esta afirmación en el año 1984).

Actualmente, dos tratados internacionales mencionados expresamente en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional se ocupan de la cuestión relativa al reconocimiento de responsabilidad estatal por error judicial. En efecto, el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que "Toda persona derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial". Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos preceptúa, en su artículo 9° inciso 5, que "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación" y, luego, en el artículo 14 inciso 6, que "Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido".

En el orden provincial, en cambio, los códigos de procedimiento penal de Córdoba, Santiago del Estero, La Rioja, Jujuy, Mendoza, Catamarca, Salta, Corrientes y La Pampa, contienen previsiones según las cuales las víctimas de errores judiciales en materia penal tienen derecho a reclamar una indemnización del Estado por los daños causados por la condena y su ejecución.

En el orden civil o comercial, los errores judiciales producirán perjuicios principalmente en la esfera patrimonial de quienes han sufrido el error judicial, aún cuando también pueden recaer sobre la esfera moral de ellos. En el campo penal la situación se invierte, puesto que si pueden existir perjuicios patrimoniales, derivados del hecho de la privación de la libertad, los mayores daños serán los morales.

Es ilustrativo en este aspecto el fallo de la Corte en la causa "Rosa"[42], en la cual cambió su criterio anterior y reconoció el derecho a obtener la reparación de los perjuicios sufridos por la indebida prolongación de la medida cautelar de prisión preventiva de un individuo que luego fuera absuelto por el delito del que se lo acusaba e hizo lugar, únicamente, a la indemnización del daño moral. Las razones esgrimidas por la Corte para esto último fueron: el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad de los sufrimientos espirituales causados y la circunstancia de que el reconocimiento de este tipo de daño no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material por no ser accesorio de éste (Mertehikian).

Para que proceda la responsabilidad del Estado por acto judicial, además de las condiciones que han sido expuestas al tratar los requisitos para responsabilizar al Estado, debe darse la condición de que el acto judicial erróneo haya sido dejado sin efecto o corregido por otro acto judicial, dentro de lo que al respecto disponga el orden normativo aplicable.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Vignoni"[43], fijó su criterio rector en materia de responsabilidad del Estado por error judicial al exigir la existencia de una sentencia revisora

[42] CSJN, 1/11/1999, "Rosa", Fallos: 322:2683.
[43] CSJN, 14/06/1988, "Vignoni", Fallos: 311:1007.

que declare ilegítimo el acto y lo deje sin efecto, perdiendo éste, de ese modo, su carácter de verdad legal. En ese caso se trató de una cuestión de naturaleza penal. Posteriormente, el alto tribunal extendió su doctrina a las causas de índole civil. En efecto, al fallar en los autos "Román"[44], en donde el actor demandaba al Estado Nacional con el objeto de que le indemnizara los daños y perjuicios que le provocó la prohibición de uso de una máquina dispuesta por la justicia en lo penal económico en el curso de un sumario instruido por contrabando que luego fue dejada sin efecto por el sobreseimiento definitivo del imputado, señaló que la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización toda vez que, a su entender, sólo puede hablarse de error judicial cuando ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de administración de justicia y cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin. Asimismo, con cita expresa de "Vignoni", indicó que su existencia debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial –recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de la sentencia- mediante el cual se determinen la naturaleza y la gravedad del yerro.

8. Casos especiales de responsabilidad del Estado.

8.1 Guerra.

La guerra, de la cual se ha dicho que constituye la prosecución de la política del Estado por otros medios, es una posibilidad nunca deseada, pero siempre posible, que en nuestros días constituye un fenómeno de una índole tal y de unas consecuencias tan tremendas, que lo hace aparecer como verdaderamente excepcional y extraordinario.

Pero, de cualquier manera, la guerra y sus secuelas no están fuera de nuestra Constitución nacional, sino que ésta ha sido plasmada para regir tanto en los tiempos de paz y normalidad, como en los convulsionados y trágicos de la guerra, durante la cual los principios constitucionales y sus garantías se atemperan o cesan temporalmente, pero nunca desaparecen ni dejan de tener vigencia[45].

Esta conclusión general reviste especial importancia, para poder enfocar adecuadamente los problemas a que seguidamente hemos de referirnos.

Durante la guerra total, que es el modo como la guerra se lleva a cabo actualmente, los particulares que se hallan en el teatro de operaciones en que el conflicto se desenvuelve, o que de cualquier modo son afectados por las operaciones bélicas, pueden sufrir y frecuentemente sufren daños y perjuicios, a veces muy graves, que pueden provenir tanto de las fuerzas armadas enemigas, como de las fuerzas armadas nacionales o propias.

En el primer supuesto –daños y perjuicios causados por el enemigo- la irresponsabilidad del Estado –se entiende del Estado propio- es absoluta, y éste no responde, ni está jurídicamente obligado a responder, por esos perjuicios, que los habitantes deben soportar como una consecuencia inevitable. Resulta excesivo, a nuestro juicio, el criterio de quienes sustentan la posibilidad de esa responsabilidad, cuando la actuación bélica del enemigo no revista las condiciones del caso fortuito o la fuerza mayor.

Ello no quita que por aplicación de un principio de solidaridad social, sea común que el Estado disponga, en esos casos, el pago de indemnizaciones o ayudas pecuniarias a favor de los afectados por las operaciones de guerra enemigas, pero esas reparaciones no tienen el carácter de una obligación jurídica, ni puede exigirse que se acuerden, ni

[44] CSJN, 13/10/1994, "Román", Fallos: 317:1233.
[45] CSJN, 14/12/1927, "Compañía Azucarera Tucumana v. Provincia de Tucumán", Fallos: 150:150.

discutirse tampoco su monto. En tales supuestos, en efecto, no se justifica ni existe una indemnización legal.

Diferente es la situación que se presenta cuando los daños y perjuicios son causados por el Estado propio, por hechos de guerra llevados a cabo para sostener el ataque al enemigo, o la defensa de los que éste lleve a cabo.

Particular consideración tiene, en este sentido, la situación de la propiedad enemiga, es decir, de la que pertenece al Estado enemigo o a sus súbditos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado, en este sentido, que con relación a la propiedad enemiga las garantías constitucionales ceden y dejan de tener aplicación, quedando esa propiedad sin las prerrogativas que nuestra carta magna otorga a toda otra forma de propiedad. Es por ello que el Estado puede incautarse directamente de esa propiedad, sin necesidad de recurrir a la intervención de los tribunales de justicia, y sin que tenga que asumir forma alguna de responsabilidad, sin perjuicio del derecho de los afectados para hacer valer, concluido el conflicto, los derechos que consideren agraviados, para llevarlos a sus justos límites[46].

Este criterio jurisprudencial ha merecido fundadas objeciones, no sólo porque, como se ha dicho, los principios y garantías constitucionales rigen en tiempo de paz y en tiempo de guerra, con las limitaciones que resulten de la propia Constitución o de la ley, tanto a favor de los argentinos como de los extranjeros, sino porque, además, el ejercicio de los poderes de guerra debe ser cumplido con fundamento legal y de manera regular y razonable, de modo que todo exceso lesivo generaría la responsabilidad del Estado, aún en estos casos, por los perjuicios que hubieran podido resultar de tales actos[47].

Con respecto a la propiedad de los argentinos y demás personas de otras nacionalidades, no pertenecientes a la del país o países considerados o declarados enemigos, la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados con motivo del ejercicio de sus poderes de guerra, aparece con toda plenitud, en tanto y en cuanto dichos daños constituyan o resulten de la transgresión o violación de principios y garantías establecidas por la Constitución nacional, que estén vigentes, o por las leyes dictadas en su consecuencia, por las mismas razones y fundamentos que dan lugar, en general, a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Por lo expuesto, cabe concluir que los poderes de guerra deben ser ejercidos dentro de los límites previstos por la Constitución nacional, de suerte que si su ejercicio regular y razonable no originará responsabilidad para el Estado, ella aparecerá cuando tales límites sean excedidos, violando lo que nuestra carta fundamental ha establecido para la paz y para la guerra (Reiriz).

8.2 Revolución y motines.

Con respecto a los daños causados a los particulares durante el transcurso de revoluciones o motines, la jurisprudencia ha declarado la irresponsabilidad del Estado, de modo que la reparación o indemnización de ellos sólo procederá cuando una ley

[46] CSJN, 09/06/1948, "Merck Química Argentina S.A. v. Nación Argentina", Fallos: 211:162; CSJN, 1959, "Asociación Escuela Popular Germana - Argentina Belgrano c/ Nación", Fallos: 245:146.
[47] CSJN, 1960, "Cía. de Electricidad del Sud Argentino, S.A. c/ Prov. de Buenos Aires", Fallos: 246:145.

expresamente la haya dispuesto, o cuando el hecho dañoso sea imputable al Estado, por no haber obrado con la debida diligencia, tomando las medidas de prevención que hubieran resultado procedentes.

En numerosas ocasiones, diversas leyes han otorgado tales reparaciones o indemnizaciones. Así ocurrió con la ley 12.220, en ocasión de los hechos acaecidos el 6 y el 8 de septiembre de 1930; con la ley 14.414, con motivo de los hechos revolucionarios del 16 de junio de 1955; con el decreto-ley 9974/62, al producirse los hechos sediciosos del mes de septiembre de ese año; y con la ley 18.156, que tuvo en cuenta los hechos producidos el 6 y 9 de abril de 1963.

Nuestra jurisprudencia se ha mostrado contraria a la admisión de la responsabilidad extracontractual del Estado, como resultado de hechos de esa naturaleza, no existiendo texto legal que expresamente la autorice o admita.

Como se advierte, el Estado ha aceptado concurrir a paliar los daños y perjuicios sufridos por los particulares durante revoluciones o motines, pero ello no ha significado que se haya reconocido la responsabilidad jurídica de afrontar su indemnización o reparación, como una consecuencia necesaria, resultante de los principios generales de nuestro ordenamiento constitucional.

9. Contiendas y jurisdicción en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

La existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado da lugar, como es natural, a conflictos y contiendas entre los particulares, que pretenden que se les reconozca su derecho a una justa indemnización, y el Estado, que puede entender que tales reclamos no proceden.

El derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado, en virtud de su responsabilidad extracontractual de derecho público, constituye un derecho público subjetivo, regido por el derecho administrativo. En consecuencia, todos los conflictos y cuestiones que se susciten en esta materia deben ser sometidos y resueltos por la justicia en lo contenciosoadministrativo, o por la que tenga atribuida esta competencia.

Esta conclusión es aplicable, tanto en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por hechos o actos de la administración pública, como en lo atinente a la que resulte por actos legislativos o judiciales, excepto que un texto legal expreso disponga lo contrario.

En otros países, la competencia para entender en los casos atinentes a responsabilidad del Estado por actos judiciales, se halla controvertida, pero tales discrepancias nacen, más que de posiciones doctrinales objetivas, de situaciones específicas imperantes en aquéllos.

Respecto de la necesidad de entablar la reclamación administrativa previa a la demanda contra el Estado, deberá estarse a lo que resuelven al respecto las leyes de procedimiento administrativo, vigentes en la Nación o en las provincias, debiendo tenerse en cuenta que la tendencia doctrinal se afirma en el sentido de que tal reclamación, por versar sobre una petición de daños y perjuicios al Estado, no es, en principio, necesaria.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Altamira, Pedro G., Responsabilidad extracontractual del Estado, Córdoba, 1941.
2. Altamira Gigena, Julio I., Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 1973.
3. Benoit, Francis P., El derecho administrativo francés, Madrid, 1977.
4. Barra, Rodolfo C., Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos, ED 122-589.
5. Belluscio, Augusto C. y Zanonni, Eduardo A., Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 1993.
6. Bianchi, Alberto B., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
7. Bidart Campos, Germán: Derecho constitucional del poder, Buenos Aires, 1967.
8. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947.
9. Bielsa, Rafael, Responsabilidad del Estado en el derecho actual, en Contribución al examen de algunas instituciones jurídicas, Buenos Aires, 1933.
10. Boffi Boggero, Luis M., Tratado de las obligaciones, t. 2., Buenos Aires, 1973.
11. Bonnard, Roger, Précis de droit public, Paris, 1946.
12. Bullrich, Rodolfo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1932.
13. Bullrich, Rodolfo, Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 1920.
14. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1987.
15. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Lisboa, 1965.
16. Cassagne, Juan C., Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001.
17. Colombo, Leonardo A., Culpa aquiliana. Cuasidelitos, Buenos Aires, 1965.
18. Comadira, Julio R., Derecho Administrativo. (Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios), segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2003, primera reimpresión.
19. Compagnucci de Caso, Rubén H., Daños causados en estado de necesidad, en La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
20. Cretella Junior, José, Responsabilidad del Estado por actos judiciales, en "Revista de la Facultad de Derecho", São Paulo, 1969, vol. LXIX.
21. Cueto Rúa, Julio C., La responsabilidad del Estado por los errores judiciales en las causas criminales, jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual en derecho público y privado, La Plata, 1943.
22. de Laubadère, André, Traité élémentaire de droit administratif, 2ª ed., t. I.
23. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1963-1965.
24. Duez, Paul, La responsabilité de la puissance publique, Paris, 1938.
25. Duguit, León, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1930.
26. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1965.
27. Escola, Héctor J., Compendio de Derecho Administrativo, volumen II, Buenos Aires, 1984.
28. Fiorini, Bartolomé A., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1976, t. II.

29. Fleiner, Fritz, Instituciones de Derecho Administrativo, traducción de la octava edic. alemana, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933.
30. Forsthoff, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958.
31. García Trevijano Fos, José A., Principios Jurídicos de la Organización Administrativa, Madrid, 1957.
32. Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1971, t. II.
33. Gordillo, Agustín A., Derecho administrativo de la economía, Buenos Aires, 1967.
34. Gordillo, Agustín A., Introducción al Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1966, segunda edición corregida y aumentada.
35. Hauriou, André, La utilización por el Derecho Administrativo de las normas y principios del Derecho Privado, LL t. 4, sección doctrina.
36. Jèze, Gastón, Principios generales del derecho administrativo, Buenos Aires, 1948, t. I.
37. Lima, Fernando Juan y Sama, Miguel Alberto, La responsabilidad del Estado por el accionar lícito, los requisitos para su procedencia, ED 150-97.
38. Linares, Juan F., Razonabilidad de las leyes, 2ª ed., Buenos Aires, 1970.
39. Linares Quintana, Segundo V., Gobierno y administración de la República Argentina, Buenos Aires, 1946.
40. Linares Quintana, Segundo V., La responsabilidad del Estado legislador, LL 36-1088.
41. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, Buenos Aires, 1953-1963.
42. López Cabana, Roberto M., Limitaciones a la íntegra reparación del daño, en La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
43. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. IV, Buenos Aires, 1975.
44. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. IV, Buenos Aires, 6ª ed., 1997.
45. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1930.
46. Mayer, Otto, Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, 1954.
47. Mazeau, Henri, y Tunc, André, Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, 1963.
48. Mertehikian, Eduardo, La responsabilidad pública, Ábaco, Buenos Aires, 2001.
49. Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, t. I y t. III, Buenos Aires, 1971.
50. Muratorio, Jorge, Factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por actividad lícita, en Responsabilidad del Estado y del funcionario, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001.
51. Nielsen, Federico – Zilli, Martha E., La responsabilidad del estado por daños causados a un conscripto por hecho de guerra -un caso de responsabilidad estatal por omisión ilegítima-, Obra colectiva Colección de análisis jurisprudencial -Elementos de Derecho Administrativo-, Universidad de Buenos Aires, La Ley, 2005.
52. Perrino, Pablo E., Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001.

53. Real, Alberto R., La responsabilidad patrimonial del Estado de derecho por actos legislativos y judiciales, ed. UNSTA, Tucumán, 1982, del libro Responsabilidad del Estado.
54. Reiriz, María G., Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 1969.
55. Reiriz, María G., Responsabilidad del Estado, en El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
56. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, ed. 1977.
57. Rocco, La riparazione alle vittime degli errori giudiziari, Napoli, 1906.
58. Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Paris, 1947.
59. Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Paris, 1976.
60. Romano, Santi, Fragmentos de un diccionario jurídico, Buenos Aires, 1964.
61. Rosatti, Horacio D., La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil, una crítica, Revista de Derecho de Daños, n° 9, Responsabilidad del Estado.
62. Salomoni, Jorge L., La responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil, en Responsabilidad del Estado y del funcionario, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001.
63. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
64. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, T II, 2da. edición, Montevideo, 1972.
65. Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 1951.
66. Tawil, Guido S., La responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, 2° edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.
67. Tawil, Guido S., Omisión, guerra y Responsabilidad del Estado, LL 1991-D, 370.
68. Vedel, Georges, Droit administratif, Paris, 1976.
69. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.

JULIO RODOLFO COMADIRA
(DIRECTOR)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORES:
JULIO RODOLFO COMADIRA – HÉCTOR JORGE ESCOLA

COLABORADORES:
LAURA MERCEDES MONTI
JULIO PABLO COMADIRA
FEDERICO NIELSEN

Parte Novena

DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO

LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA PROPIEDAD

Capítulo XXIII

Dominio público y privado del Estado[1]

1. La cuestión terminológica

Al comenzar el estudio de los distintos problemas que se refieren a la existencia y el empleo del dominio público, el primero que se presenta es el que resulta de la diversidad de la terminología empleada para referirse a esta materia, lo cual complica la labor de apreciación de las diferentes cuestiones comprendidas en el tema.

Se acepta que el primero que utilizó la expresión "dominio" público fue Pardessus, en la primera edición de su obra *Traité des servitudes ou services fonciers*, aparecida en 1806, designando con ella los bienes del Estado que no pertenecían ni se incluían en su dominio privado.

En la doctrina francesa ulterior, los bienes del dominio público son aquellos que están destinados al uso público, componiendo los restantes bienes del Estado el dominio o patrimonio de éste.

En la doctrina y la jurisprudencia italianas, en cambio, se distingue entre lo que es el dominio público y lo que se consideran bienes patrimoniales del Estado, los cuales, a su vez, pueden ser divididos en patrimonio indisponible y patrimonio disponible, según resulte de la legislación aplicable. Con referencia ya al dominio de las aguas, se ha querido extraer la dominialidad de ellas de su carácter o condición de públicas, aunque la mayoría de los autores identifican ambas nociones.

También se ha hablado de la existencia de las llamadas "cosas públicas", que son los objetos del Estado o de los órganos administrativos que están directamente al servicio de los fines de la administración pública, y que son tales, en consecuencia, en razón de su uso (Forsthoff). Las cosas públicas, según su naturaleza, pueden ser tanto bienes muebles como inmuebles.

Mayor predicamento tiene la referencia a los llamados "bienes dominicales" o "dominiales", directamente vinculada al concepto de dominio público, a los bienes públicos, a los que integran el dominio público (Marienhoff).

Nuestro Código Civil, finalmente, al referirse a las cosas consideradas en relación a las personas, determina en su art. 2339 que pueden ser bienes públicos o bienes privados del Estado general, es decir, de la Nación, o de los Estados particulares, o sea, de las provincias, especificando en los arts. 2340 y 2342 cuáles quedan comprendidos en una u otra calificación, respectivamente.

A nuestro entender, es obvio que el Estado –general o particular, según el distingo que resulta de nuestra Constitución nacional-, como persona jurídica que es, con las particularidades que le son propias, posee un patrimonio que es de su dominio, el cual puede ser diferenciado, según se verá en el curso de este capítulo, en dominio público y dominio privado, debiendo ser así denominados.

De cualquier manera, el concepto de dominio no debe ser entendido, estrictamente, con el sentido y alcance que esta idea tiene reconocidos en el derecho civil, pues presenta algunas singularidades que lo apartan de esa noción conceptual.

2. Origen y evolución histórica

Un tratadista argentino, Nicanor de Elía, en su obra *Dominio público nacional*, aparecida en Buenos Aires en 1884, sostuvo con razón que el dominio público debió coexistir, desde un

[1] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, con la actualización de Julio Rodolfo Comadira.

principio, con la propiedad privada, como una condición indispensable de la vida económica de la colectividad, y aun cuando la evolución de la teoría del domino público sufrió modalidades y cambios muy importantes, lo cierto es que esa correlación puede ser comprobada desde los tiempos más antiguos.

La existencia de cosas públicas tuvo su primera expresión, posiblemente, en las primitivas comunidades rurales, las cuales tenían caminos, calles, plazas, etc., que no pertenecían a ningún individuo, sino a la comunidad, estando librado su uso a todos o a cualquiera de sus componentes, bajo la vigilancia de la autoridad existente (Mayer).

En Grecia, la aparición de las ciudades-estados contribuyó eficazmente a afirmar la idea de la existencia de esas cosas públicas, de ese dominio público de las ciudades, que en parte se confundía con su dominio privado, y cuyo producto constituía una porción importante de las rentas de la ciudad. Ésta podía disponer libremente de los bienes públicos, y así era frecuente que se gravaran o dieran en garantía pórticos, puertas, teatros y murallas, o que incluso se llegara a vender ciertas partes o trozos de carreteras, etc.

En Roma, la aparición de cosas públicas se confunde con la misma fundación de la ciudad, principalmente al disponer Rómulo la reserva de un tercio de las tierras para el Estado y para el pastoreo común. El derecho romano admitió la utilización general de las cosas públicas, concibiendo la existencia de un derecho, propio del pueblo romano, y una utilización común a favor de todos los individuos. En las Institutas se hace mención del dominio público en el libro II, título 1°, al tratarse de la división de las cosas ("*De rerum divisione*"), mientras que en el Digesto se trata de la cuestión en el libro I, título 8° (de la división y cualidad de las cosas); libro XLIII, título 7° (de los lugares y caminos públicos); libro XLIII, título 8° (que no se haga cosa alguna en lugar o caminos públicos); libro XLI, título 3°, ley 45 (prescripción sobre los bienes públicos), y en el libro L, título 16°, ley 15 (sujeto del derecho sobre las cosas públicas).

Con el advenimiento del feudalismo y la consolidación posterior de las monarquías, hace su aparición la idea de la existencia de un dominio o patrimonio de la Corona, dominio que se entendía como eminente (*ius eminens*), y que resultaba de las concepciones entonces aceptadas en materia de soberanía. Ese dominio de la Corona constituía una categoría jurídica que se oponía al dominio privado del príncipe (*privatum patrimonium*) y a la existencia de bienes de uso público.

En el antiguo derecho francés, a partir de Domat y otros autores, partiendo de la diferenciación aceptada por el derecho romano entre la *res publicae* y la *res fisci*, se intentó sistematizar la separación entre los bienes afectados al uso público, y los otros bienes del dominio real, de modo que las cosas públicas escaparan al dominio del soberano. Estas doctrinas, como es natural, nunca tuvieron acogida oficial ni recepción legislativa.

En España, la antigua legislación también se ocupó de la existencia del dominio público, de manera muy similar a como lo había hecho el derecho romano, y así la Partida 1ª, título 13, se refiere a las sepulturas; la Partida 3ª, título 28, a "De las cosas en que ome puede auer señorio, e como lo puede ganar"; la Partida 3ª, títulos 29, leyes 6 y 7, impone la imprescriptibilidad de las cosas públicas y religiosas; y la Partida 5ª, título 5°, ley 15, consagra la inalienabilidad de esas mismas cosas.

El surgimiento de la Revolución Francesa alteró este estado de cosas, y mediante los decretos del 21 de noviembre y del 1 de diciembre de 1790, conocidos como "Código dominial", se estableció que el dominio público pertenecía a la Nación, al mismo tiempo que se abolía la inalienabilidad de las cosas públicas, sobre la base de que siendo la Nación la titular de su dominio, no cabía continuar manteniendo un sistema que había sido admitido sólo como valla impuesta al capricho de los monarcas, criterio que más tarde fue abandonado.

Se reconoce, comúnmente, que la teoría del dominio público encuentra su primera formulación en la obra de Proudhon *Traité de domaine public*, pero sin dejar de admitirse que este tratadista no hizo sino recoger ideas ya expuestas, incluso con mayor claridad, por Pardessus, Toullier, Delvincourt, Duranton y el ya citado Domat.

Más modernamente, se ha aceptado que el uso público no es el único elemento caracterizante de la existencia del dominio público, sino que éste también aparece cuando se evidencia una finalidad de interés público que se realiza de manera equivalente, es decir, un uso público indirecto, en toda la variedad de gamas en que puede tener lugar.

3. Dominio público y dominio privado: distinción y fundamento.

La ya tradicional distinción entre el dominio público y el dominio privado del Estado responde, esencialmente, a la circunstancia de que el régimen jurídico a que uno y otro están sometidos es diferente, señalándose –en tal sentido- que mientras que el dominio público es inalienable e imprescriptible, el dominio privado estatal se halla sujeto, prácticamente, a las mismas reglas que son aplicables a la propiedad privada, con algunas excepciones resultantes de la condición del sujeto que lo posee y de la finalidad a que debe destinárselo.

Concomitantemente, las normas que regulan el dominio público y las relaciones que se establecen entre la administración pública y los administrados respecto de él, son predominantemente de derecho público, siendo la situación de los particulares de efectiva subordinación frente a la presencia de facultades y prerrogativas, exorbitantes del derecho privado, establecidas a favor del Estado; las que se refieren, en cambio, al dominio privado estatal se configuran con una vinculación más directa y amplia con los principios propios del derecho privado en la materia, mientras que las relaciones entre la administración y los administrados, por ello mismo, aparecen como relaciones casi siempre de coordinación.

Se ha puntualizado, sin embargo, que ambas categorías de bienes se encuentran reguladas por las disposiciones del régimen dominial del Estado y que esta regulación, de derecho público, establece determinadas particularidades propias del régimen exorbitante, que le imprimen, en ambos casos, ciertos caracteres diferenciadores del derecho privado. Por ello es que convendría referirse a bienes del Estado en general, para luego analizar las distintas clasificaciones que de éste pueden formularse, toda vez que si bien esta particularidad del régimen jurídico es más patente respecto de los bienes pertenecientes al dominio público del Estado, aquellos que conforman el dominio privado de éste presentan también algunas cuestiones que los distinguen del derecho que puede ejercer cualquier particular sobre su patrimonio. Así, por ejemplo, la enajenación de un bien estatal no puede disponerse sin el cumplimiento de los requisitos impuestos por las normas de derecho administrativo que regulan la materia (Nielsen).

La determinación de si un bien o una cosa debe quedar sometida al régimen jurídico del dominio público o al del dominio privado del Estado es una cuestión, más que nada, de carácter teleológico, puesto que lo que se debe tener en cuenta, de manera preferente, es si esos bienes o cosas están o no afectados a un uso público, directo o indirecto, apareciendo el uso indirecto cuando su utilización, si bien no configura un uso general o común, implica la afectación de ellas para el logro de finalidades que son del interés público, relativas a la utilidad o la comodidad común, aun cuando a este efecto se suele distinguir entre los bienes finales o bienes de uso y los que son llamados bienes instrumentales, que quedarán excluidos de la dominialidad del Estado.

4. Necesidad del dominio público

La existencia del dominio público, como entidad material, se justifica en el hecho de que la vida en comunidad sería imposible sin la presencia de esos bienes que pertenecen a todos, que todos pueden utilizar, o que están afectados al cumplimiento de finalidades de interés público que no podrían, de otra manera, llevarse a cabo.

El origen histórico de las cosas públicas, del dominio público, confirma lo dicho, ya que nunca resultó factible concebir la existencia de una sociedad, más o menos evolucionada, sin que este tipo de dominio apareciera.

Simultáneamente, la consolidación del dominio público, en su carácter de institución jurídica normativamente regulada, también se justifica plenamente, ya que de ese modo no sólo se especifica la composición, formación y utilización de las cosas públicas, sino que además –lo que es muy importante- se prevé todo lo necesario para la protección de ese amplio conjunto de bienes, sea contra hechos y actos ilegítimos o dañosos, procedentes de los particulares o administrados, sea contra los que se originen en el propio Estado (Marienhoff).

Es la inexcusable necesidad material de la existencia del dominio público la que ha impuesto la conveniencia de su regulación y protección jurídica, de modo que las normas legales, con medidas preventivas y reparadoras, permitan alcanzar los objetivos y finalidades que con los bienes del dominio público se pretende lograr.

El estudio jurídico del dominio público tiene, por ende, una trascendencia que no puede desconocerse, máxime cuando en el actual Estado social de derecho, (el autor escribe en 1984), la multiplicación de la actividad del Estado, procura la obtención de finalidades que se orientan al logro del bienestar general, que el preámbulo de nuestra Constitución nacional establece como principio rector de nuestra organización política.

5. Semejanzas y diferencias del dominio público con otras instituciones jurídicas

A más de lo que queda ya dicho, y para ir aproximándonos de manera adecuada a la noción conceptual y a la definición del dominio público, conviene establecer las semejanzas y diferencias que este instituto presenta, con otros, que se le aproximan o pueden servir de parangón.

Se suele comparar el dominio público con el servicio público, como si se tratara de nociones próximas o que guardan cierta semejanza, cuando en realidad las similitudes son más aparentes que esenciales.

El dominio público, en su idea más general, se halla constituido por un conjunto de cosas o de bienes, mientras que el servicio público aparece como una actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyas características hemos señalado en la parte pertinente de esta obra.

No obstante, puede reconocerse que, en muchas ocasiones, están afectados a la prestación de los servicios públicos bienes que son del dominio público o que lo componen, a pesar de lo cual no es menos cierto que esta circunstancia no es definitoria, pues la noción de servicio público, en este sentido, no agota ni comprende totalmente la de dominio público, pues existen muchos bienes que indudablemente lo forman, sin que por ello estén destinados a la prestación de servicios de esa clase, a los cuales se dedican, por lo demás, en ciertas ocasiones, bienes del dominio privado del Estado o de los particulares. Un río, por ejemplo, integra el dominio público, y puede ser utilizado por todos, sin que exista ninguna actividad o servicio llevado a cabo por la administración para que ese resultado tenga lugar.

Del mismo modo, se vincula también la noción conceptual del dominio público con la de obra pública, siendo esta última definida, como ya sabemos, diciendo que es tal todo bien, mueble o inmueble, u objeto inmaterial, que es el resultado de un trabajo público, realizado por cuenta de una persona pública estatal, con el propósito de obtener en forma directa o inmediata el logro o la satisfacción de un interés público.

La diferencia entre uno y otro instituto se pone de manifiesto en cuanto se observa que si bien toda obra pública integra el dominio público, no todo dominio público está formado por obras públicas, sobre todo por cuanto en el dominio público se integran numerosos bienes que son totalmente ajenos al quehacer humano, y que por ende no son producto de un trabajo, sino que son resultado de la acción de la naturaleza, a la que el hombre es totalmente ajeno. El caso citado precedentemente de un río, que está librado al uso público, pone de manifiesto lo dicho, pues éste, a pesar de integrar el dominio público, no es resultado de un trabajo público, que puede, tal vez, mejorarlo a los fines de la navegación, pero no crearlo o producirlo.

En consecuencia, si bien el dominio público y la obra pública están, por lo común, librados al uso público, y existen por razones de interés público, no son ideas semejantes, diferenciándose en su origen, que hace que la noción de dominio público sea más amplia y vasta que la de obra pública, que puede ser una forma o manera de integrar ese dominio público, junto con otras que luego se verán.

También cabe distinguir el dominio público del llamado dominio eminente del Estado. El dominio eminente, concepto que tiene su origen y raíz en la época feudal, surge como un poder supremo sobre el territorio, vinculado con la idea de soberanía, y que se ejerce potencialmente sobre todos los bienes existentes en él, ya sean del dominio público o privado del Estado, o de propiedad de los particulares. De tal modo, el dominio eminente, cuando se lo acepta, es una expresión jurídico-política de la soberanía interna, y se comporta no como un derecho de propiedad, de cualquier clase que fuera, sino más bien como una potestad, como un poder de legislación ejercido sobre las personas, las cosas y los bienes.

No hay, pues, real relación entre el dominio público y el dominio eminente, puesto que el primero, como se ha dicho, no es más que un conjunto de bienes, afectados a un régimen jurídico especial, que están destinados al uso público.

Tampoco pueden asimilarse, como alguna vez se pretendiera, el dominio público y la jurisdicción, pues son conceptos muy diferentes, aun cuando ambos puedan coincidir respecto de un lugar o un bien determinado.

El dominio público se refiere a la situación o condición legal de cosas y bienes, mientras que la jurisdicción no es un derecho sino un poder o potestad. Ambas nociones no son equivalentes ni correlativas, pudiendo existir, incluso, la una sin la otra. Así se cita, por ejemplo,

que existe jurisdicción federal sobre playas y riberas, sin que ello importe necesariamente el dominio nacional; mientras que la Nación tiene bienes de su dominio privado en el territorio de las provincias, que están, no obstante, sometidos a la jurisdicción local. También puede darse el caso de que sobre un mismo lugar, sea su dominio de la Nación o de las provincias, concurran ambas jurisdicciones.

De cualquier manera, si no puede confundirse el dominio público con la jurisdicción, lo que sí es cierto es que donde existe el dominio público existe también jurisdicción, y así si se trata de un río o un lago del domino público nacional, la jurisdicción aplicable será también la nacional.

A veces se distinguen los conceptos de dominio público y los de instrumento público o expropiación, pero en estos casos las diferencias son tan obvias, que no es necesario hacer hincapié en ellas, máxime cuando no atañen a la determinación del concepto de dominio público, que precisaremos en el parágrafo siguiente.

6. Noción conceptual del dominio público. Evolución.

La determinación de la noción conceptual de lo que se debe entender por dominio público ha dado lugar a diversas teorías y a las largas discusiones, poniéndose en evidencia que si bien puede llegar a tener fundamento y sustento legal, es principalmente una cuestión de carácter doctrinal, que se refleja también, como es natural, en la jurisdicción.

Del análisis de todos los sistemas propuestos resulta que las mayores dificultades se derivan de la existencia, en el ámbito del derecho privado, con sólido arraigo o indiscutible predominio, de las teorías desarrolladas por el derecho civil en torno del dominio o propiedad privada, incluso con anterioridad a la formulación conceptual de la idea jurídica del dominio público, que se vio –de este modo- fuertemente influido por aquéllas.

A pesar de ello, siempre ha quedado claro, a la postre, que el instituto del dominio público es propio e inherente al derecho público, en particular al administrativo; que es sensiblemente diferente al dominio que se ha dado en llamar privado; y que su naturaleza y regulación, por ello mismo, es exorbitante del derecho privado.

En síntesis, y como bien se ha dicho, la noción de dominio público, en esencia, gira en torno de la determinación de tres circunstancias básicas, a saber: 1) quién es el titular de ese dominio; 2) qué clase de bienes integran o pueden integrarlo; y 3) cuál es el destino o finalidad a la que están afectados esos bienes (Sayagués Laso).

Hasta fines del siglo XIX prevaleció una posición, cuyo expositor más destacado fue Berthélemy, que unificó las concepciones de Proudhon, para quien el dominio público era un conjunto de bienes afectados al uso público, y de Ducrocq, que sostenía que el dominio público estaba integrado por aquellos bienes que no podían ser objeto de propiedad privada por su naturaleza, y que componían lo que llamaba el “dominio público natural”.

Ambos criterios eran excesivamente limitados, y en especial la idea de dominio público natural fue combatida, pues era evidente que no era la condición material del bien, sino su situación y régimen jurídico, los que lo integraban al dominio público.

Las concepciones modernas sobre esta materia se puede decir que arrancan con Ballbé, cabiendo definirlo como el conjunto de bienes de propiedad del Estado (*lato sensu*), afectados por la ley al uso directo o indirecto de los habitantes (Diez).

Durante mucho tiempo había sido sostenido el criterio de que el Estado, en realidad, no era “propietario” de los bienes del dominio público, pues tal propiedad no reunía los caracteres con que la define el derecho civil. No era exclusivo, no podía ser gravado ni enajenado, y el Estado no tenía ni el *usus*, ni el *fructus*, ni el *abusus* de tal propiedad, sino un mero derecho de conservación y superintendencia sobre él.

La propiedad del Estado sobre el dominio público aparecía, pues, como una transposición al derecho público de concepciones propias del derecho civil, que además resultaba innecesaria, pues la simple idea de afectación bastaba para explicar todos los problemas y cuestiones que el dominio público suscitaba.

Es por ello que se llegó a pensar, como lógica consecuencia, que los bienes que componían el dominio público eran propiedad del pueblo, o aún más concretamente de los ciudadanos nativos o equiparados a ellos, a quienes les correspondía el uso común de tales

bienes, el cual se hacía también extensivo a los demás habitantes del país. Los usos especiales, en cambio, debían ser autorizados por el Estado.

Esta tendencia, que se inicia con el advenimiento de la Revolución Francesa de 1789, que colocó al pueblo en la situación y en los derechos que anteriormente habían correspondido al monarca, resulta contradictoria, y en especial se le señala que el pueblo, que carece de personalidad jurídica, no puede aparecer por ello mismo como titular de un derecho subjetivo, de un dominio que no puede adquirir. A ello se añade la circunstancia de que no resulta explicable por qué el Estado, que no tiene la propiedad del dominio público, aparece luego autorizando los usos especiales de él, sin intervención alguna de su verdadero dueño.

Por tal causa, se abre camino nuevamente la concepción de que el dominio público es propiedad del Estado, si bien al principio, en un sistema que pronto perdió validez, se entendiera que era más bien un derecho de soberanía sobre tales bienes.

Para quienes sustentaban la existencia de esa propiedad del Estado, es evidente que éste tiene los mismos derechos de uso, goce y disposición que los particulares sobre los bienes que son de su dominio, aun cuando los ejerza de un modo particular o especial, acorde con las finalidades de interés público que con ella se procura alcanzar.

Prueba de lo dicho es el hecho de que los bienes del dominio público, una vez desafectados de él, pasan a integrar su dominio privado, lo que no se explicaría si el Estado no fuera su propietario.

Las objeciones hechas a la teoría dominial del Estado, en su conjunto, sólo vienen a poner de manifiesto que se está frente a un dominio que es distinto o diferente del privado, o al menos que se ejerce de manera distinta.

No han faltado autores –como Spota y Villegas Basavilbaso, entre nosotros- que han pensado que el dominio público aparece como una propiedad privada del Estado, y no como una forma especial o particular de la propiedad, lo que hace aplicables, con carácter prevaleciente, los principios generales que para la propiedad o el dominio se reconocen en el derecho civil. No obstante, lo que singulariza al dominio público, en esta concepción, es el destino al cual están afectados los bienes que lo componen, es decir, el uso directo o indirecto por la colectividad, que resulta de esa misma afectación.

Pero no hay duda de que la doctrina que mayor predicamento mantiene en nuestros días es la que acepta que el dominio público constituye una propiedad pública del Estado, es decir, una modalidad de propiedad establecida y regida por el derecho público, y en especial el administrativo, que no es una modificación o adaptación de la propiedad privada, de derecho privado, sino que se desarrolla en forma paralela a ésta, según lo establecido por la ley, por el régimen jurídico aplicable.

El dominio público del Estado es, en consecuencia, una propiedad pública, de derecho público, caracterizada por una amplia serie de limitaciones, impuestas en razón del destino de los bienes que lo componen, y que nace con el acto de afectación.

Es por ello que Garrido Falla define el dominio público como “el derecho de propiedad que el Estado tiene sobre determinados bienes, en cuanto sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que “los bienes del dominio público, del Estado General, de los Estados particulares y de los municipios, son los de uso público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública, y estos últimos mientras dure esa afectación”[2].

7. Elementos del dominio público

Se reconoce, ya prácticamente sin discusión, que son cuatro los elementos que concurren a determinar la noción conceptual y jurídica del dominio público, a saber:

a) un elemento subjetivo, que se refiere al sujeto o titular del derecho existente sobre los elementos que componen el dominio público;

b) un elemento objetivo, que se refiere a cuáles pueden ser las cosas o los bienes que integran el dominio público;

[2] CSJN, 1926, “Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c/ Riglos de Alzaga, Josefina”, Fallos: 147:178.

c) un elemento teleológico que se vincula con la finalidad o el destino a que estarán sometidos los bienes o cosas del dominio público, para ser tales; y

d) un elemento normativo o legal, que se refiere al régimen jurídico especial a que están sujetos los bienes y cosas del dominio público.

Hemos de referirnos seguidamente a cada uno de ellos.

7.1 Elemento subjetivo

Los bienes que componen el dominio público no son *res nullius*, sino que pertenecen, al contrario, al Estado, es decir, dentro de nuestra organización institucional, a la Nación, a las provincias, a los municipios, y a las entidades autárquicas tanto territoriales como institucionales. Es por ello, por esa pertenencia al Estado, que nadie puede apropiarse ningún bien que integre el dominio público.

Los titulares de tales bienes deben ser personas jurídicas públicas estatales, que formen parte de la administración pública, centralizada o descentralizada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha enrolado en la postura que expresa que el titular de los bienes demaniales es el Estado, pues sostuvo que para la afectación eficaz de una cosa al dominio público se requiere que ésta se halle actualmente en el patrimonio del "poder público"[3].

Las personas jurídicas públicas no estatales no pueden ser titulares de ese dominio, y es por esta causa que los bienes que pertenecen a la Iglesia Católica Apostólica Romana, que es una persona jurídica pública no estatal, no integran el dominio público. Entre nosotros, no tiene cabida el dominio público eclesiástico, siendo los bienes de la Iglesia bienes privados de ésta, aunque afectados, en su totalidad o en parte, a la prestación de un servicio público, con las naturales limitaciones que ello implica.

Por esa misma razón, los bienes de los concesionarios de servicios públicos, afectados a la prestación de éstos, tampoco integran el dominio público, siendo bienes privados de tales concesionarios, cualquiera que sea la época o la forma de su adquisición.

Se ha afirmado en doctrina, más recientemente, que, pese a la titularidad privada de tales bienes, ellos pueden, sin embargo, quedar sujetos a un régimen jurídico que participa de los caracteres del dominio público (inenajenabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad e inejecutabilidad) con la finalidad de mantener la afectación o destino específico de ellos, asegurando, de ese modo, la calidad, continuidad, eficacia y regularidad del servicio. La determinación de esos caracteres se obtendría siguiendo el mismo camino que se emplea para elaborar el perfil jurídico del dominio público, aunque con la flexibilidad derivada de la falta del elemento subjetivo y de la misión instrumental de estos bienes, siendo una de las manifestaciones de esa flexibilidad la posibilidad de que el concesionario garantice, con la autorización de la autoridad regulatoria, operaciones de crédito destinadas a financiar la incorporación de bienes a la concesión, con gravámenes sobre dichos bienes (Mata).

En el marco legal de la privatización del servicio de distribución de gas se ha sostenido, asimismo, que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2340, inciso 7º, del Código Civil -que incluye entre los bienes públicos a las calles, plazas, caminos, canales, puentes y *cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común*- los activos esenciales incorporados con posterioridad a la toma de posesión (obras nuevas previstas en el cronograma de inversiones ejecutadas por el licenciatario y obras no previstas ejecutadas por cooperativas y/o por terceros interesados) pertenecen al dominio público del Estado y no pueden, por tanto, ser gravados por la licenciataria, circunstancia de la cual derivaría la ilegitimidad del contrato de licencia, aprobado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional, que otorga la propiedad de tales activos a aquélla y la habilita, además, a gravarlos para tomar créditos destinados a financiar ampliaciones y mejoras del Servicio Licenciado, sin autorización de la autoridad regulatoria (Salomoni).

No ha tenido acogida en el derecho argentino la idea de considerar que el prestador (concesionario o licenciatario) que incorpora bienes a la concesión (o licencia) adquiere la propiedad de éstos para el concedente, de modo que éste resulte nudo propietario y aquél titular de un derecho de uso y goce análogo al del usufructuario en el derecho privado (Mata).

7.2 Elemento objetivo

El dominio público es un conjunto de elementos, de cosas, de bienes, que pueden estar específicamente determinados o indeterminados, aún cuando pueden ser de algún modo determinables.

[3] CSJN, 1926, "Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c/ Mar del Plata Golf Club", Fallos: 146:304.

Utilizando la terminología empleada por el Código Civil en sus arts. 2311 y 2312, puede afirmarse que el dominio público se compone tanto de cosas como de objetos inmateriales, es decir, que se integra con "bienes", designación que abarca a ambos.

El componente más típico y visible del dominio público son los inmuebles, los cuales comprenden no sólo su superficie, sino también el espacio aéreo que los cubre y el subsuelo.

Las cosas que son inmuebles por accesión de un bien del dominio público también pueden componerlo, debiendo recurrirse, para precisar su situación, a la determinación de si el accesorio contribuye o no de manera permanente, directa e inmediata, a la finalidad u objeto a que está destinada la cosa principal.

Si bien el punto era antes discutido, hoy se acepta que los muebles también pueden formar parte del dominio público, aun los fungibles –caso de los libros que componen una biblioteca del Estado-, pero no los consumibles, por carecer éstos de la necesaria permanencia, exigible al dominio público.

Los semovientes pueden formar parte del dominio público, aun cuando por lo común lo hacen integrando una universalidad. Así ocurre con los animales que forman parte de un parque zoológico estatal.

Finalmente, los objetos inmateriales, como el espacio aéreo o la fuerza hidráulica de un río, y los derechos, como la servidumbre pública de sirga, o los derechos intelectuales, cuando dejan de pertenecer al autor por aplicación de la ley respectiva, también pueden concurrir a la composición del dominio público.

7.3 Elemento teleológico o finalista

Se acepta actualmente, prácticamente sin discusión, que los bienes del dominio público están destinados tanto al uso público directo o inmediato, como al indirecto o mediato. Esa es su finalidad, aun cuando sobre esta materia tiene especial importancia lo que al respecto disponga al régimen legal establecido para el dominio público.

Ese uso público, que puede ser tanto colectivo como individual o privativo, se halla reconocido por el art. 2340 del Código Civil, el cual, en la enumeración que realiza de los bienes públicos, incluye tanto aquellos que pueden ser objeto de un uso directo o inmediato, como las playas de mar o las riberas internas de los ríos, como los que pueden ser usados de manera indirecta o mediata, como ocurre con las obras públicas construidas para utilidad o comodidad común, mencionadas en su inc. 7. Esta opinión ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como se puede ver en el fallo publicado en su colección oficial, t. 158, ps. 358 y 359.

Dicha utilidad o comodidad común, concepto amplio que define la finalidad del dominio público, no son sino una forma o expresión del interés público, en el cual cada habitante puede llegar a reconocer y actuar su propio interés individual o particular.

Cabe recordar, por último, que el uso indirecto o mediato sólo comprende a los llamados bienes finales o de uso, o sea, aquellos que están directamente destinados al logro de los objetivos propuestos con su utilización, pero no aquellos otros que son meramente instrumentales, es decir, que están destinados a concurrir o participar en la obtención de tales finalidades, las cuales no se cumplen concretamente, en virtud de su empleo.

7.4 Elemento normativo o legal

Existe también coincidencia respecto de que el dominio público no es una creación de la naturaleza, no existiendo, en consecuencia, los bienes públicos naturales o por derecho natural (Marienhoff).

El concepto del dominio público, en este sentido, es una noción jurídica, que resulta de la voluntad del legislador, que es quien la determina, al crear y establecer el régimen normativo al cual estará sujeto.

Esta condición explica por qué la idea y el régimen del dominio público no son uniformes en los distintos países, sino que presentan marcadas diferencias, tanto en lo relativo a su conceptualización, como a la índole de los bienes que lo componen, a su utilización, etc.

El marco normativo o legal tiene, pues, decisiva influencia en todas estas cuestiones, poniendo de manifiesto que la oportunidad y la conveniencia, así como las ideas que se tengan en un momento dado sobre el bienestar general y el interés público, revisten gran importancia, respecto del régimen del dominio público que el legislador pretenda establecer.

El régimen legal previsto es el que perfila la existencia de la propiedad pública del Estado sobre los bienes que componen el dominio público, sus características y sus limitaciones, las finalidades que habrán de perseguirse, e incluso el uso o empleo de los bienes que lo componen.

La determinación de los bienes públicos, como comúnmente se acepta, por referencia a la condición jurídica de las cosas es una cuestión "civil", comprendida dentro de aquellas que las provincias han delegado al gobierno federal (art. 67, inc. 11, de la Constitución nacional –acutal 75 inc. 12-), y que por tanto éstas no pueden resolver.

En consecuencia, sólo puede ser llevada a cabo por ley formal, dictada por el Congreso nacional, lo que se ha concretado mediante la sanción del Código Civil, que trata tal cuestión.

Por ello mismo, el acto administrativo no puede nunca ser fuente atributiva del carácter público o privado de un bien, cabiendo a la administración pública sólo la posibilidad de crear los componentes del dominio público llamado "artificial", es decir, aquél que puede ser construido, organizado o formado, y que no procede de la naturaleza.

Es, pues, la ley nacional civil la que definirá el carácter público de los bienes, lo que no quita ni impide que el dominio público, compuesto de ese modo, sea –como ya se sabe- un instituto de derecho público, sometido a un régimen también de derecho público.

Cuando la determinación de un bien público ha sido hecha específicamente por la ley, no surgen dificultades. Cuando la determinación es genérica, o cuando no existe una determinación específica ni genérica, la cuestión exige una interpretación integradora de la doctrina y la jurisprudencia, formulada con arreglo a los principios consagrados por el art. 16 del Código Civil, que admite la interpretación analógica, y la que resulta de los principios generales del derecho.

Las provincias conservan su facultad de regular el uso de los bienes del dominio público que se hallan en su jurisdicción, pudiendo recordarse, al efecto, los códigos y leyes que han sancionado respecto de las aguas públicas.

Más recientemente se ha sostenido en doctrina que, siendo el dominio público un título de intervención del Estado, él debe ser regulado por el derecho administrativo y por ende por las provincias, tanto en lo relativo a la determinación de los bienes que lo integran, como a sus fines y usos, constituyendo tal regulación una potestad no delegada a la Nación (Salomoni).

8. Definición del dominio público

Considerando lo expuesto en los dos parágrafos anteriores, estamos ya en condiciones de proponer la definición del dominio público, diciendo que es "*el conjunto de bienes de propiedad del Estado, "lato sensu", afectados al uso público, directo o indirecto, de los habitantes, y sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público, y por tanto exorbitante del derecho privado*".

La definición formulada, como se advierte, concurre a destacar las siguientes notas caracterizantes de la noción conceptual del dominio público:

1) Es un conjunto de bienes, es decir, de cosas, bienes inmateriales y derechos, cuya naturaleza puede ser muy diversa, pero que deben reunir la condición de cierta permanencia en el tiempo.

2) Tales bienes son de propiedad del Estado, entendido el concepto en el sentido más amplio, o sea, como un conjunto integrado de personas jurídicas públicas estatales, a saber, el Estado nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas territoriales o institucionales, y demás componentes de la administración pública centralizada o descentralizada.

3) Esa propiedad del Estado no es semejante a la propiedad de derecho privado o civil, que corresponde a los particulares, sino que aparece como una propiedad especial, pública, sometida a limitaciones singulares, que la diferencian específicamente de la otra, derivadas del interés público que le da fundamento y sustento.

4) Los bienes que componen ese dominio están afectados al uso público, el cual puede ser directo o indirecto, y a su vez colectivo o individual o privativo, correspondiendo ese uso a todos los habitantes, conforme a lo que dispongan las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia.

5) Los bienes del dominio público, como tales, están sometidos a un régimen jurídico propio, prevalecientemente de derecho público y, por tanto, exorbitante del derecho privado, que es aplicable a ellos en cuanto esos bienes son afectados al dominio público, siendo esa afectación la que les otorga todos los caracteres propios de ese dominio.

9. Naturaleza jurídica del dominio público

Antiguamente, no se concebía la posibilidad de que existiera otra forma de propiedad que no fuera la consagrada por el derecho privado, por la ley civil, de modo que todo aquello que pudiera asemejársele, pero que no reunía sus caracteres específicos, no podía ni debía ser considerado como propiedad.

De ahí la posición de quienes sostenían que si el dominio público existía, los bienes que lo componían no eran propiedad de los entes públicos, sino que éstos, simplemente, cumplían, respecto de ellos, funciones de conservación, mejoramiento, tutela y policía.

Dentro de esta corriente, autores del prestigio de Duguit y Jèze no sólo rechazaban la existencia de una tal propiedad, sino que además la consideraban inútil, cuando no peligrosa, bastando las teorías de la afectación o del patrimonio-fin para explicar suficientemente las modalidades y particularidades propias del dominio público.

Contrariamente, si se aceptaba que existía un derecho de propiedad del Estado sobre el dominio público, simultáneamente se reconocía, simplemente, que esa propiedad era la propiedad quiritaria, la común, prevista por el derecho civil, sin perjuicio de ciertas reglas especiales impuestas por el destino público de los bienes del dominio público.

Ninguna de estas explicaciones sobre la naturaleza jurídica del dominio público resultaban satisfactorias, lo que dio efecto a que paulatinamente se fuera abriendo camino la concepción de la existencia de una propiedad especial de derecho público, distinta de la propiedad civil, y cuyo régimen es también sensiblemente diferente, y que es la propiedad pública o de derecho administrativo. Hauriou fue uno de los primeros y más firmes sostenedores de este criterio, que hoy ya ha recibido el apoyo de la mayor parte de la doctrina administrativa.

En consecuencia, debe concluirse que la naturaleza jurídica del dominio público es la de una propiedad pública, un dominio condicionado por las modalidades del sujeto que es titular de él, y por las finalidades a que está destinado, que son a la postre de interés público.

La existencia de estas dos formas de la propiedad –la pública y la privada- resulta de la ley, la cual las crea, determina y regula, atendiendo en un caso –el de la propiedad pública- a los intereses y fines de la colectividad, a intereses públicos; mientras que en el otro tiene en vista específicamente, los intereses individuales o personales, el interés privado, pudiendo ambas coexistir armónicamente, pues están previstas para situaciones diferentes, ambas necesarias e importantes.

Una de las manifestaciones de la diferencia se da, por ejemplo, en los casos de transferencia de bienes del dominio público por la provincialización de ex territorios nacionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado, en ese sentido, que "no deben perderse de vista las modalidades del derecho público y su incompatibilidad con las que rigen la transmisión del dominio en el derecho privado", y con fundamento en esa idea ha considerado aceptable que en casos de transferencia por provincialización no se requiera la tradición de los inmuebles en los términos establecidos en ordenamiento civil, toda vez que ésta responde a una exigencia de publicidad suplida con la sanción y publicidad de la ley de provincialización[4].

10. Caracteres jurídicos del dominio público

El dominio público presenta dos caracteres típicos, de los cuales uno es resultado del otro: su inalienabilidad y su imprescriptibilidad, de los que se derivan importantes consecuencias. Aparecen a mediados del siglo XIX, justamente con la diferenciación entre el dominio público y el dominio privado, primero como una regla no escrita, de raigambre jurisprudencial y

[4] CSJN, 19/12/2000, "Administración de Parques Nacionales c/Neuquén", Fallos: 323:4046.

consuetudinaria, y luego como una norma impuesta por la mayoría de las legislaciones que tratan la cuestión.

No obstante, cabe tener presente que si todo bien del dominio público es inalienable e imprescriptible, la inversa no es cierta, puesto que existen, por imperio de la ley, otros bienes que también reúnen esas condiciones y que, sin embargo, no sólo no integran el dominio público, sino que incluso pueden pertenecer al dominio privado de los particulares.

Ambos caracteres del dominio público buscan su intangibilidad, el mantenimiento de su integridad como tal, puesto que si los bienes que lo componen no fueran inalienables e imprescriptibles, se podrían ver indebidamente y continuamente disminuidos, contrariando las finalidades que dan razón de ser a su existencia.

Se ha sostenido que la razón de ser de tales atributos es la de servir de medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominiales a efectos que éstos cumplan su fin (Nielsen).

También se suele citar, como otro de los caracteres del dominio público, el de hallarse sujeto al poder de policía que el Estado cumple sobre él –policía del dominio público- con modalidades muy específicas, pero esta particular condición, más que un carácter propio, es una consecuencia de su presencia, pues ese poder de policía tiende a su conservación, manteniendo, su protección y buen uso. No es, pues, una modalidad inherente a su existencia, sino un resultado de ella, conclusión que incluso puede hacerse extensiva, en realidad, a los otros dos caracteres admitidos tradicionalmente.

La inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes del dominio público nace con su afectación, y dura mientras ésta se mantenga, pues de otro modo se vería comprometido el uso público y las exigencias que de él se derivan.

La inalienabilidad implica que los bienes del dominio público están sustraídos del comercio jurídico, es decir, son indisponibles. Pero esa indisponibilidad no es absoluta, ya que se refiere, exclusivamente, a las relaciones de derecho privado, siendo admisible, en cambio, el comercio jurídico de derecho público, puesto que éste no altera ni perjudica la afectación de esos bienes, por ser compatible con su naturaleza y destino.

Nuestro derecho positivo no ha consagrado expresamente el principio de la inalienabilidad, pero ella resulta de lo dispuesto en los arts. 953, 2336 y 2604 del Código Civil, habiendo sido admitida, con todos sus efectos, por la jurisprudencia.

Como resultantes de esa condición de inalienabilidad de los bienes del dominio público, se señalan las siguientes:

a) tales bienes no pueden ser objeto de compraventa, ni de otros actos jurídicos que impliquen la transferencia de su propiedad;

b) tampoco pueden ser hipotecados, ni afectados por servidumbres de derecho privado, usufructos, u otros derechos reales. Son admisibles, en cambio, las servidumbres públicas.

c) tampoco pueden ser embargados, ni ejecutados judicialmente;

d) no pueden ser objeto de reivindicaciones o acciones petitorias, si han sido regularmente incorporados al dominio público;

e) no procede tampoco, a su respecto, la acción de despojo, salvo casos especiales;

f) no pueden ser expropiados por la misma persona jurídica pública estatal que tiene su propiedad, siendo admisible, en cambio, que la Nación pueda expropiar bienes del dominio público provincial o municipal, y las provincias de los municipios. También se ha aceptado, en situaciones muy excepcionales, que las provincias puedan expropiar bienes de la Nación, cuando un interés local vital así lo impone.

g) como principio general, los bienes del dominio público no están sujetos a las obligaciones que resultan de la vecindad, como medianería, vistas y luces, aun cuando esta regla admite justificadas excepciones, fundadas en razón de su uso o destino.

La imprescriptibilidad de los bienes del dominio público, como fácilmente se comprende, resulta directamente de la condición de inalienables de tales bienes, consistiendo en la imposibilidad jurídica de que los bienes de esa clase puedan ser objeto de prescripción adquisitiva por parte de los terceros. Como se trata de bienes que están fuera del comercio, no

puede ejercerse sobre ellos posesión útil, que es la base indispensable de la prescripción, por lo que ésta tampoco cabe, al igual que las acciones posesorias y los interdictos.

La imprescriptibilidad tampoco ha sido consagrada por nuestra legislación positiva en forma expresa, pero surge de lo previsto en los arts. 2400, 3951, 3952 y 4019 del Código Civil, así como de la nota del art. 3952 citado.

La imprescriptibilidad, cabe recordar, sólo se refiere a la propiedad de los bienes del dominio público, pero no a su uso, que puede ser adquirido de ese modo cuando el derecho vigente lo autoriza.

Modernamente, se ha propuesto una atemperación del principio de imprescriptibilidad, sobre la base de reducirla a extremos reales y razonables, compatibles con la afectación de dichos bienes al uso público (García de Enterría). Se cita, en ese sentido, el caso de ciertos caminos que han dejado de ser usados, o han perdido su uso, lo cual implicaría una desafectación tácita, que autorizaría la prescripción de los terceros. Entre nosotros esta posibilidad no ha sido recibida, no sólo porque contraría normas legales existentes, sino porque parece contraria a la naturaleza y esencia misma del dominio público.

11. Clasificación del dominio público

Son varias las clasificaciones que la doctrina ha efectuado respecto del dominio público, atendiendo a diferentes criterios, las cuales no revisten todas el mismo interés jurídico.

Desde el punto de vista subjetivo, y teniendo en cuenta la persona jurídica pública estatal que puede ser titular del dominio público, se lo diferencia en dominio de la Nación, de las provincias, de los municipios, o de los entes autárquicos o descentralizados. La simplicidad de esta diferenciación exime de mayores comentarios, y tiene importancia en cuanto al régimen jurídico a que estará sujeto ese dominio público, principalmente por la posibilidad del establecimiento de sistemas generales o locales, según los casos.

En razón de la formación de los bienes que compongan el dominio público, ésta se distingue en natural y artificial. El dominio público natural es aquél que versa sobre bienes que se hallan en la naturaleza, y sobre los cuales no es posible la intervención de la mano del hombre, como las playas del mar o de los ríos, los ríos, los arroyos, etc. El dominio público artificial, en cambio, está constituido por bienes que son creados o resultan de la acción humana, o en los cuales esa acción es indispensable y necesaria para que el bien aparezca como tal: es el caso de las plazas, calles, caminos, puentes, canales navegables, etc. En la doctrina italiana, el dominio público natural se denomina necesario, mientras que el artificial se designa como accidental.

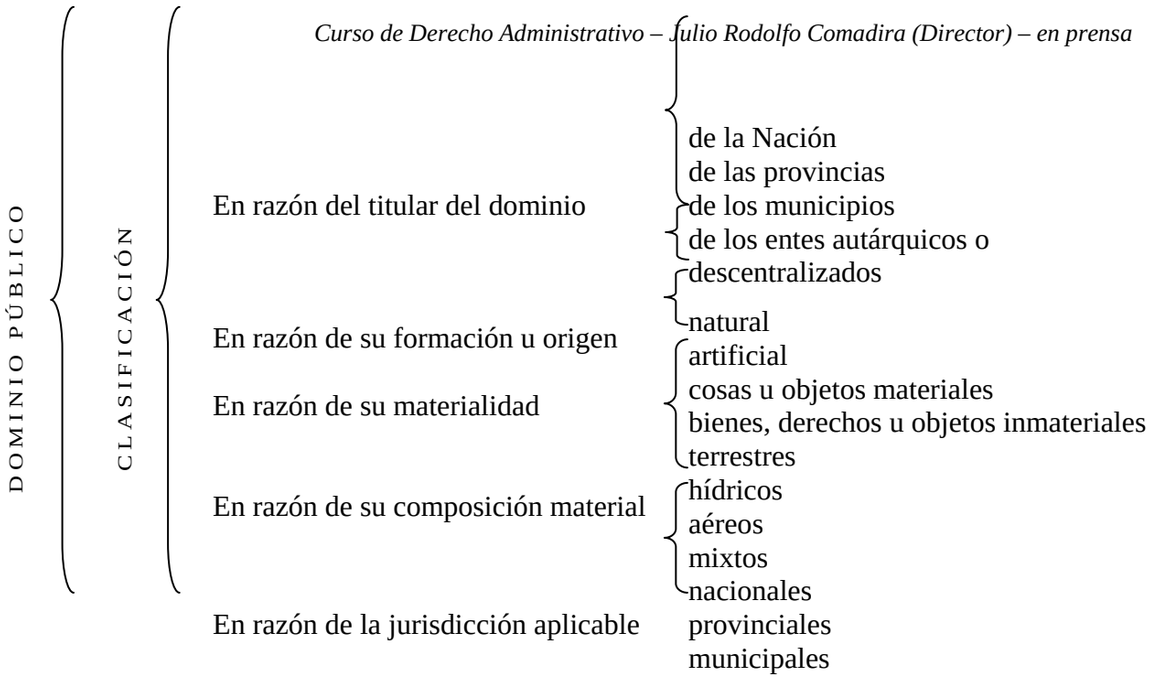
Esta clasificación interesa en cuanto al régimen de afectación y desafectación de tales bienes, y a su delimitación y alineamiento.

Considerando la materialidad en sí misma de los bienes que pueden integrar el dominio público, se los divide en cosas u objetos materiales, y en objeto inmateriales y derechos, también designados como objetos incorporales. Esta clasificación está acorde con lo que señala, respecto de las cosas, la legislación civil.

Si se tiene en cuenta, en cambio, la composición material de los bienes del dominio público, se los diferencia en terrestres, hídricos, aéreos y mixtos, siendo estos últimos los hidroterrestres.

Finalmente, y teniendo en cuenta cuál es la jurisdicción que se aplica y rige respecto de los bienes del dominio público, se los agrupa en bienes sometidos a jurisdicción nacional, provincial o municipal, diferenciación que puede o no coincidir con la del lugar o el carácter del bien, según la primera de las clasificaciones citadas.

El cuadro siguiente resume lo expuesto:



12. Afectación y desafectación

La afectación es el hecho o la declaración de voluntad de un órgano estatal con competencia para ello, en cuya virtud un bien queda librado al uso público, directo o indirecto.

La expresión "afectación" constituye, en realidad, un galicismo –deriva de la voz francesa *affectation*- y se ha considerado que no trasunta el sentido y alcance que en esta materia se le asigna.

Afectar, en verdad, en su significación jurídica más próxima, implica tanto como anexar una cosa a otra principal, y por ello se ha propuesto reemplazar ese vocablo por el de "consagrar", que importa tanto como dedicar algo a un fin determinado. De cualquier manera, el largo uso y su convencional comprensión ha hecho prevalecer la expresión "afectación", que sigue utilizándose.

La afectación, que siempre debe estar referida a bienes cuya titularidad corresponde al Estado *lato sensu*, supone dos momentos diferentes, a saber: 1) uno objetivo o material, que consiste en la existencia del bien sobre el cual habrá de recaer; 2) otro subjetivo o intencional, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal correspondiente, en cuya virtud el bien de que se trata es librado al uso público, otorgándose ese destino.

La afectación de los bienes que componen el dominio público natural sólo puede resultar de una ley nacional, que será la misma que les otorga su condición jurídica como tales.

La afectación de los bienes del dominio público artificial, en cambio, puede resultar también de una ley provincial, de actos administrativos, o aun de hechos de la administración, como la inauguración de una obra, que es librada al uso público; el dejar expedita la cosa, como ocurre con las calles, el retiro o la supresión de los obstáculos que impedían el uso público; etc.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que cuando el Estado Nacional o Provincial, sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste realiza una obra pública y la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno que seguiría siendo del dominio particular y regido por el Código Civil y la obra perteneciente al público y ajeno, por consiguiente, al régimen de dicho Código, pues se trata, en ese caso, de un bien material y jurídicamente indivisible, integrante del dominio público, fuera del comercio de derecho privado y excluido del ejercicio de acciones reales[5].

La determinación del órgano competente para efectuar la afectación, la naturaleza jurídica de ésta, y las formas de que debe estar revestida, quedan precisadas, como se entiende, por la aplicación de los principios precedentes: la ley nacional debe ser dictada por el Congreso nacional; la ley provincial, por las Legislaturas de provincia; los actos administrativos, por los órganos de ese carácter con competencia para dictarlos; y los hechos administrativos deben ser cumplidos por órganos de esa misma clase que puedan ejecutarlos. Ésa es también su naturaleza jurídica, y su forma la prevista para cada uno de ellos por el derecho vigente.

[5] CSJN, 05/09/2002, "Bergadá Mujica", Fallos: 325:2223.

La afectación debe cumplir ciertos requisitos, para producir válidamente sus efectos, que son los siguientes: *a*) debe expresar el asentimiento de la autoridad competente, que será expreso, en el caso de las leyes, de los actos administrativos; o implícito, en el supuesto de los hechos de la administración; *b*) debe ser actual, y no derivar para el futuro la incorporación al uso público; y *c*) debe ser efectiva, y no potencial, de modo que el uso público pueda llevarse a cabo, pudiéndoselo realizar por estar disponibles los bienes para el uso de que se trate.

El carácter real y efectivo de la afectación ha sido exigido por la Corte Suprema[6].

La prescripción y el uso inmemorial no sólo pueden llegar a producir la adquisición de un bien determinado a favor del Estado, sino que son también idóneos para afectarlos al uso público, directo o indirecto.

No se debe confundir la asignación del carácter público de un bien determinado, con su afectación al dominio público. Mientras que la primera importa establecer que ese bien integrará el dominio público, la segunda, en cambio, implica que él queda efectivamente librado al uso público (Marienhoff).

La afectación produce el resultado de admitir ese uso por la comunidad, y, al mismo tiempo, el de someter a los bienes afectados al régimen especial de derecho público al cual están sometidos los bienes del dominio público.

El hecho de que se cambie o altere el uso público a que está destinado un bien del dominio público –situación que en la doctrina se conoce como "mutación"- no altera su condición, ni exige una nueva afectación.

La desafectación, a la inversa, consiste en la manifestación de voluntad o en los hechos en cuya virtud un bien deja de estar destinado al uso público, saliendo –en consecuencia- del dominio público, para ingresar al dominio privado del Estado o de los particulares, según corresponda. La que se produce por una manifestación válida de voluntad se denomina desafectación formal.

En términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la desafectación de un bien del dominio público produce el efecto general de cambiar la condición jurídica de éste[7].

Como regla general, cabe sostener que la desafectación debe emanar de los mismos órganos públicos que dispusieron la afectación, con las mismas modalidades y formas, las cuales tendrán igual naturaleza jurídica, aun cuando este principio admite excepciones y alteraciones, derivadas de la naturaleza y condición del bien de que se trate (natural o artificial), y de la circunstancia de si mantiene o no su individualidad.

Los hechos que produzcan la desafectación pueden consistir tanto en hechos humanos como de la naturaleza. Los bienes naturales, por lo común, no pueden resultar desafectados por hechos del hombre, pues éste carece de la posibilidad de hacerlo, como ocurre con el cambio del lecho de un río. Sólo la naturaleza, con su poder, puede producir tales efectos. La desafectación, cabe recordar, no se debe confundir con la destrucción del bien que estaba afectado al uso público, cualquiera que sea su causa, pues una constituye un instituto jurídico, mientras que la otra es un hecho situado fuera de los límites del derecho.

Como hecho del Estado capaces de producir la desafectación de bienes del dominio público se citan: 1) el cambio de destino de un edificio público, que se sustrae al uso público; 2) el cierre definitivo de un camino; 3) el cultivo o siembra del terreno destinado a calle; etc.

La validez y eficacia de la desafectación está subordinada, en todos los casos, a que se haya manifestado el asentimiento claro de una persona jurídica estatal, ya que los actos de los administrados o particulares serán siempre ineficaces para producir una desafectación; y a que ese asentimiento provenga de un órgano estatal que al hacerlo actúe en ejercicio de la competencia que tiene atribuida.

Se suele citar como un supuesto de desafectación, la que se produciría por el no uso inmemorial de un bien del dominio público.

El no uso inmemorial, que no debe ser confundido con la prescripción, por cuanto no altera la titularidad del bien sino simplemente su régimen jurídico, ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina como una forma admisible de desafectación, aunque limitada a los bienes que componen el dominio público artificial, ya que los integrantes del dominio público natural

[6] CSJN, 1942, "Lanusse, Pedro y Antonio S.A. c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 194:210, y sus citas; CSJN, 1958, "Nación c/ Ribón, Diana Gregorina Rosa Blanca González Moreno de, y otros", Fallos: 242:170, entre otros.
[7] CSJN, 1926, "Alió, Enrique, por la Provincia de Buenos Aires c/ S.A. Club Mar del Plata", Fallos: 146:288.

sólo pueden desafectarse por actos formales, ya sea ley o, en ciertos supuestos, acto administrativo fundado en ley.

Sin embargo, el simple no uso no produce, por sí mismo, aun cuando fuere inmemorial, la desafectación. Para que ello ocurra es menester que además exista el indubitable asentimiento de la administración pública, en cuanto ésta debe haber admitido, tolerado o aun concurrido a ese no uso. De otro modo, serían los hechos o actos de los particulares administrados los que producirían la desafectación, lo cual –como queda dicho- no es admisible ni posible.

13. Composición del dominio público

En razón de su condición y composición material, es común distinguir los bienes que componen el dominio público en terrestres, marítimos y aéreos, aun cuando estas designaciones no correspondan exactamente en todos los casos a que se aplican.

13.1 Dominio público terrestre

El dominio público terrestre es aquél que recae o versa sobre bienes inmuebles que son de propiedad pública del Estado, *lato sensu*, y que están afectados al uso público, directo o indirecto, de la comunidad.

Figuran entre ellos, en primer lugar, las calles, parques, plazas, caminos, etc., que constituyen vías generales de comunicación, que pueden ser tanto urbanas como rurales, y que si han sido válidamente afectados a ese uso público, concurren a integrarlo (Cód. Civil, art. 2340, inc. 7).

Las vías públicas deben ser adecuadamente deslindadas de las propiedades de los particulares que sean vecinas con ellas, a fin de precisar concretamente qué es lo que está afectado al uso común. La operación que se lleva a cabo para ese deslinde se denomina “alineación”, constituyendo una facultad de la administración que ésta ejerce en tutela del dominio público.

La alineación, por su índole, no debe ser confundida con la delimitación, puesto que si ésta se refiere al deslinde de bienes públicos de origen natural, la primera –en cambio- se relaciona con los bienes públicos cuya existencia depende de la obra o la acción humana. Por ello, se deslinda un río o un lago, mientras que se alinea una calle o un camino. Además, cabe recordar que la delimitación es sólo declarativa de la existencia del dominio público sobre determinado lugar circunscrito, mientras que la alineación puede dar lugar al traspaso de bienes del dominio privado al dominio público, con los recaudos necesarios para ello, tal como ocurre cuando se efectúa la apertura de una nueva calle o se ensanchan las existentes.

Producida la alineación, los propietarios particulares linderos deben respetar la línea de edificación que hubiera sido fijada, y tienen derecho a exigir que se la precise, cuando la administración aún no lo hubiera hecho.

La existencia de las calles y caminos plantea otros interesantes problemas, como los que se derivan de los cambios de nivel dispuestos por la autoridad administrativa, que pueden originar la indemnización de los colindantes que hubieran sido perjudicados, y los que se refieren a la reparación y demolición de los edificios linderos con las vías públicas que amenacen ruina, medidas que aparecen como una manifestación de la policía sobre las vías públicas.

En la doctrina francesa, finalmente, se distingue, en este aspecto, entre la policía de la circulación o tránsito en sí mismo (*police du roulage*), y la policía de la vía pública como bien componente del dominio público (*police de la voirie*), aun cuando ambas concurren a fines muy próximos en su resultado final.

Durante largo tiempo se ha discutido, y se discute aún, sobre la condición jurídica de los cementerios y sepulturas, y sobre las delicadas relaciones a que su existencia da lugar.

Si bien se ha llegado a sostener que los cementerios públicos consisten ya en un bien del dominio privado del órgano público que los constituye, por lo común, un municipio, ya en un bien cuya situación jurídica es ecléctica, pública en una parte y privada en otra; puede considerarse predominante la posición de quienes entienden que son bienes del dominio público, afectados a una finalidad de interés general, como es la de que los particulares pueden efectuar el

enterramiento de los cadáveres de sus deudos fallecidos, o se efectúe el de las personas que carecen de ellos. Distinta consideración merecen, en cambio, los cementerios privados –por ejemplo, los de colectividades extranjeras, o los que existen en ciertos grandes establecimientos rurales-, los cuales constituyen bienes privados de los particulares que los poseen, sin perjuicio de que también sobre ellos se ejerza, como es natural, el poder de policía del Estado.

Cuatro son las clases de sepulturas que pueden darse en los cementerios: 1) el osario o fosa común, que es un lugar colectivo de inhumaciones, y que da lugar a un uso común del dominio público; 2) el nicho, que es individual y para una persona determinada, que aparece como un uso especial del dominio público; 3) la sepultura en tierra, que presenta las mismas características de la anterior; y 4) los sepulcros –panteones, mausoleos y bóvedas- que son un lugar colectivo de enterramiento, que se configuran también como un uso especial del dominio público.

Con excepción de las inhumaciones en el osario o fosa común, que dan lugar a un mero interés simple, las restantes –que derivan de la existencia de una concesión- generan un derecho subjetivo. Respecto de los nichos y sepulturas en tierra, como son individuales y otorgados para una persona determinada, no se suscitan a su respecto cuestiones atinentes a la posibilidad de su transferencia o enajenación, lo que se presenta, en cambio, respecto de los sepulcros.

Algunos autores han entendido que los sepulcros constituyen una propiedad *sui generis*, mientras que otros, con mayor imprecisión aún, entienden que el derecho sobre los sepulcros resultaría de un contrato innominado entre el Estado y el particular.

Mayor asidero presenta el criterio de quienes han entendido que se estaría frente a un bien de derecho civil, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo publicado en su colección oficial en el t. 145, p. 331, o ante una propiedad común de derecho civil, que podría ser objeto de disposición por parte de quien fuera su titular.

Parece preferible la opinión de que los sepulcros no son otra cosa que una proyección material y concreta del derecho de uso nacido de la concesión sobre una parte del dominio público que es el cementerio, teniendo el particular que recibe esa concesión una propiedad de derecho público, sujeta al derecho administrativo, sobre los elementos específicos que constituyen el sepulcro, con todas sus consecuencias (Marienhoff). Por lo demás, los sepulcros, con el resto del cementerio, configuran una “universalidad”, partiendo aquéllos, en consecuencia, de la condición jurídica del todo que componen.

La adopción de uno u otro de estos sistemas tiene directa influencia, como fácilmente se comprende, en todo lo que se refiere a su enajenación, embargo, prescripción, etc.

También se ha discutido en la doctrina respecto de la condición jurídica de los edificios que pertenecen al Estado, es decir, si constituyen dependencias del dominio público o del dominio privado de éste.

En realidad esas divergencias responden, más que nada, a la noción que se haya adoptado respecto del dominio público, al concepto que se tenga de éste.

Nosotros, en un parágrafo anterior, hemos dado la definición del dominio público, de la cual surge que serán del dominio público aquellos edificios que perteneciendo al Estado, *lato sensu*, estén afectados al uso público, ya sea directo o indirecto, y sometidos, por ende, al régimen jurídico que se haya previsto al efecto.

Este criterio doctrinal coincide, por lo demás, con el legal, establecido por el art. 2340, inc. 7, del Código Civil, con la aclaración de que la utilidad o comodidad común de que habla esa norma jurídica son meras formas del uso público indirecto, y con la salvedad de que debe tratarse de bienes finales o de uso, y no de bienes meramente instrumentales.

Si no se dieran esas condiciones, el edificio de propiedad del Estado integraría su dominio privado.

Por ello, se han entendido que componen el dominio público, por ejemplo, las casas de gobierno, el Congreso nacional y las legislaturas provinciales, los ministerios, los tribunales de justicia, las escuelas, colegios y universidades, las comisarías de policía, las prisiones, los hospitales, los asilos y hospicios, etc.

Por esa misma razón, también componen el dominio público los monumentos y los lugares declarados históricos, las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico, así como los edificios, construcciones y demás cosas, incluso muebles, que están destinados a la defensa nacional, como fortalezas, arsenales, cuarteles, aeródromos y bases navales o militares, el armamento portátil o pesado, los buques de guerra, etc.

13.2 Dominio público marítimo

El dominio público marítimo es aquél que está compuesto por el elemento líquido, o por los bienes en los cuales éste tiene un rol preponderante o predominante, y que cumplen las demás condiciones requeridas para que un bien sea calificado como del dominio público.

El mar territorial, que es aquél que ha sido delimitado por la legislación aplicable en la materia, constituye un componente del dominio público, según lo establecido por el art. 2340, inc. 1, del Código Civil, independientemente del poder jurisdiccional establecido por esa misma legislación sobre la zona contigua. La soberanía de la Nación se extiende, además, al lecho del mar y al subsuelo, con los recursos naturales que contenga.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aprobada por la República Argentina mediante la ley 24.543, dispone que cada Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base determinadas de conformidad con lo fijado por dicha Convención (art. 3°). A su vez, reconoce la soberanía del Estado ribereño al espacio aéreo sobre el mar territorial así como al lecho y subsuelo de este (art. 2°, punto 2).

Los mares interiores, que son aquellos que carecen de comunicación con el mar territorial o el mar libre, las bahías, ensenadas, puertos y ancladeros constituyen, igualmente, bienes del dominio público, lo mismo que las playas de mar (art. 2340, incs. 2 y 4, del Código Civil).

Lo mismo ocurre con los ríos, sus cauces y sus riberas, interiores, los neveros y glaciares, y todas las demás aguas, incluso las subterráneas, que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, sin perjuicio del derecho de los propietarios de cada fundo de extraer las que les sean necesarias, conforme a las normas que sean aplicables (art. 2340, incs. 3 y 4, del Código Civil). Asimismo, tienen dicho carácter las aguas de los arroyos que corren por sus cauces naturales y las de los manantiales, sean continuas o discontinuas, y las que nazcan en inmuebles del dominio público.

La Corte Suprema ha precisado que la definición jurídica de ribera no involucra a las márgenes, las cuales no participan del carácter de bien del dominio público y están sometidas, por tanto, bien que a un régimen particular (artículo 2639 del Código Civil), a la propiedad privada de los ribereños, a quienes asiste el derecho de protegerlas de la acción de la aguas y la obligación de asumir, en razón de su emplazamiento, su cuidado físico y los riesgos derivados de la acción erosiva del río[8].

Las aguas lacustres, dormidas o durmientes, así llamadas porque su circulación es casi imperceptible, se hallan formadas por los lagos y lagunas, que son naturales, y las represas y estanques, que son artificiales.

Los lagos y las lagunas que sirvan a la navegación, incluidos sus lechos, como es obvio, son integrantes del dominio público (art. 2340, inc. 5, Código Civil), debiendo entenderse por tales aquellos en que sea posible la verdadera navegación, y no el simple transporte por flotación.

La condición jurídica de los lagos y lagunas no navegables ha suscitado discrepancias, puesto que si una interpretación directa de las normas ya citadas y de otras conexas llevaría a la conclusión de que no integran el dominio público, otras opiniones las consideran, no obstante, como formando parte de él. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en algunos fallos, ha declarado que pertenecen a los propietarios de las tierras donde se hallan[9].

Las márgenes de los lagos y lagunas navegables, así como las acumulaciones artificiales de agua, pertenecen al dominio privado, salvo que estas últimas estén en lugares públicos.

Las islas, formadas o que se formen en el mar territorial, en toda clase de ríos, o en los lagos navegables, forman parte del dominio público, cuando no pertenezcan a los particulares (Código Civil, art. 2340, inc. 6).

El dominio y la jurisdicción sobre estas cosas del dominio público, corresponderán a la Nación o las provincias, según lo que al respecto resulte de la aplicación de las normas de la Constitución nacional, y la distribución de poderes y atribuciones que ella ha efectuado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que pertenecen al dominio público provincial los ríos, navegables o no, y sus playas[10] y las playas de los mares[11], sin perjuicio de la jurisdicción nacional respecto de todo lo relacionado con la navegación interestadual[12].

---

[8] CSJN, 26/05/1992, “Unitan A.”, Fallos: 315:1085.
[9] CSJN, 1923, “Frederking, Gustavo c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 138:295.
[10] CSJN, 1909, “Gobierno Nacional y Sociedad del Puerto del Rosario c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos: 111:179 y 197.

13.3 Dominio público aéreo

Es importante recordar, para comprender esta materia, que no debe confundirse el aire con el espacio aéreo, y que si el primero –elemento gaseoso, móvil y de renovación permanente- es una *res communis omnium*, el segundo tiene una índole distinta, y puede ser objeto de apropiación y dominio.

¿Integra el espacio aéreo el dominio público? ¿Cuándo y en qué medida?

No existe en nuestro Código Civil norma alguna que otorgue al espacio aéreo ese carácter; el art. 2340 no lo menciona.

La cuestión, por ende, debe resolverse sobre la base de una interpretación jurídica, que tenga en cuenta las reglas que son aplicables en ese sentido, y a las cuales ya nos hemos referido.

El dominio público aéreo, como consecuencia, se regula por principios que son análogos a los que rigen en materia de dominio público marítimo, correspondiendo sólo precisar desde dónde comienza el espacio aéreo del Estado, y cuáles son sus límites en lo vertical y lo horizontal.

El art. 2518 del Código Civil dispone que la propiedad del suelo se extiende al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Si bien esta norma no ha fijado ningún límite en ese sentido, la interpretación doctrinal y aun jurisprudencial ha entendido, con sobrada razón, que esa propiedad se extiende tan sólo hasta donde lo imponga el interés práctico del superficiario, su interés útil, fundado en su posible utilización.

Por encima de ese linde, que como se comprende no es fijo sino variable y contingente, el espacio aéreo corresponde al Estado, el que también lo posee desde la misma superficie del suelo, en las tierras que sean de su dominio.

En sentido horizontal, en cambio, el espacio aéreo, con las salvedades expuestas, corresponde al Estado en todo el ámbito de sus límites, incluyéndose el que corresponda al mar territorial.

En sentido vertical, finalmente, el espacio aéreo, por encima del que corresponde al dominio de los particulares, se extiende ilimitadamente, o por lo menos hasta donde sea posible aplicar e imponer las normas jurídicas existentes o que se establezcan al respecto.

El espacio aéreo del Estado constituye su dominio público aéreo, sobre el cual ejercerá todos los derechos y poderes que le corresponden sobre cualquier bien del dominio público y, además, los que son inherentes a su soberanía.

El dominio y la jurisdicción sobre el dominio público, aéreo, al igual que lo que ocurre en materia de dominio público marítimo, corresponderán a la Nación o a las provincias, según lo que resulta de las normas de la Constitución nacional y la distribución de poderes y facultades que ella ha efectuado.

La importancia del dominio público aéreo y de su utilización ha crecido enormemente en nuestra época, teniendo en cuenta la aparición de la aeronavegación, las radiocomunicaciones y otras formas de actividad desarrolladas por el progreso técnico, y que imponen la obligación del Estado de regular el empleo del espacio aéreo.

13.4 Las universalidades públicas

Existen bienes que integran el dominio público –como ocurre en el caso de una biblioteca pública, un museo de arte o de ciencias naturales del Estado, o un jardín zoológico de un municipio- que no se hallan constituidos por un inmueble o un mueble, sino por un conjunto de inmuebles o de muebles, o de ambos a la vez, que forman un todo, un conjunto inescindible, que pertenece a un mismo sujeto estatal y que está destinado a un fin único. Son las universalidades

---

[11] CSJN, 1909, "Gobierno Nacional y Sociedad del Puerto del Rosario c/ Provincia de Santa Fe", Fallos: 111:179; CSJN, 1932, "Dondero, Juan; Riso Agustín y Tubio Manuel Eiras v. Prov. de Bs. Aires", Fallos: 165:406.

[12] CSJN, 1969, "Franck, Roberto Angel c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 275:357; CSJN, 1977, "Provincia de Buenos Aires c. Nación", Fallos: 297:236.

públicas, cuyo concepto jurídico se funda en la teoría de lo principal y accesorio, en la cual lo principal impone su condición a lo accesorio.

El carácter público de esas universalidades radica, principalmente, en que están destinadas a un uso público, directo o indirecto, lo que las encuadra en las provisiones del art. 2340, inc. 7, del Código Civil, en cuanto éste habla de utilidad o comodidad común.

En las universalidades públicas no sólo debe considerarse como componente del dominio público a la universalidad, es decir, al conjunto o al todo, sino también a los elementos esenciales y accesorios que la configuran y permiten su uso público.

Como es natural, son aplicables a las universalidades públicas, como componentes del dominio público, los principios y reglas y las normas legales previstas para la existencia y uso de ese dominio, a los cuales nos referimos ya en este capítulo.

La teoría de las universalidades –se ha señalado- es útil pues permite determinar la condición legal de muchos bienes, cuyo carácter, de otro modo, podría ser difícil de precisar (Marienhoff).

14. Uso del dominio público

Los bienes que componen el dominio público, como ya sabemos, están destinados al uso público, directo o indirecto.

Conviene ahora considerar las formas y modalidades que puede adoptar ese uso del dominio público, y el régimen aplicable en cada caso.

Como principio general, cabe tener presente que el empleo de cualquier bien del dominio público debe ser siempre compatible o corresponder al fin que motivó su afectación, lo cual constituirá una cuestión de hecho que debe resolverse atendiendo a las circunstancias y condiciones propias de ella.

Se han aceptado diferentes distinciones, en cuanto a las posibilidades del uso del domino público, entre las cuales cabe citar las siguientes, que configuran distintos intentos de clasificación de esta materia.

La primera, y al mismo tiempo la más importante y predominante, es la que distingue entre el uso común o general, y el uso especial o privativo, a la que algunos autores (Guicciardi) añaden un tercer término, que sería el llamado uso excepcional.

El uso común o general es aquél que corresponde y se ejerce por todo el pueblo colectivamente, en forma anónima e impersonal; el uso especial o privativo, en cambio, es el que corresponde y se ejerce en forma exclusiva e individual por una sola persona, importando una reserva concreta de una parte del domino público a favor de ese usuario.

El uso excepcional, dentro de esa tónica, sería aquél que se lleva a cabo excediendo el destino normal que corresponde al bien dominial, por su afectación y por su índole propia.

El uso puede ser, también, directo o indirecto, y en ambos casos individual o colectivo.

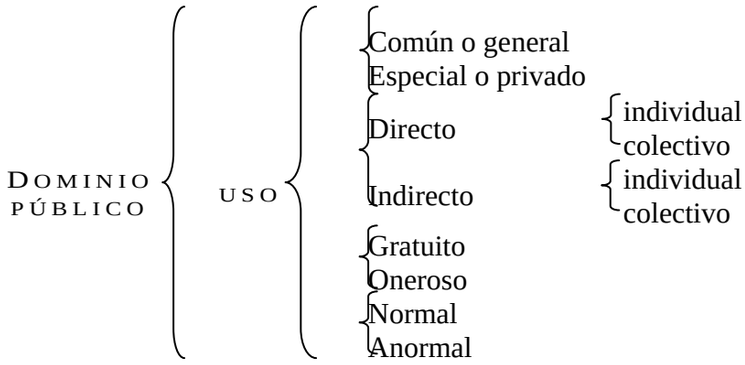
El uso directo es aquél que tiene lugar en forma inmediata, utilizando el usuario el bien de que se trate, conforme a su destino y según su naturaleza. Así ocurre, por ejemplo, con quien transita por una calle, o viaja por un camino. El uso directo puede ser individual, cuando ha mediado un permiso o concesión de uso a favor de determinada persona, o colectivo, como en el supuesto de los ejemplos citados.

El uso indirecto es el que tiene efecto de manera mediata, tal como ocurre cuando los bienes están destinados a un servicio público, o sirven a la utilidad, bienestar o comodidad común, quedando excluidos –como se dijo- los bienes meramente instrumentales. El uso indirecto puede ser, igualmente, como se comprende, individual o colectivo, lo que podrá responder al carácter o naturaleza del bien dominial.

El uso de los bienes del dominio público es, por regla común, gratuito, pero como esta condición no constituye un elemento esencial de su conceptualización, también puede darse el caso de que ese uso sea oneroso, como sucede con el pago de peaje para transitar por ciertos caminos o autopistas. Esa onerosidad debe resultar o fundarse en ley, para que sea realmente válida.

Finalmente, el uso de los bienes del dominio público puede ser normal, lo cual acaece cuando se lleva a cabo conforme a la finalidad o destino que dio origen a su afectación; o anormal, cuando no se ajusta a esa finalidad o destino, pero sin obstaculizar o impedir su uso normal. Así, cuando las veredas de una calle son utilizadas para colocar en ellas las mesas y sillas de un café o un puesto o local de venta de golosinas, etc.

El cuadro siguiente resume lo expuesto:



14.1 Uso común o general

El uso común o general del dominio público es el que pueden ejercer o realizar todas las personas, por su sola condición de tales, sin otra restricción que la de observar las disposiciones reglamentarias que hayan dictado, al respecto, las autoridades competentes para ello (Marienhoff). Por ello, son casos de uso común o general el transitar por las calles, plazas y caminos públicos, el beber o bañarse en aguas públicas, el navegar o pescar, contemplar un monumento o lugar histórico, el visitar un museo, o consultar un libro en una biblioteca pública, etc.

El sujeto del uso común es la colectividad, la comunidad, y nunca el individuo, razón por la cual, y no obstante la opinión contraria de alguna parte de la doctrina, es regla que en esos casos el usuario debe ser siempre anónimo, indeterminado, no individualizado, sin perjuicio de que en ciertos casos esta individualización pueda llegar a tener lugar, impuesta por otras motivaciones, pero no por las referentes al uso, en sí mismo, del bien del dominio público.

Se señalan como caracteres propios del uso común o general los siguientes: *a*) debe ser libre, es decir, no estar sujeto a permisos o autorizaciones previas de las autoridades administrativas, lo que no impide que esas autoridades pueden ejercer aquellas atribuciones inherentes al poder de policía, en protección de la integridad del dominio público y del interés de los demás usuarios posibles; *b*) por lo general, ese uso debe ser gratuito, pero se acepta que en ciertos casos puede ser oneroso, como ocurre en los museos, jardines botánicos o zoológicos, en los que debe pagarse una entrada, para tener acceso a ellos; *c*) debe ser igual, en el sentido de que todos los usuarios deben tener un uso semejante, sin preferencias ni favores, ni otras diferencias que no sean aquellas que surjan de ciertas limitaciones en el uso general, como cuando el acceso a un puente público queda restringido a vehículos de no más de cierto peso. También se cita, al respecto, la situación de los propietarios de inmuebles colindantes con la vía pública, que suelen estar sujetos a algunas obligaciones, que se compensarían con las ventajas que obtienen o resultan de esa misma ubicación; y *d*) debe ser sin límite de tiempo, o sea que los bienes del dominio público deben estar permanentemente librados al uso público –lo que implica perpetuidad, pues la desafectación haría cesar ese uso, al perder el bien su carácter dominial- y no sólo en forma esporádica o temporaria. Por supuesto que ese uso permanente queda sometido a lo que al respecto fijen las reglamentaciones, como horarios de admisión de un museo o en un parque público, etc.

Varias opiniones se han sustentado, en el campo doctrinal, respecto de la naturaleza jurídica del uso común. Se lo ha entendido como un derecho real de los particulares; como un derecho cívico, comprendido entre los derechos individuales, cuyo objeto es la prestación de servicios o de utilidades por parte del Estado; como el ejercicio de una facultad que integra al esfera de libertad que constitucionalmente corresponde a cada habitante, como un derecho cívico corporativo; y, finalmente, como un derecho público subjetivo.

Sin embargo, predomina actualmente el criterio de que el uso común del dominio público no es sino un mero interés simple, ya que se configura como una potestad que puede ser ejercida por todos los habitantes, sin distinción entre nacionales y extranjeros, pero en cuyo ejercicio el usuario permanece anónimo, indeterminado, no individualizado, como ya se dijo (Marienhoff-Diez).

Esta cuestión tiene decisiva influencia, en cuanto a la protección jurídica de los usuarios, siendo evidente que si la naturaleza jurídica del uso común es la de un interés simple, los medios para su tutela y protección no pueden ser otros que los que corresponden a un interés de esa clase, de modo que toda acción judicial quedaría vedada, siendo admisibles solamente los recursos administrativos a que hubiere lugar, ante el órgano competente, a fin de hacerlo respetar o posibilitar, quedando excluida, asimismo, cualquier acción resarcitoria de daños y perjuicios contra el Estado.

Las acciones judiciales y la indemnización de daños y perjuicios procedería, en cambio, cuando la perturbación o los menoscabos del uso común provinieran de terceros particulares que los hubieran afectado.

14.2 Uso especial o privativo

El uso especial o privativo del dominio público es el que se produce cuando corresponde únicamente a aquellas personas que hayan adquirido la posibilidad de emplearlo, de una manera dada, con arreglo al ordenamiento jurídico aplicable.

No se trata, por ende, de un uso general de la colectividad, sino de un uso exclusivo, privado, que ejercen personas determinadas, que aparecen individualizadas concretamente.

Por ello, se indican como caracteres específicos del uso especial los siguientes: *a*) el usuario debe estar claramente individualizado; *b*) debe estar precisada la parte del bien dominial que será usada u ocupada; *c*) por ser a título privativo, excluye cualquier otro uso común o especial; *d*) debe ser un uso limitado en el tiempo, o más bien precario, con facultad del Estado de hacerlo cesar en cualquier momento, a su solo arbitrio; *e*) es por lo común oneroso, aun cuando puedan existir casos de uso especial o privativo gratuitos; y *f*) tiene carácter patrimonial, por lo que no sólo puede ser objeto de apreciación pecuniaria, sino que en algunos casos podría ser transferido, y puede ser renunciado.

El uso especial o privativo, que puede ser adquirido por permiso, concesión o prescripción, requiere siempre la existencia de un acto expreso del Estado, que lo otorgue o reconozca, pues es obvio que nadie podría, por sí mismo, otorgarse un uso de esta naturaleza.

Si bien los bienes componentes del dominio público son y pueden ser muy heterogéneos, conviene recordar que su régimen jurídico es uniforme, lo que también sucede en materia de uso especial o privativo, el cual estará regido por dos principios básicos, como son la necesidad de ese consentimiento expreso del Estado, y el pago de una tasa o compensación; y la existencia de poderes muy extendidos de la administración, frente a una situación correlativamente muy frágil del usuario, actuando siempre el Estado como persona de derecho público, en cumplimiento de una función que es típicamente estatal.

14.2.1 El permiso de uso

El permiso de uso, que está ubicado entre el uso común y la concesión de uso del dominio público, no es sino el acto administrativo en cuya virtud la administración pública otorga a una persona determinada un uso especial de dicho dominio público.

Tiene aplicación en supuestos de escasa importancia, y su naturaleza jurídica es la de un acto unilateral de la administración, respecto del cual la voluntad del usuario se manifiesta en dos momentos colindantes, pero que no concurren a la formación en sí misma del acto administrativo, el cual, como se sabe, es siempre unilateral: uno, cuando solicita el permiso, a fin de poner en actividad al órgano administrativo que debe otorgarlo; otro, cuando otorgado el permiso, lo acepta y lo utiliza.

De la precariedad del permiso y de la posibilidad de su revocación sin derecho a indemnización alguna para el usuario, se deduce que no constituye un derecho subjetivo de quien se favorece con él, sino únicamente un interés legítimo, que en consecuencia podrá ser tutelado y

protegido como cualquier otro interés legítimo de los administrados. (Ver, sin embargo nuestra postura sobre la distición entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple al tratar, en un capítulo anterior, lo relativo a las situaciones jurídicas subjetivas).

Los permisos de uso, muy frecuentemente, se otorgan en consideración a la persona que los requiere, o sea, que son *intuitu personae*, aun cuando es posible la existencia de permisos que no tengan ese carácter y que podrían, por tanto, ser objeto de cesión o transferencia, sin necesidad del acuerdo previo de la administración pública, que es indispensable en el primer caso.

El otorgamiento de permisos de uso constituye una actividad discrecional de la administración, que ésta cumple teniendo en cuenta las exigencias y conveniencias del interés público. En consecuencia, la administración no está obligada a otorgarlos, y puede negarlos, cuando lo estime procedente, lo que no justifica actitudes inconsultas o arbitrarias.

Al otorgarse un permiso de uso, es procedente que se impongan condiciones inherentes a la conservación del dominio público afectado, o a la celeridad de su desocupación cuando el permiso sea revocado, por decisión de la administración otorgante, fundada en razones de interés público.

En la doctrina francesa es corriente distinguir entre el permiso de uso y el permiso de estacionamiento, sobre la base de que el primero es más intenso, y requiere la existencia de obras o la formación de empresas que debe efectuar el usuario, lo que no se da en el segundo.

Los permisos de uso, que siempre deben entenderse otorgados sin perjuicio de terceros, aun cuando tal cláusula no aparezca expresamente inserta, pueden extinguirse por revocación, que es, tal vez, la manera más común de conclusión; por vencimiento del plazo, cuando éste estuviere fijado; por caducidad, cuando el usuario no ha cumplido obligaciones a su cargo que la aparejen; por renuncia del permisionario; por su muerte o quiebra; y finalmente, por la desafectación del bien público sobre el cual versaban.

14.2.2 La concesión de uso

La concesión de uso es otro de los medios que pueden ser utilizados para otorgar a un particular un uso especial o privativo de bienes del dominio público, que se distingue del permiso de uso, principalmente, por cuanto, por lo común, está destinada a actividades que tienen importancia económica o social, lo que obliga a que las posibilidades del beneficiario de ese uso tenga un sustento más sólido que el que resulta del mero permiso de uso.

No obstante, como no siempre resulta fácil distinguir la existencia de un permiso de una concesión de uso, suele echarse mano de distintas notas caracterizantes, además de la ya señalada, como la naturaleza del derecho que en virtud de ellas adquiere el concesionario, la duración de la concesión, o la determinación del interés de la persona a quien se otorga la concesión.

Se discute, en doctrina, cuál es la naturaleza jurídica de la concesión de uso, la cual no produce la transferencia o la delegación de poderes de la administración pública al concesionario, sino la atribución de un poder jurídico especial sobre el bien del dominio público sobre el cual recaiga.

Una parte de los autores se ha volcado a sostener que la concesión de uso es un acto unilateral, que nace por la sola voluntad expresada por la administración pública, lo que no impide que pueda generar prestaciones recíprocas y constituir respecto del beneficiario de la concesión un derecho público subjetivo, así como obligaciones que son a su cargo. La voluntad del particular, de tal modo, no participa ni en el nacimiento ni en la perfección del acto de concesión, sino que sólo influye en su eficacia.

La generalidad de la doctrina, en cambio, se inclina a reconocer que en la concesión de uso existe un acto que es bilateral, tanto en su formación como en sus efectos, y que constituye específicamente un contrato administrativo, regido por el derecho público, teniendo en cuenta el objeto sobre el cual versa, y al que son aplicables todos los principios propios de este tipo especial de contratos.

La determinación de la naturaleza jurídica de la concesión de uso tiene directa influencia sobre la cuestión referente a si ésta debe considerarse o no como de carácter esencialmente precario. La mayoría de los autores que le asignan el carácter de un acto unilateral de la administración admiten tal precariedad; quienes sustentan que constituye un acto bilateral, o mejor dicho un contrato administrativo, niegan que la precariedad sea inherente a su esencia, aún

cuando deben admitir que sus efectos pueden cesar cuando haya motivos de interés público que lo impongan, por decisión de la administración pública, con las naturales compensaciones e indemnizaciones a que hubiera lugar.

Las concesiones de uso se otorgan en el interés particular o privado de quienes resulten concesionarios, lo que no quita que en ellas siempre subyazga el logro de un interés público, aunque de manera indirecta y mediata.

La concesión de uso confiere al concesionario un derecho sobre el bien concedido, que es de naturaleza o sustrato real, regido por el derecho público, mientras que las construcciones u obras que el concesionario efectúe por la utilización o el goce del uso otorgado, serán de su exclusiva propiedad, aunque también sujetas a las normas propias del derecho público (Marienhoff).

Es común que estas concesiones se otorguen por plazos dilatados, por un mayor o menor número de años, aun cuando nada impide que puedan ser también de corta duración. Se admite, asimismo, que pueden ser otorgadas "a perpetuidad", concepto que debe entenderse sólo en sentido relativo, pues no sólo se excluye, en esos casos, la posible revocación de la concesión, sino que esa perpetuidad está vinculada al condicionamiento de las cosas humanas y de las variaciones del interés público en el tiempo.

Los concesionarios, al igual que los permisionarios, pueden quedar obligados, en virtud de la concesión, y como contraprestación, al pago de una suma de dinero, o aun al cumplimiento de una obligación en especie.

Tales compensaciones, que son modalidades de la concesión, fijadas en ellas, no deben confundirse ni con un impuesto ni con una tasa, salvo, en este último supuesto, cuando aparezcan preponderantemente como retribución de servicios prestados por la administración pública.

Las concesiones de uso son siempre otorgadas y deben entenderse efectuadas, al igual que los permisos de uso, sin perjuicio de terceros, es decir, que no pueden alterar ni perjudicar lo que a otros legítimamente corresponda, bastando para ello el agravio jurídico, aunque no material, de tales derechos, aun cuando deba ser real, y no potencial o posible.

Las concesiones de uso pueden ser transferidas o cedidas, siempre que no hayan sido otorgadas *intuitu personae*, pues en este último caso, como es obvio, no podrán ser objeto de transferencia o cesión, sin la previa autorización de la administración.

Si el otorgamiento de una concesión de uso no fuere suficientemente claro en sus términos como para resolver las cuestiones que puedan llegar a suscitarse a su respecto, para proceder a su interpretación se debe tener presente que en esta materia no existen derechos implícitos, y que en caso de duda siempre deberá estarse en contra del concesionario, pues no puede suponerse que la administración le haya otorgado lo que en términos expresos no le ha conferido.

Las concesiones de uso pueden extinguirse por las siguientes causales:

a) Por expiración del término: vencido el plazo por el cual ha sido dada una concesión, ésta se extingue, aun cuando pueda ser renovada por acuerdo de partes. Los bienes de propiedad del concesionario deberán ser retirados por éste a su costa y riesgo, salvo que la administración decida adquirirlos por su razonable valor.

b) Por caducidad: la caducidad que aparece con el carácter de una sanción, se produce en virtud del incumplimiento por parte del concesionario, y que le es imputable, de obligaciones a su cargo, capaces de producir ese efecto. Las causales de caducidad pueden estar expresa o implícitamente establecidas por las partes, y deben responder en todos los casos a incumplimientos de gravedad, en relación con obligaciones esenciales asumidas por el concesionario. La autoridad concedente puede disponer la caducidad en los casos que estuvieren expresa o implícitamente previstos; en los demás supuestos, sólo podrá ser declarada por el Poder Judicial, por acción deducida por la administración pública concedente.

La Ley 17.091 dispone que cuando se hubiere otorgado la concesión de inmuebles de propiedad del Estado, afectados a la administración centralizada, descentralizada, empresas del Estado o entidades autárquicas, con o sin instalaciones o viviendas accesorias, para el desarrollo de actividades lucrativas o prestación de servicios de esta índole o cualquier otra actividad u objeto, una vez vencido el plazo pactado o declarada su rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario deberá restituir los bienes dentro del término de diez días corridos. La norma consigna, asimismo, que, en caso contrario, el organismo competente, acreditando el cumplimiento de los requisitos enunciados, podrá requerir a la justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante. Efectuada la presentación requerida, los jueces, sin más trámite, deben ordenar el lanzamiento con el auxilio de la

fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes. El Alto Tribunal de la Nación ha reconocido tradicionalmente la constitucionalidad de esta norma[13].

c) Por revocación: la revocación, que no tiene el carácter de una sanción, y que puede disponerse mediante la sola decisión unilateral de la administración pública concedente, puede derivarse tanto de la ilegitimidad del acto de concesión, como de razones de oportunidad, mérito o conveniencia apreciadas por la administración, en uso de potestades que son de carácter discrecional, con sus naturales limitaciones.

No obstante, cabe tener presente que las concesiones otorgadas por ley sólo pueden ser revocadas también por ley, y que existen opiniones en el sentido de que cuando la concesión ha originado derechos a favor de los concesionarios, la revocación debería proceder del Poder Judicial, ya que de otro modo se afectarían derechos y garantías constitucionales.

Cabe precisar si la revocación de una concesión de uso, además de producir sus efectos propios, otorga al concesionario el derecho a ser indemnizado. Si la revocación se debe a la ilegitimidad del acto de concesión, es natural que tal derecho no exista, pues no hay nada que deba ser indemnizado. En cambio, cuando la revocación se debe a razones de interés público, la indemnización procede, puesto que el concesionario no tiene por qué verse perjudicado por motivos a los cuales ha sido totalmente extraño. Se aplican, en consecuencia, los mismos fundamentos que proceden en situaciones semejantes.

d) Por renuncia del concesionario.

e) Por extinción del bien concedido: la extinción del bien del dominio público sobre el cual recae la concesión de uso, ya sea por su desaparición material, ya sea por su desafectación del dominio público, produce necesariamente la extinción de la concesión. En el primer caso, por aplicación de principios comunes de derecho, el concesionario no podrá pretender ningún tipo de indemnización, la cual corresponderá, en cambio, cuando la extinción se originó en la desafectación del bien dominial, la que se derivará de razones de interés público, y son ajenas al concesionario.

f) Por muerte o quiebra del concesionario, cuando la concesión fue otorgada *intuitu personae*.

g) Por rescisión convencional, mediando el acuerdo entre la administración pública y el concesionario.

La protección jurídica del derecho público subjetivo que corresponde a todo concesionario de uso, puede producirse tanto respecto de hechos como de actos del Estado, o de los particulares.

Si la turbación resulta de actitudes del Estado, procederán los recursos administrativos que puedan utilizarse a ese fin, las acciones petitorias que sean procedentes, y las rescisorias de los daños y perjuicios que se hubieran sufrido efectivamente.

Si proviniere de vías de hecho del Estado, y si éstas hubieran ocurrido con violencia, sería admisible la acción del despojo; caso contrario, procederían las acciones posesorias, en cuanto fueren admisibles.

Si la turbación fue imputable a terceros –es decir, a otros particulares, o a otra administración pública distinta de la concedente-, el concesionario podría ocurrir ante la administración pública concedente, instándola a que en uso del poder de policía que le es propio consolide su derecho efectivo. En su defecto, procederían las acciones petitorias, posesorias y resarcitorias de los daños y perjuicios sufridos, en tanto y en cuanto correspondieran a la situación creada.

14.2.3 Prescripción adquisitiva

Se ha controvertido si la prescripción puede llegar a constituir un medio apto para la adquisición de un derecho especial o privativo de uso sobre el dominio público.

Algunos autores niegan esa posibilidad, sobre la base de que tal medio de adquisición sería contrario a la naturaleza misma del dominio público.

---

[13] CSJN, 1968, “Empresa Ferrocarriles Argentinos E.F.A. c/ Rossi, Pedro Albino”, Fallos: 271:229; CSJN, 1968, “Nación c/ Cannas, Manuel y otro”, Fallos: 272:11; CSJN, 1970, “Empresa Ferrocarriles del Estado Argentinos - E.F.E.A. c/ Rossi, Pedro Albino”, Fallos: 277:245; CSJN, 1972, “Administración General de Puertos c/ La Fragata S.R.L.”, Fallos: 283:231; CSJN, 1979, “Ferrocarriles Argentinos c/ Copetín San Martín S.R.L.”, Fallos: 301:1028; CSJN, 1983, “Ferrocarriles Argentinos c/ Rocalom S.R.L.”, Fallos: 305:932, entre otros.

Otros, en posición más aceptable, admiten esa posibilidad, ya que si la titularidad de los bienes del dominio público no puede ser lograda de ese modo, por ser imprescriptible, esa condición no puede ni debe ser extendida al "uso" de ellos.

Si esto es así, en términos generales, ello no quita que para que tal prescripción proceda, es menester que el uso dado al bien de que se trate, por quien desea prescribirlo, sea compatible con el destino impuesto por su afectación al dominio público, y que además tal prescripción esté expresamente autorizada por ley formal.

El uso adquirido por prescripción debe asimilarse al obtenido mediante una concesión de uso, con todos sus efectos, y por ello procede que quien ha adquirido un tal uso, estará obligado desde la adquisición, a pagar el canon o la tasa que pudiera corresponder.

Como el uso así logrado constituye un derecho público subjetivo del usuario, todo lo que se ha dicho respecto de la protección jurídica de los derechos del concesionario de uso, es aplicable también a quienes lo han adquirido por prescripción.

15. Régimen administrativo y fiscal del dominio público

Hemos considerado, en los parágrafos precedentes, todo lo relativo a la condición de los bienes del dominio público, su composición, su afectación o desafectación al uso público, directo o indirecto, y a los diferentes usos a que pueden estar o ser destinados.

Todo lo dicho configura un régimen específico y propio del dominio público, que es de derecho público y prevalecientemente de derecho administrativo, y que resulta de la existencia de textos legales que lo establecen, de la elaboración doctrinal, y de los pronunciamientos jurisprudenciales, que concurren a establecer lo que se ha dado en llamar el "derecho real administrativo".

Conviene reiterar que una de las características de dicho sistema es su unidad esencial, a pesar de las diferencias no sustanciales que pueden existir en los distintos casos que se presenten a la consideración del legislador, el estudioso o el juez.

El dominio público se halla sujeto, también, a un tratamiento fiscal excepcional, que consagra su exención de toda imposición de ese tipo.

Ello se extiende, como es natural, a todos los gravámenes que puedan recaer sobre los bienes que lo constituyen, en sí mismos, o por su condición de tales, temperamento que ha sido aceptado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación[14].

Entre las razones que justifican esa exención de tributaciones fiscales, figura la muy convincente de que sería absurdo que el Estado perciba y pague impuestos sobre un mismo bien, con la pérdida que implica el proceso de su recaudación, lo cual –sin embargo- no ha sido aceptado con igual preponderancia en otros casos similares.

16. La protección del dominio público

El dominio público, por la misma finalidad a que está destinado, da lugar a que el Estado no sólo tenga el derecho, sino también el deber, de propender a su conservación y protección. Todo daño causado a un bien del dominio público atenta contra el dominio público del Estado, y como consecuencia, contra la comunidad, favorecida con su uso directo o indirecto.

Esa importante función de protección y tutela, que está a cargo de la administración pública, como gestora principal del interés público, puede llevarse a cabo de dos maneras diferentes: una, por la propia administración, actuando en ejercicio de sus poderes y potestades, entre ellos el poder de policía, lo que configura la "autotutela" del dominio público; otra, en la que la administración recurre al uso de los medios legales que tenga disponibles, ejerciéndolos ante el Poder Judicial.

Los perjuicios o daños a los bienes del dominio público pueden provenir de hechos de la naturaleza que produzcan su degradación, o de hechos o actos de las personas, incluidas las administraciones públicas que no sean sus titulares.

[14] CSJN, 1926, "Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c/ Mar del Plata Golf Club", Fallos: 146:304.

La autotutela llevada a cabo por la misma administración pública constituye un privilegio a favor del Estado, que le permite actuar directamente y por sus propios medios en defensa del dominio público, y por ello debe cumplirse respecto de bienes cuyo carácter dominial sea indubitable, y llevarse a cabo por medios que, como ocurre con toda medida de policía, sean razonables.

El Estado, en esta tarea, puede arbitrar también el planteamiento, ante los tribunales de justicia competentes, de las sanciones petitorias y posesorias a que hubiere lugar, según las modalidades de cada caso, teniendo igualmente especial importancia la protección penal del dominio público, mediante la calificación como delitos de diferentes hechos que puedan redundar en su daño y perjuicio.

La protección del dominio público, que también comprende la de su debido uso, encuentra su más eficiente manifestación en la policía del dominio público, respecto de la cual deben aplicarse las consideraciones y principios que fueron expuestos en el capítulo anterior.

Finalmente, el Estado debe también procurar obtener la justa indemnización de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado al dominio público, por un uso ilegal o anormal de él.

La tutela de los bienes del dominio público, como se ha dicho, es una función que corresponde al Estado, y, por tanto, los particulares o administrados no tienen acción expedita para ello, aun cuando pueden concurrir a promover la acción de autotutela de la administración pública, respecto de esos mismos bienes.

17. Dominio privado del Estado

Los bienes pertenecientes al Estado, ya sea nacional o provincial, e incluso a las municipalidades, que no están afectados a un uso público, directo o indirecto, constituyen su dominio privado, sus bienes privados, de los que el Código Civil efectúa una enumeración en su art. 2342.

Conforme a la doctrina que resulta de nuestra ley civil, los bienes privados del Estado, a los cuales algunos autores denominan también “bienes patrimoniales”, son utilizados de manera inmediata por éste, debiendo agregarse, además, aquellos otros bienes que sin tener un uso concreto, sirven como reserva o patrimonio fiscal, o producen algún rendimiento o garantía, o de cualquier otra manera están destinados al cumplimiento de las actividades estatales, de cualquier forma que fuere.

Este dominio del Estado constituye una propiedad privada, que como tal se halla sometida a los mismos principios y reglas que son aplicables a la propiedad civil o común, tal como las haya establecido la legislación respectiva, aun cuando con ciertas modificaciones.

La diferencia, pues, entre el dominio público y el dominio privado es, esencialmente, una diferencia de régimen jurídico, de derecho público en un caso, predominantemente de derecho privado en el otro.

El régimen propio de los bienes del dominio público del Estado admite algunas alteraciones al sistema de la propiedad civil, derivadas del interés público que siempre preside, de manera directa o indirecta, la actuación de la administración pública, las cuales se traducen en el otorgamiento de ciertas prerrogativas, exorbitantes casi siempre del derecho privado, o de ciertas excepciones o limitaciones, que igualmente participan de ese carácter.

En el derecho italiano ha tenido acogida la diferenciación de estos bienes en disponibles e indisponibles, lo que en definitiva resultará de las facultades que en este sentido haya otorgado al Estado la legislación aplicable.

Respecto de las consecuencias que se derivarían del carácter privatístico de esta propiedad del Estado –como su alienabilidad, embargo, disposición contractual, etc.-, nunca se debe dejar de lado, para resolver las cuestiones que podrían suscitarse, que cuando tal disponibilidad llegue a afectar el interés público comprometido o afectado en la emergencia, su predominio y mantenimiento debe orientar cualquier solución que se pretenda dar, pues si el patrimonio del Estado está, en general, asimilado a la propiedad particular civil, no es, en puridad, una propiedad de esa clase, sino un patrimonio del Estado, propuesto para fines de interés público que deben cumplirse, que nunca debe perder esa calificación especial.

Se debe tener en cuenta en materia de dominio privado del Estado las leyes 22.423 y sus modificatorias -relativa al régimen de venta de los bienes inmuebles privados del Estado Nacional- y 23.985 y modificatorias -

referida a la enajenación de inmuebles pertenecientes al dominio privado de la Nación asignados en uso y administración a las Fuerzas Armadas. Para la gestión de los bienes del Estado cabe remitir a Ley de Administración Financiera y Control de Gestión, novena edición, Estudio Preliminar y comentarios de Eduardo Mertehikián, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2004, capítulo V.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Aguiar, Henoch D., Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley, Buenos Aires, 1950-1952.
2. Aguiar, Henoch D., Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley, Milano, 1956.
3. Alessi, Renato, Diritto amministrativo, Milano, 1949.
4. Alessi, Renato, La responsabilità della pubblica amministrazione, Milano, 1951.
5. Alessi, Renato, Sistema istituzionale di diritto amministrativo, Milano, 1960.
6. Allende, Derecho de aguas, Buenos Aires, 1971.
7. Allende, G. L., Sepulcros, aspectos jurídicos fundamentales, LL 124-821.
8. Álvarez Gendín, Sabino, El dominio público, Barcelona, 1956.
9. Álvarez Gendín, Sabino, El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica, en E.G.M., 1952.
10. Arbus, Concessions dans le cimitières, Paris, 1924.
11. Argañaraz, Manuel J., Tratado de lo contenciosoadministrativo, Buenos Aires, 1955.
12. Baldi, Cesare, Acque private, Torino, 1910.
13. Ballbé, Manuel, Concepto del dominio público, Barcelona, 1945.
14. Batbié, A., Traité théorique et pratique de droit public et administratif, Paris, 1885-1894.
15. Baudry-Lacantinerie, G. y Tissier, Albert, Traité théorique et pratique de droit civil, Paris, 1905.
16. Berçaitz, Miguel Á., Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1952.
17. Berthèlemy, H., Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1930.
18. Bibiloni, Juan Antonio, Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino, Buenos Aires, 1929-1932.
19. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947.
20. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1964, t. III.
21. Bielsa, Rafael, Servidumbres y restricciones administrativas, Buenos Aires, 1923.
22. Bodda, Lezioni di diritto amministrativo, Torino, 5ª ed., t. I.
23. Bonnard, Roger, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Paris, 1934.
24. Bonnard, Roger, Précis du droit public, Paris, 7ª ed., 1946.
25. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Derechos reales, Buenos Aires, 1978, t. I.
26. Brandao Cavalcanti, Themistocles, Tratado de direito administrativo, Río de Janeiro, 1942-1944.
27. Bullrich, Rodolfo, Nociones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1925-1932.
28. Bullrich, Rodolfo, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1942.
29. Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, Buenos Aires, 1944-1955.
30. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Coimbra, 1951, y Lisboa, 1965.
31. Cammeo, Demanio, en "Il Digesto Italiano", Torino, 1887-1898, t. 9.
32. Cammeo, Federico, Demanio, en "Il Digesto Italiano", Torino, 1887-1898, t. 9.
33. Carayon, La cession des concessions et des permissions, Paris 1934.
34. Carvalho de Mendoça, Manoel Ignacio, Rios e aguas correntes em suas relaçoes juridicas, Curitiba, 1909.
35. Cassarino, S., La destinazione dei beni degli pubblici, Milano, 1962.
36. Castello, Manuel F., Legislación de aguas, Buenos Aires, 1921.
37. Cianflone, Antonio, L'appalto di opere pubbliche, Milano, 1950.
38. Claro Salas, Héctor, Régimen legal de las aguas en Chile, Santiago de Chile, 1909.
39. Claro Solar, Luis, Explicaciones del derecho civil chileno y comparado, Santiago de Chile, 1898-1941.
40. Clavero Arévalo, M. F., La inalienabilidad del dominio público, Sevilla, 1958.
41. Cocca, Aldo Armando, Teoría del derecho interplanetario, Buenos Aires, 1957.
42. Codovilla, Egidio, Del diritto delle acque, Torino, 1905-1910.
43. Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1931-1932.
44. Colmeiro, Manuel, Derecho administrativo español, 3ª ed., t. II.
45. D'Alessio, Francesco, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Torino, 1932-1934.
46. Debbasch, Ch., Institutions administratives, Paris, 1966.
47. De Elía, Nicanor, Dominio público nacional, Buenos Aires, 1884.

48. De Valles, Arnoldo, Elementi di diritto amministrativo, Firenze, 1951.
49. Dementhon, Traité du domaine de l'État, 6ªed., Paris, 1966.
50. Di Pisa, Salvatore Aristide, Le doctrine più recenti intorno ai diritti pubblici subiettivi, Palermo, 1917.
51. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1940.
52. Diez, Manuel M., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1969, t. IV.
53. Diez, Manuel M., Dominio público, Buenos Aires, 1940.
54. Diez, Manuel M., Prescriptibilidad de los sepulcros, Buenos Aires, 1943
55. Diez, Manuel M., Servicio público de la radiodifusión, Buenos Aires, 1950.
56. Diez, Manuel M., El acto administrativo, Buenos Aires, 1956.
57. Ducrocq, Th., Cours de droit administratif et de législation français des finances, Paris, 1897-1905.
58. Dufau, J., Le domaine public, constitution et composition, en "Juris Classeur", t. 3.
59. Duguit, León, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1921-1923.
60. Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor, y Wolff, Martin, Tratado de derecho civil, Barcelona, 1943-1946.
61. Fernández de Velasco, Recaredo, Los contratos administrativos, Madrid, 1927.
62. Fernández de Velasco, Recaredo, Naturaleza de cementerios y sepulturas, Madrid, 1935.
63. Fernández de Velasco, Recaredo, Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración, Barcelona, 1930-1931.
64. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976, t. II.
65. Fiorini, Bartolomé A., Poder de policía, Buenos Aires, 1957.
66. Fiorini, Bartolomé A., Teoría de la justicia administrativa, Buenos Aires, 1944.
67. Fisbach, O. G., Teoría general del Estado, Barcelona, 1929.
68. Fleiner, Fritz, Instituciones de derecho administrativo, Madrid, 1933.
69. Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1958.
70. Foucart, E. V., Éléments de droit public et administratif, Paris, 1855-1856.
71. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1944.
72. García de Enterría, Eduardo, Dos estudios sobre la usucapión en el derecho administrativo, Madrid, 1955.
73. García de Enterría, Eduardo, Sobre la imprescriptibilidad del dominio público, en "Revista de Administración Pública", enero-abril 1954, Madrid.
74. García Oviedo-Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 1959.
75. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962, t. II.
76. Gascón y Marín, José, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1947-1948.
77. González, Joaquín V., Manual del la Constitución argentina, Buenos Aires, 11ª ed.
78. Grecca, A., Derecho y ciencia de la administración municipal, Santa Fe, 1943, t. III.
79. Guaita, Derecho administrativo espacial, Zaragoza, 1962, t. II.
80. Guicciardi, Enrico, Il demanio, Padova, 1934.
81. Guicciardi, Enrico, La giustizia amministrativa, Padova, 1943.
82. Guicciardi, Enrico, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1958.
83. Guimaraes Menegale, J., Direito administrativo e sciencia de administração, Río de Janeiro, 1938-1941.
84. Hauriou, Maurice, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, Paris, 1929.
85. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, 1933.
86. Ihering, R. von, Possession. Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde (1890), en Oeuvres choisies, Paris, 1893, t. 2.
87. Iskrow, K., Les choses publiques en droit romain, Paris, 1928.
88. Jacquignon, Le régime des biens des entreprises nationalisées, Paris, 1956.
89. Jansse, Lucien, Les traits principaux du régime des biens du domaine public, Paris, 1938.
90. Jellinek, Giorgio, Sistema dei diritti pubblici subietivi, Milano, 1912.
91. Jèze, Gaston, Caracteres auxquels on reconnait le domaine public et nature du domaine public, en "Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", Paris, 1923.
92. Jèze, Gaston, Définition du domaine public, en "Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", Paris, 1931.
93. Jèze, Gaston, Du droit des individus de se servir des dépendences du domaine public conformément à leur destination, en "Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", Paris, 1910.
94. Jèze, Gaston, Les principes généraux de droit administratif, Paris, 1930, t. II.
95. Jèze, Gaston, Principios generales del derecho administrativo, Buenos Aires, 1948-1950.
96. Journe, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, 1933.

97. Journe, Maurice, Précis de droit administratif, Paris, 1925.
98. Klein, La police du domaine public, Paris, 1966.
99. Laband, R., La nature du droit du concessionaire de sepulture, Paris, 1924.
100. Lafaille, Héctor, Apuntes de derecho civil. Primer curso, Buenos Aires, 1921-1922.
101. Lafaille, Héctor, Derecho civil. Tratado de los derechos reales, Buenos Aires, 1943-1945.
102. Lamarque, J., Recherches sur l'applixcation du droit privé aux services publics administratifs, Paris, 1960.
103. Lancis, Antonio, Derecho administrativo, La Habana, 1952.
104. Laubadère, André de, Droit administratif spécial, Paris, 1958.
105. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, eds. 1953, 1963 y 1970.
106. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, eds. 1953, 1963 y 1970.
107. Legón, Fernando, Tratado integral de la expropiación pública, Buenos Aires, 1934.
108. Lemoine, M., Traité de droit aérien, Paris, 1950.
109. Lentini, Arturo, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1939.
110. Linares, Juan F., Cosa juzgada administrativa, Buenos Aires, 1946.
111. Linares Quintana, Segundo V., Gobierno y administración de la República Argentina, Buenos Aires, 1946.
112. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires, 1953-1960, t. III.
113. López Rodó, El patrimonio nacional, Madrid, 1954.
114. López Rodó, Naturaleza y régimen de los bienes del emperador en derecho romano, en Libro homenaje a García Oviedo, 1954.
115. Mairal, Héctor A., Nuevas ideas en materia de dominio público, en Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.
116. Manes, Carlo, Le acque pubbliche nel diritto italiano vigente, Roma, 1922.
117. Marienhoff, Miguel S., Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Buenos Aires, 1939.
118. Marienhoff, Miguel S., Tratado del dominio público, Buenos Aires, 1960.
119. Márquez, Bosquejo de nuestra propiedad territorial, Montevideo, 1904.
120. Mata, Ismael, Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos, en Contratos administrativos, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000, p. 219.
121. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1903-1906.
122. Mazza, Alfredo, Dei diritti sulle acque, Roma, 1913.
123. Mazza, Alfredo, La teorica delle acque pubbliche, Torino, 1900.
124. Merkl, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, 1935.
125. Moreno Quintana, Lucio, Tratado de derecho internacional, Buenos Aires, 1963.
126. Mugaburu, Raúl, Esquemas sobre la sistemática del derecho, Buenos Aires, 1952.
127. Nielsen, Federico, Los bienes del dominio público y la importancia de su determinación, Colección de análisis jurisprudencial, Elementos de Derecho Administrativo- Universidad de Buenos Aires, Cátedra del Dr. Julio Rodolfo Comadira, La Ley, 2005.
128. Oda, Yorodzu, Principios de droit administratif du Japon, Paris, 1928.
129. Pacelli, Francesco, Le acque pubbliche, Torino, 1918.
130. Pardessus, J. M., Traité des servitudes ou services fonciers, Paris, 1829.
131. Pareja, Carlos M., Curso de derecho administrativo, Bogotá, 1939-1940.
132. Pasini Costadoat, Carlos Alberto, El espacio aéreo, Buenos Aires, 1955.
133. Pelloux, Robert, Le problème du domaine public, Paris, 1932.
134. Peña Guzmán, Luis Alberto, Derecho civil. Derechos reales, Buenos Aires, 1973.
135. Planiol y Ripert, Traité pratique de droit civil français, Paris, 1926.
136. Podetti, R., Tratado de las medidas cautelares, Buenos Aires, 1956.
137. Presutti, Errico, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Messina, 3ª ed.
138. Presutti, Errico, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Roma, 1931.
139. Proudhon, J. B., Traité du domaine public ou de la distinction des biens, Dijon, 1843-1845.
140. Raggi, Diritto amministrativo, Padova, 1937, 3ª ed.

141. Ranelletti, Oreste, Concetto, natura e limiti del demanio público, en "Giurisprudenza Italiana", Torino, 1897-1898.
142. Ranelletti, Oreste, Corso di istituzioni di diritto pubblico, Milano, 1946.
143. Reyes Rivero, J., Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público, Santiago de Chile, 1960.
144. Rial, Raúl, Régimen legal de las tierras públicas y fiscales, Montevideo, 1936.
145. Rigaud, Louis, La théorie des droits réels administratif, Paris, 1914.
146. Rivero, Jean, Droit administratif, Paris, 1960.
147. Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Paris, 1947.
148. Romano, Santi, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1937.
149. Rovelli, I beni domaniali, Milano, 1937.
150. Royo Villanova, Antonio, Elementos del derecho administrativo, Valladolid, 1848 y 1955.
151. Saleilles, Raymond, Le domaine public à Rome et son application en matière artistique, Paris, 1889.
152. Salomoni, Jorge L., El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática, en Actualidad en el Derecho Público N° 14, Buenos Aires, 2000.
153. Salomoni, Jorge L., Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos, en Derecho administrativo hoy, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
154. Salomoni, Jorge L., Uso del dominio público. "Uso común, permisos, concesiones. La prescripción", en Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.
155. Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales, Buenos Aires, 1927-1932.
156. Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Buenos Aires, 1931.
157. Sammartino, Patricio M. E., El régimen del dominio público y sus implicaciones procesales, en Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pág. 859.
158. Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de derecho constitucional, Buenos Aires, 1958.
159. Sandulli, Aldo M., Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1954.
160. Sarría, Félix, Derecho administrativo, Córdoba, 1938.
161. Sarría, Félix, Teoría del recurso contencioso-administrativo, Córdoba, 1943.
162. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959.
163. Seabra Fagundes, Miguel, O contrôle dos actos administrativos pelo poder judiciário, Rio de Janeiro, 1941.
164. Segovia, Código Civil argentino anotado, Buenos Aires, 1893.
165. Silvestri, Enzo, Il riscatto delle concessioni amministrative, Milano, 1956.
166. Siorat, La notion d'affectationi en matière domaniale, en "Revue de Droit Public", setiembre-octubre de 1958.
167. Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 1953.
168. Spota, Alberto G., Tratado de derecho de aguas, Buenos Aires, 1941.
169. Spota, Alberto G., Tratado de medianería, Buenos Aires, 1935.
170. Tapia Salinas, Luis, Manual de derecho aeronáutico, Barcelona, 1944.
171. Tiepolo, Le acque pubbliche nella legislazione italiano, Torino, 1889.
172. Trotabas, Louis, De l'utilisation du domaine public par les particuliers, Paris, 1924.
173. Trotabas, Louis, Manuel de droit public et administratif, Paris, 1950.
174. Uslenghi, Alejandro J., La protección del usuario de los bienes del dominio público, en Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pág. 829.
175. Valladao, Haroldo, Direito interplanetario e direito inter gentes planetárias, Rio de Janeiro, 1957.
176. Varas, Guillermo C., Derecho administrativo, Santiago de Chile, 1940.

177. Villar Palasí, José L., Concesiones administrativas, en "Enciclopedia Seix", Barcelona, 1952, vol. IV.
178. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1956.
179. Villegas, Walter, Expropiación por causa de utilidad pública, Buenos Aires, 1939.
180. Vitta, Cino, Diritto amministrativo, Torino, 1948.
181. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1959.
182. Waline, Marcel, Manuel élémentaire de droit administratif, Paris, 1945-1952.
183. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1945-1952.

Capítulo XXIV

Limitaciones administrativas a la propiedad privada[15]

1. La propiedad privada y su función social

Nuestra Constitución nacional, en su art. 14, ha consagrado uno de los derechos más esenciales de la persona, como es el de usar y disponer de su propiedad, agregando en su art. 17 que la propiedad es inviolable, no pudiendo ningún habitante de la Nación ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley, debiendo ser la expropiación por causa de utilidad pública calificada por ley y previamente indemnizada.

Se ha señalado, con acierto, que la propiedad es el reflejo de la personalidad en el dominio de los bienes materiales (Ahrens), ya que siendo el hombre un ser individual, se identifica con los objetos y bienes, declarándolos suyos.

La propiedad privada, que sólo es negada por las teorías comunistas o por los regímenes fuertemente socializantes, es uno de los basamentos de nuestra sociedad actual, que permite a cada hombre satisfacer sus necesidades, concurriendo, además, como un factor de desarrollo de sus fines racionales y morales.

Pero si la Constitución nacional reconoce ese derecho, su configuración y regulación la realiza el Código Civil, que fija sus caracteres generales y dispone en su art. 2513 que "es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular".

Los pilares fundamentales de la propiedad privada fueron establecidos por la Asamblea Nacional Francesa el 4 de agosto de 1789, al declarar abolidos los antiguos derechos feudales, iniciándose allí las etapas del individualismo liberal, que llegó a sus extremos más radicales con el capitalismo moderno, produciéndose resultados no previstos ni queridos al establecer aquel principio, y que poco a poco fueron cediendo, ante el crecimiento de las exigencias del interés público, hasta que comenzó a reconocerse, a partir principalmente de Duguit, que la propiedad privada no sólo cumple un rol decisivo para el individuo, sino que también debe cumplir una función social, que no debe ni le puede ser extraña.

De tal modo, la mayor parte de los países que conforman el mundo occidental, al mismo tiempo que reafirman la idea de la propiedad privada, consagran igualmente su función social, adoptando de ese modo una justa posición intermedia entre las viejas teorías liberales y las concepciones socializantes, que niegan o restringen hasta extremos inaceptables tan primordial derecho.

Correlativamente, con la aparición de la función social de la propiedad individual se consolida la idea de que el Estado, para el cumplimiento de sus fines, puede emplear tanto los bienes que componen el dominio público o su dominio privado, como también los que pertenecen a los particulares, imponiéndoles diversas obligaciones negativas o deberes positivos, aunque siempre dentro de lo prescrito por la ley, y con las compensaciones o indemnizaciones a que pudiera haber lugar, según los casos.

Es el derecho administrativo el que naturalmente considera y resuelve todos los problemas y cuestiones inherentes a tales obligaciones y deberes, que recaen sobre los bienes de propiedad de los administrados, fijando su regulación jurídica (Código Civil, art. 2611).

Esta previsión de nuestra legislación civil implica, además, reconocer que todo lo que atañe al sistema de las limitaciones a la propiedad privada en mira del interés público, es una cuestión de índole local, que corresponde a las provincias por no haberla delegado en el gobierno federal, que la Nación tiene sólo en aquellos supuestos en que específicamente le corresponda, conforme a la división de poderes y facultades efectuada por la misma Constitución nacional.

2. Limitaciones en interés privado y en interés público

La propiedad privada no sólo puede resultar afectada por limitaciones impuestas en razón del interés público, sino también por causas de interés privado.

[15] Es autor de este capítulo Héctor Jorge Escola, con la actualización de Julio Rodolfo Comadira.

La distinción entre una u otra forma de tales limitaciones constituye, en realidad, una cuestión de hecho, que debe ser resuelta teniendo en cuenta las circunstancias existentes en cada supuesto.

De cualquier manera, se han señalado las siguientes notas esenciales, que sirven para la determinación de esa diferenciación:

a) Las limitaciones impuestas a la propiedad privada en interés público tienden a proteger o beneficiar a la colectividad, a la comunidad, al público en general, y por ello mismo, su destinatario no es individual, ni tampoco determinable.

b) Las limitaciones impuestas en interés privado, al contrario, tienden a proteger o beneficiar al vecino, al colindante, y no al público, y por esa causa su destinatario es individual y determinable, aun cuando puedan ser varios quienes estén en la misma situación jurídica.

La distinción entre las limitaciones en interés público y en interés privado tiene importancia, pues influye, directamente, en todo lo que atañe a su régimen jurídico, a la asignación del poder de legislar sobre ellas, y a la jurisdicción aplicable cuando se suscitan conflictos o contiendas.

Las limitaciones a la propiedad privada impuestas en razón del interés público están sujetas a un régimen de derecho público, especialmente de derecho administrativo, cuyo establecimiento corresponde normalmente, como queda dicho, a las provincias y excepcionalmente a la Nación, dando lugar a la actuación de los tribunales de justicia que sean competentes para entender en la materia contenciosoadministrativa.

Las limitaciones impuestas en razón del interés privado, al contrario, están siempre sujetas a un régimen de derecho privado, que sólo puede ser dictado por la Nación, por tratarse de una cuestión civil, delegada por las provincias (Constitución nacional, art. 67, inc. 11; actualmente artículo 75, inciso 12), cabiendo jurisdicción de los tribunales de justicia común, ya sea ordinaria o federal.

En el curso de este capítulo, como es natural, sólo nos ocuparemos de las limitaciones a la propiedad privada impuestas en razón del interés público.

3. Limitaciones a la propiedad privada en interés público: concepto.

Las limitaciones a la propiedad privada establecidas por razones de interés público son aquel conjunto de medidas de índole jurídica, que se adoptan con el propósito de armonizar y compatibilizar el ejercicio de la propiedad privada con las exigencias del interés público, de modo que aquel derecho no sólo no constituya un obstáculo para el logro de ese interés general, sino que, incluso, contribuya a él.

Muchas veces se han asimilado o confundido las limitaciones en interés público con la policía de la propiedad privada, principalmente porque se trata de conceptos muy próximos y conexos y, además, porque no siempre resulta fácil precisar cuándo se está frente a una limitación y cuándo ante una medida de policía.

Las limitaciones en razón del interés público, en efecto, y en definitiva, no constituyen sino una forma jurídica por la cual se lleva a cabo la reglamentación del derecho de propiedad, que como se sabe –al igual que cualquier otro derecho constitucional- nunca es absoluto, sino que está sometido a las leyes que reglamenten su ejercicio. Por ello mismo, las limitaciones a la propiedad privada, regidas por el derecho administrativo, constituyen también una medida de policía, una manera de ejercicio del poder de policía, pero como fácilmente se comprende, la identificación entre ambas nociones no puede aceptarse, ya que existen otras muchas formas de ese poder de policía, que no constituyen limitaciones a la propiedad individual.

Por esta causa, algunos autores sostienen que el régimen de las limitaciones en interés público debe ser estudiado comúnmente con la consideración del poder de policía, pero si bien se acepta, en principio, esta posibilidad, lo cierto es que la gran importancia y especialidad de las limitaciones y la singularidad de algunas de sus modalidades –como las servidumbres administrativas o la expropiación- ha dado lugar a que se continúe considerándolas por separado, como un capítulo especial del derecho administrativo, sin desconocer aquella raíz común y unificante.

4. Fundamento jurídico y principios generales aplicables

Después de lo dicho, se comprende que el fundamento sustancial de la existencia de las limitaciones a la propiedad privada impuestas en razón del interés público, reside en la prevalencia razonable que este último debe tener respecto de los derechos e intereses individuales, dentro del gran concepto institucional de que nuestra sociedad política y jurídica ha sido concebida y creada para el logro del bienestar general, fórmula que resume el bien común de todos y, por ende, el de cada uno de los componentes de la comunidad.

En cuanto aparecen como una reglamentación del derecho de propiedad, las limitaciones en interés público encuentran su fundamento jurídico positivo en el mismo art. 14 de la Constitución nacional, y, por ende, tanto puede resultar de una ley formal, ya sea nacional o provincial, según corresponda, o de un reglamento fundado en ley o aun autónomo debiéndose tener en cuenta, para definir su procedencia, la índole de la limitación y si ésta importa o no un sacrificio para el propietario que debe soportarla.

Todo lo que se ha señalado antes respecto del poder de policía y de las medidas de policía tiene aplicación, en primera instancia, en cuanto a los principios generales y al régimen de las limitaciones impuestas en razón del interés público, lo que no es óbice, como seguidamente se verá, para que algunas limitaciones aparezcan con ciertas particularidades, que pueden llegar a diferir con las que son propias de ese régimen general.

5. Clasificación de las limitaciones en interés público

Con un sentido amplio, teniendo en cuenta cómo incide sobre los particulares afectados el régimen administrativo de la propiedad privada, se suele dividirlo en negativo y positivo.

El régimen negativo es aquél que aparece produciendo una privación o disminución de alguna de las facultades que normalmente corresponden al propietario de un bien determinado, o que le impone algún deber de no hacer; el régimen positivo, en cambio, es aquél que impone a dicho propietario una obligación de dar o de hacer.

Son institutos jurídicos del régimen negativo las restricciones administrativas, las servidumbres administrativas, la expropiación pública, y otros de esta misma índole. Son institutos jurídicos del régimen positivo, el pago de impuestos y contribuciones, y ciertas obligaciones impuestas a los propietarios como un dar o un hacer, relativos a su propiedad.

En la doctrina española se clasifican las limitaciones en interés público partiendo de su objeto, en tres grupos: *a*) comunales, que tienden a facilitar la existencia común en sí misma y en las diferentes esferas en que se organiza, entre las cuales se hallan la prohibición de salientes en las ventanas de la planta baja, la construcción de aceras, el arreglo de las fachadas, la alineación de los edificios; etc.; *b*) para aprovechamientos especiales, que condicionan el establecimiento y uso de ellos, como las que se refieren a abrevaderos y extracción de aguas, las que se disponen en interés de la navegación o de la pesca, el paso de corriente eléctrica, etc.; y *c*) las que condicionan los servicios de gobierno, procurando previsiones para su instalación, como las que pesan sobre propiedades que se hallan en un zona militar, las colindantes, vecinas o enclavadas en una zona marítima terrestre, y las que afectan a la navegación aérea, etc.

Pero indudablemente la más conocida de todas las clasificaciones propuestas es aquella que considera el modo como inciden las limitaciones en los diferentes caracteres de la propiedad, es decir, sobre su condición de ser absoluta, exclusiva y perpetua.

Las limitaciones que afectan lo absoluto del dominio son las restricciones administrativas; las que inciden en su exclusividad, son las servidumbres administrativas; y las que se vinculan con su perpetuidad son la expropiación por causa de utilidad pública y otros institutos como el comiso o decomiso.

También cabe mencionar la ocupación temporánea, que se refleja en la exclusividad de la propiedad; y las requisiciones, que pueden afectar, según los casos, la exclusividad o la perpetuidad, teniendo en cuenta si inciden sobre el uso o sobre la propiedad del bien de que se trate.

En función del grado como las limitaciones llegan a afectar la propiedad privada, se ha hecho la siguiente enumeración, que va desde una afectación mínima a una máxima:

1) restricciones administrativas; 2) ocupación temporánea; 3) servidumbres administrativas; 4) expropiación por causas de utilidad pública; 5) requisiciones; y 6) decomiso o comiso.

El cuadro siguiente resume lo dicho:

6. Las restricciones administrativas

6.1 Concepto y naturaleza jurídica

Las restricciones administrativas existen y se establecen a fin de compatibilizar el derecho de propiedad de los particulares con exigencias impuestas por el interés público, de manera que su objeto es el de evitar que el accionar de la administración pública, en procura del logro de ese interés general, pueda llegar a verse obstaculizado o perturbado por un ejercicio absoluto del derecho de propiedad que los particulares tienen sobre bienes que les pertenecen.

Las restricciones administrativas, de tal modo, reducen la amplitud del derecho de propiedad, el cual sólo podrá ser ejercido, en su virtud, de manera tal que resulte compatible con la restricción impuesta, cuyos términos delimitan las posibilidades de acción del propietario. Por ello mismo, las restricciones administrativas en ningún caso pueden llegar a afectar la exclusividad y la perpetuidad del derecho de propiedad, que en esos aspectos se mantienen incólumes, sino su carácter de absoluto.

La doctrina acepta, en forma casi unánime, que las restricciones administrativas pueden consistir tanto en una obligación de no hacer, como en una obligación de dejar hacer, impuesta al propietario particular, tal como ocurre cuando éste debe abstenerse de efectuar ciertas construcciones, o cuando debe admitir que en su inmueble se coloque una placa con el nombre de la calle, o que indique el sentido del tránsito.

Las discusiones surgen respecto de si también pueden consistir en la disposición de una obligación de hacer, y en este sentido las opiniones se vuelcan, como es obvio, a aceptar o a negar esa posibilidad, o a señalar que las obligaciones de hacer sólo excepcionalmente pueden resultar de una restricción administrativa.

Sin embargo, puede considerarse como más razonable el criterio que admite que una obligación de hacer puede ser el objeto de la imposición de una restricción administrativa, aunque

dentro de ciertas condiciones, pues en este caso, al igual que en los otros, es siempre el interés público el que la impone, como una exigencia ineludible. Como ejemplo de restricciones administrativas que consisten en un hacer se citan la construcción de salidas de emergencia en cinematógrafos, teatros y otros lugares de esparcimiento de terrenos baldíos, etc.

Las restricciones administrativas pueden recaer tanto sobre inmuebles, que es lo más común, como sobre muebles, y aun sobre cualquier otro bien que no sea una cosa, y los motivos o causas que la originan pueden ser los más variados, como de seguridad, higiene y salubridad, moralidad, cultura, ornato, tranquilidad, sanidad animal o vegetal, etc.

En relación con la naturaleza jurídica de las restricciones administrativas, se ha señalado que éstas provienen de las relaciones que se crean entre la administración pública, como gestora del interés público, y los propietarios particulares, que ejercen su derecho individual, el cual no es suprimido, ni deteriorado, ni lesionado, sino que simplemente es reducido a límites normales y razonables en su ejercicio, siendo condicionado de esa manera.

Las restricciones, en consecuencia, no lesionan ni agravian el derecho de propiedad, ni importan un verdadero sacrificio para el propietario, que no puede resistirlas ni pretender la admisión de la acción negatoria ante la limitación que le ha sido impuesta por razones de interés público.

Las restricciones tampoco pueden ser consideradas como una carga impuesta a la propiedad privada, ya que no es ése su carácter y condición. De tal modo, la posibilidad de las restricciones debe considerarse normalmente comprendidas dentro de los caracteres propios del derecho de propiedad individual, y como algo natural o ínsito a ese derecho.

6.2 Caracteres de las restricciones administrativas y diferencias con otros institutos

Las restricciones administrativas presentan los siguientes caracteres, que es dable comprobar en todas ellas:

a) Son prácticamente ilimitadas en su número y clase, bastando con que estén razonablemente relacionadas con el interés público que origina su imposición.

b) Como ya se dijo, pueden consistir tanto en una obligación de no hacer, o de dejar hacer, que es lo más frecuente, como también en una obligación de hacer, lo que va siendo cada vez más común.

c) En principio, las restricciones administrativas no dan lugar ni generan ninguna indemnización a favor del propietario del bien sobre el cual recaigan, en virtud de que no implican un desmembramiento o una disminución del derecho de propiedad de quien debe soportarlas. No obstante, si por un proceder culposo, imputable a la administración pública, resulta un perjuicio para los propietarios, éstos deben ser compensados, en la medida que corresponda a los daños ocasionados[16].

La Corte Suprema ha resuelto, con motivo de daños reclamados contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a raíz de la construcción de la Autopista AU 1, que la obligación legal de no edificar a mayor altura que la señalada por la autoridad administrativa, fundada en motivos de interés general, constituye, sin duda, una mera restricción impuesta a la propiedad privada cuya justificación radica en el poder de policía local y no es indemnizable, pues se trata de una carga general impuesta a todos los propietarios por razones de planeamiento urbano[17].

d) Las restricciones administrativas son ejecutorias, lo cual significa que la administración puede hacerlas cumplir por sí misma, incluso recurriendo al auxilio de la fuerza pública. Esta ejecutoriedad no necesita estar expresamente prevista por el ordenamiento legal, sino que debe considerarse como una facultad implícita, inherente a la administración en el cumplimiento de sus cometidos específicos.

e) Son generales, pues recaen sobre todos los propietarios particulares que se hallan en iguales condiciones y, además, porque los interesados son indeterminados; son constantes, ya que existen siempre, como algo inherente a la concepción jurídica de la propiedad individual; y son actuales, pues constituyen límites permanentes y normales de la propiedad privada.

---

[16] CSJN, 01/07/1876, “El Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires c/ D. Gerónimo Perez s/ construcción de un conducto de aguas de tormenta”, Fallos: 17:470; CSJN, 1928, “Antunovich, Clemente y otros c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos: 153:231.

[17] CSJN, 23/12/1986, “Juillerat, Miltón Enrique c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 308:2626.

f) Como también ya se ha dicho, pueden recaer sobre inmuebles, muebles, o bienes de cualquier clase.

g) Las restricciones administrativas no se extinguen por su no uso; son imprescriptibles.

Las restricciones administrativas pueden a veces confundirse con las servidumbres administrativas. Sin embargo, ambos institutos jurídicos se diferencian claramente entre sí, por la simple comparación de los caracteres con que uno y otro se presentan.

Las restricciones configuran los contornos y la extensión del derecho de propiedad, sin llegar verdaderamente a afectarlo; las servidumbres, en cambio, inciden sobre el goce normal del bien gravado por ellas, implicando un desmembramiento parcial de ese derecho, afectando la *plena in re potestas*.

Por lo demás, si las restricciones administrativas deben ser actuales, efectivas, las servidumbres, al contrario, pueden llegar a ser potenciales; y si las restricciones no requieren ser establecidas por una norma legal específica, las servidumbres administrativas, cuando no surgen de la voluntad expresada que sirva para constituirlas, deben resultar, directa o indirectamente, de la ley.

En el parágrafo anterior se han señalado, finalmente, las razones por las cuales las restricciones administrativas no deben ser consideradas como una carga impuesta a la propiedad individual.

6.3. Clasificación, fuente y límites de las restricciones.

Si bien las restricciones administrativas no han sido objeto de verdaderas clasificaciones, sino más bien de distingos efectuados teniendo en consideración algunos de sus elementos componentes, en la doctrina italiana se las ha dividido en tres grupos: *a*) restricciones que encuentran su causa en las relaciones de vecindad de la propiedad privada con propiedades del dominio público y contribuyen a la utilidad general, en cuanto concurren a la conservación y a la mejor utilización de ese dominio público; *b*) restricciones que se refieren a la existencia de relaciones directas entre la administración pública y los bienes particulares, atribuyendo a la primera la posibilidad del empleo de tales bienes, o de desenvolver sobre ellos cierta actividad, que el propietario está obligado a soportar; y *c*) restricciones que significan para el propietario particular una serie de obligaciones de no hacer, o de hacer solamente aquello que la autoridad administrativa autorice, y dentro de las modalidades y condiciones que ésta haya establecido (Zanobini).

De manera general, se puede decir que la fuente mediata de las restricciones administrativas es la existencia del régimen jurídico que regula la propiedad privada, pues el derecho de propiedad individual las supone como una condición o circunstancia que le es propia.

De manera más concreta, las restricciones administrativas pueden resultar de ley formal sancionada por el Congreso nacional o por las legislaturas provinciales, de acto administrativo fundado en ley, de la sanción de reglamentos, principalmente autónomos, e incluso de ordenanzas municipales, conforme a lo que disponga la ley orgánica municipal respectiva.

Se ha sostenido que si bien el Estado no necesita ser autorizado por una norma expresa para imponer restricciones administrativas, lo correcto es que éstas resulten de una norma previa que las establezca, pues de otro modo no sólo se introduciría la incertidumbre y la arbitrariedad, restando a la propiedad privada protección y garantías, sino que se contrariaría, además, lo previsto en el art. 19 de la Constitución nacional, que dispone que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El límite esencial impuesto a las restricciones administrativas, y que atañe a su validez es el de que ellas no pueden afectar ni degradar el derecho de propiedad del particular que debe soportarlas. Por ello, si en vez de limitarse a lo absoluto de ese derecho, se extienden y afectan lo exclusivo o lo perpetuo de él, dejarían de ser tales, para convertirse en una servidumbre administrativa o en una expropiación, sin cumplir los recaudos imprescindibles que estos institutos exigen, es decir, ley formal e indemnización.

Sin perjuicio de ello, las restricciones administrativas deben ser razonables, guardando proporcionalidad con las necesidades o exigencias de interés público que les dan origen o son causa de ellas, pudiendo aplicarse, como límite de esa razonabilidad, los principios que resultan

del art. 28 de la Constitución nacional, en cuanto precisa que los derechos que resultan de ella no pueden ser alterados por las leyes –en el caso, en sentido amplio- que reglamentan su ejercicio.

6.4. Órgano competente para imponerlas, forma y cumplimiento.

De lo dicho resulta claro que las restricciones administrativas serán impuestas, en la mayoría de los casos, por la autoridad administrativa, en especial la ejecutiva, a la que se haya otorgado competencia para ello. Con menos frecuencia procederán del Congreso nacional o de las legislaturas provinciales, cuando se trate de materias que hayan sido reservadas a esos órganos legislativos, como tales.

Hay acuerdo en que no existen formas especiales o determinadas para el cumplimiento o realización de las restricciones administrativas. No hay formas solemnes ni necesarias, en este sentido. Ese cumplimiento puede resultar de un acto de voluntad de la administración pública, es decir, de un acto administrativo, o de la ejecución material directa de ellas, lo cual constituirá un hecho de la administración.

Cuando el cumplimiento de la restricción administrativa se cumple por medio de un acto que en sí mismo está sujeto a ciertas formas, éstas deben reunirse, pero no porque sean inherentes a la restricción, sino al acto que las ejecuta. Así, por ejemplo, cuando la ejecución se lleva adelante por medio de un acto administrativo, éste debe cumplir las formas que el régimen de tales actos haya previsto, pues de otro modo podría resultar afectada su validez jurídica.

Corresponde a la administración pública precisar el medio y el modo como habrán de cumplirse las restricciones administrativas, los cuales podrán ser todos aquellos que sean realmente necesarios para ejecutarlas, guardando la debida proporcionalidad con el efecto que se desea obtener.

No obstante el carácter ejecutorio de las restricciones, se ha señalado que si la administración, para cumplirlas, debe superar la negativa del propietario a permitir que sus agentes la lleven a cabo –por ejemplo, dentro de una finca o inmueble-, no puede actuar por sí misma, ordenándoles que penetren en el inmueble, sino que debe requerir la colaboración del Poder Judicial a ese fin, por ser éste el que tiene bajo su responsabilidad la custodia y protección de la propiedad privada (Marienhoff).

Ya se ha dicho, y se reitera, que la imposición regular de las restricciones administrativas nunca pueden generar, a favor de los propietarios que deben soportarlas, el derecho a ningún tipo de indemnización. No hay daño ni perjuicio, ni ninguna protección jurídica atendible, máxime si se recuerda la norma general establecida por el art. 1071 del Código Civil, que se podría citar en apoyo de esta conclusión.

Ello no impide que los daños y perjuicios que resulten de un ejercicio anormal o irregular de la potestad de la autoridad estatal para imponerlas, o de una incorrecta o indebida ejecución o cumplimiento de ellas, dé lugar a que nazca el derecho del propietario particular para que tales perjuicios le sean compensados, y a reclamar su reparación en justicia, ya que habría existido, en definitiva, una actividad imputable a la autoridad pública actuante, por la cual ésta puede ser responsabilizada, en ese sentido. Así ocurre, por ejemplo, cuando para la colocación de una chapa indicadora del nombre de una calle, o del sentido del tránsito, se efectúa un trabajo técnicamente deficiente, que ocasiona consecuencias materiales dañosas para el inmueble, como goteras o filtraciones, etc.

6.5. Contiendas y jurisdicción en materia de restricciones administrativas

Los propietarios particulares no pueden resistirse al regular cumplimiento e imposición de las restricciones administrativas. El interés público que las fundamenta, los obliga a soportarlas. Se ha aceptado, por ello, que el propietario no puede interponer interdictos, como los de adquirir o recobrar la posesión, que nunca ha perdido, o los de mantenerla o de otra nueva.

Si el propietario particular deseare impugnar la validez de la restricción administrativa que le ha sido impuesta, por considerarla ilegítima, deberá ocurrir a los tribunales de justicia correspondientes que tengan atribuida la competencia en lo contenciosoadministrativo, por tratarse de cuestiones que están regidas por el derecho administrativo, trabándose la contienda entre la autoridad pública que la impuso y el particular afectado.

Ello no obsta a que deba también recurrirse, en ciertos casos, a las vías recursivas administrativas, si fueren pertinentes, y luego a los tribunales de justicia que tengan aquella competencia.

7. Las servidumbres administrativas

7.1 Concepto

En el derecho civil se reconoce que si el dominio otorga a quien es su titular una serie de facultades sobre la cosa propia, existen otros derechos reales que otorgan, en cambio, facultades sobre la cosa de otro, lo que origina que su titular no ejerza sobre ellas la plenitud de sus atribuciones, ya que una parte de ellas pasa a un nuevo titular, que así se beneficia juntamente con el dueño (Lafaille).

Sobre tal base general, se estudia en aquella rama del derecho todo lo atinente a las servidumbres del derecho privado, cuya teoría no creemos del caso relacionar aquí, pues escapa al objeto directo de nuestro estudio.

En el derecho administrativo, con particularidades singulares que le otorgan una propia configuración, aparecen las servidumbres administrativas, cuyo concepto puede concretarse diciendo que constituyen el derecho real administrativo, establecido por el Estado, entendido *lato sensu*, sobre un bien ajeno determinado, por razones de interés público, y en cuya virtud ese bien quedará afectado al uso público, en la forma que resulte del hecho o del acto constitutivo de la servidumbre (Diez-Marienhoff).

La persona jurídica pública estatal que pueda establecer una servidumbre administrativa no debe ser la titular de la propiedad del bien que se grave, ya que en el derecho público, al igual que lo que ocurre en el derecho privado, nadie puede constituir una servidumbre sobre sus propios bienes, pues tal acto carecería de verdadero objeto jurídico.

Es dentro de esta idea que la noción conceptual precedentemente establecida se refiere a que las servidumbres administrativas deben recaer sobre bienes ajenos, puesto que si lo más frecuente es que éstas graven o afecten a los bienes que son propiedad de los particulares, ello no impide que se admita que también pueden versar respecto de bienes que compongan el dominio público, o aun el dominio privado estatal, si se da aquella condición restrictiva.

La referencia a que las servidumbres administrativas pueden gravar cualquier “bien”, se vincula con la circunstancia de que éstas no están limitadas al supuesto de los inmuebles, sino que también pueden afectar cosas muebles o cualquier bien inmaterial.

Las servidumbres administrativas, como ya se sabe, afectan el carácter exclusivo del derecho que el propietario gravado tiene sobre el bien en que recaigan, otorgando a quien es su beneficiario la posibilidad de usar o de gozar parcialmente de dicho bien, y al propietario la obligación de no hacer, o más bien, de dejar hacer determinadas cosas sobre el bien que le pertenece, soportando necesariamente aquel uso o goce.

Las servidumbres administrativas se imponen y se justifican en tanto y en cuanto razones de interés público las hagan necesarias, siendo la prevalencia de ese interés general el que hace razonable la limitación del derecho de propiedad de aquél sobre cuyo bien se constituyan.

Por ello mismo, y como los bienes afectados por las servidumbres de este tipo se dedicarán al uso de la comunidad, de la colectividad, las servidumbres administrativas, como derechos reales que son, forman parte, a su vez, del dominio público (Diez).

7.2 Diferencia con las servidumbres de derecho privado

Si las servidumbres administrativas y las de derecho privado aparecen ambas como la expresión de un poder jurídico sobre una cosa ajena, que es de naturaleza esencialmente real, existen entre ambas, no obstante, marcadas diferencias, que se trasuntan en la diversidad del régimen jurídico de unas y otras.

La distinción más importante es la que resulta de la diversidad de la finalidad que persiguen. En efecto, mientras que las servidumbres administrativas se constituyen por razones

que son de interés público, inherentes a él, las servidumbres privadas no sólo no persiguen una finalidad de ese tipo, sino que, al contrario, sólo buscan obtener u otorgar un beneficio para una persona o para un fundo particular, atendiendo, en consecuencia, sólo a las exigencias de ese interés privado.

Esa condición da lugar a que las servidumbres administrativas estén regidas por el derecho público, de una manera que resulta exorbitante del derecho privado, a lo que se agrega que el Estado, al constituirlas, actúa en su condición específica de tal, ejerciendo su capacidad de derecho público.

En los parágrafos siguientes se irán señalando otros caracteres específicos de las servidumbres administrativas, que las separan visiblemente de las de derecho privado.

7.3 Clasificación de las servidumbres administrativas

Es corriente clasificar las servidumbres en dos grandes grupos: por un lado, las legales y las convencionales; por el otro, las prediales o reales y las personales.

La primera de esas clasificaciones no ofrece dificultades, siendo legales aquellas servidumbres administrativas que son impuestas o resultan de una ley formal o de un acto administrativo fundado en ley; mientras que las servidumbres convencionales son las que resultan de hechos o actos voluntarios que concurren a imponerlas, como sucede cuando provienen de un contrato o convenio, de un acto de liberalidad, u otros actos semejantes.

La división de las servidumbres en prediales o reales y personales, en cambio, no ha tenido igual favorable acogida respecto de las servidumbres administrativas, ya que las opiniones han sido diferentes en este sentido. Servidumbres prediales o reales, como lo establece el art. 2971 del Código Civil, son las que constituyen ese derecho real en beneficio del poseedor de una heredad, sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera; mientras que las servidumbres personales son las que se constituyen en utilidad de alguna persona determinada, sin que ello dependa de la posesión de un inmueble (Código Civil, art. 2972).

Cierta parte de la doctrina reconoce que las servidumbres administrativas pueden ser de ambas clases, aunque admiten que la diferenciación entre ellas puede resultar dificultosa en la práctica (Bielsa). Otros autores, al contrario, sostienen que dichas servidumbres sólo pueden ser personales, quedando excluida la posibilidad de la existencia de servidumbres administrativas prediales o reales (Villegas Basavilbaso-Diez). No faltan quienes aducen que en las servidumbres administrativas no existe o no puede ser reconocida la existencia de un fundo dominante (Berthélemy-Gordillo), mientras que otros, a su vez, pretenden que la idea del fundo dominante no es necesaria en las servidumbres públicas, ya que éstas se constituyen en beneficio de la comunidad o de un servicio administrativo (Fernández de Velasco-Garrido Falla).

De cualquier manera, parece razonable aceptar esta clasificación de las servidumbres administrativas, entendiendo que serán personales cuando no se requiera o no existe un predio o fundo dominante, y prediales o reales cuando tal fundo dominante sea reconocible y exista un fundo sirviente, tal como ocurre, por ejemplo, en las de camino ribereño (Marienhoff).

En la doctrina francesa se distinguen, también, las servidumbres pasivas, que son las que consisten en un no hacer, o en un dejar hacer o tolerar, y las servidumbres activas, que son las que aparecen como un hacer. Esta clasificación, no obstante, no aparece como importante.

7.4 Los sujetos en las servidumbres administrativas. Constitución. Forma.

Se ha discutido, tal vez por un indebido planteamiento de la cuestión, quién es el verdadero titular de las servidumbres administrativas, cuestión que se vincula, a su vez, con la referente a quién es el titular de los bienes que componen el dominio público, a la cual nos hemos referido en el capítulo anterior.

La posición de quienes sustentan que tales servidumbres corresponden a la colectividad, al pueblo, al público en general, o el conjunto variable de los habitantes del territorio a favor de quienes se han constituido, no aparece como la más fundada, ya que, como se ha dicho con razón, la colectividad, el pueblo, o el público, carecen de la capacidad jurídica necesaria para poder ser titulares de un derecho, en el caso de un derecho real administrativo.

Por ello, parece preferible concluir que el titular de las servidumbres administrativas es la persona jurídica pública estatal a cuyo beneficio han sido establecidas, ya sea la Nación, las provincias, los municipios o aun los entes autárquicos con capacidad para ello.

El hecho de que tales personas ostenten ese carácter, no obsta a que el beneficio efectivo en que consiste la servidumbre, su uso y goce, le corresponda al público, en general, pues están destinadas precisamente a ese uso público, sin perjuicio de que puedan resultar ciertas restricciones, derivadas de que el usuario, en todos los casos, está determinado por la finalidad en sí misma de cada servidumbre, limitación que nunca habrá de entenderse que afecta aquel uso público. Así, por ejemplo, la servidumbre de sirga sólo puede ser utilizada por quienes estén navegando en un curso de agua. La servidumbre de tránsito, en cambio, no impone limitaciones de esa clase, es común o general, y cualquier persona puede beneficiarse con su uso.

Las servidumbres administrativas pueden constituirse por alguna de las siguientes maneras:

a) Por ley formal, la cual puede ser general o especial, ocurriendo esto último cuando la ley se refiere al caso determinado de ciertas servidumbres impuestas a personas dadas, o que se hallan en condiciones específicas.

Se ha sostenido, con algún fundamento, que la ley, como tal, no excluye que sea necesario, además, el dictado de actos administrativos que las hagan surgir de manera concreta, y no potencial.

b) Por acto administrativo fundado en ley, ya sea cuando ha mediado una delegación legislativa para ello, ya sea cuando el acto administrativo concrete o ejecute la ley.

c) Por acto contractual, siendo los contratos que se celebren en tal sentido verdaderos contratos administrativos.

d) Por actos de libertad, como la donación o la disposición testamentaria, los cuales deben ser aceptados por la persona jurídica pública estatal que será titular.

e) Por destino del padre de familia, entendiéndose por tal la disposición que el propietario de dos o más herederos ha hecho para su uso respectivo, o dentro de una sola heredad, si luego parte de ella es enajenada.

f) Por hechos, lo que incluye tanto la accesión, como la prescripción, con las singularidades propias de estas situaciones.

Algunos tratadistas entienden que las servidumbres administrativas también pueden adquirirse por expropiación, pero este instituto, en verdad, sólo debe estar reservado a la adquisición de la propiedad, pues ésa es la finalidad que le da razón de ser, y no para lograr una servidumbre, que puede obtenerse por otros medios, como los ya indicados.

Como es natural, las formas y condiciones de tales actos serán los que en cada caso correspondan para cada uno de ellos, conforme a lo que resulte de la legislación aplicable, para que sean considerados válidos y eficaces.

7.5 Órgano competente

No existe divergencia en cuanto a que, cuando no hay oposición negativa del propietario afectado a que una servidumbre se constituya, ésta puede ser establecida directamente por la administración pública, puesto que se trata de una cuestión de mera administración de acción ejecutiva, y aquélla tiene las posibilidades materiales y jurídicas indispensables para llevarla adelante.

Pero: ¿qué ocurre cuando tal negativa u oposición existe?

Una parte de la doctrina se ha volcado a sostener que la administración pública, aun en ese supuesto, mantiene la posibilidad de imponer una servidumbre administrativa dada, principalmente porque está en juego un interés público, cuya gestión directa le compete a la administración.

Otra parte, en cambio, entiende que tal oposición o negativa sólo puede ser superada dando la intervención correspondiente al Poder Judicial, sobre la base de que las servidumbres implican un desmembramiento de la propiedad, que constitucionalmente no puede resultar sino

de una sentencia fundada en ley (Constitución nacional, arts. 17 y 95 actual 109). Esta posición parece la más ajustada a derecho.

Las servidumbres administrativas pueden ser creadas y constituidas tanto por la Nación como por las provincias, lo cual dependerá de la ubicación del bien sobre el cual recaigan siempre teniendo en cuenta la distribución de poderes y facultades hechas por la Constitución nacional.

De cualquier manera, no se puede olvidar que esa creación o constitución es una facultad que corresponde inicialmente a las provincias, por no haber sido delegada a la Nación, y tratarse de una cuestión de derecho administrativo, el cual –como sabemos- es de carácter local. Las facultades de la Nación, en consecuencia, sólo aparecen como excepcionales, surgiendo de la existencia de cuestiones y requerimientos de orden federal.

Las municipalidades y las entidades autárquicas, a su vez, podrán crear o constituir servidumbres administrativas, cuando sus leyes orgánicas o de creación le hayan conferido esas atribuciones.

Tener en cuenta, en este punto, lo expuesto sobre la autonomía municipal.

Finalmente, se acepta que los concesionarios de servicios públicos, si bien no pueden crear servidumbres administrativas, pueden constituirlas, cuando estuvieren legalmente previstas, o hubieran sido expresamente autorizadas a hacerlo.

Ver, por ejemplo, la modificación introducida por Ley 24.065 al artículo 1° de la Ley 19.552, que en su redacción actual dispone que toda heredad está sujeta a la servidumbre administrativa de electroducto creada en esa ley, la que se constituirá en favor del concesionario de subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía eléctrica, y distribuidores de energía eléctrica que estén sujetos a jurisdicción nacional.

7.6 Objeto, contenido y alcance de las servidumbres administrativas.

Las servidumbres administrativas, a diferencia de las de derecho privado, pueden constituirse tanto sobre inmuebles, como sobre cosas muebles y bienes inmateriales, lo cual lleva a concluir que en las servidumbres públicas es indiferente que exista o no un fundo dominante, bastando que redunden en beneficio de la colectividad, de la comunidad, y se funden en el interés público.

Los bienes gravados, como ya se dijo, pueden pertenecer al dominio privado de los particulares o del Estado, o al dominio público, siempre que no pertenezcan, cuando son del Estado, a la misma persona jurídica pública estatal que crea o constituye la servidumbre.

En cuanto al contenido posible de las servidumbres administrativas, es evidente que es ilimitado, como lo son también las exigencias y requerimientos del interés público, que les da razón de ser y justificación.

Así, por ejemplo, junto a algunas servidumbres administrativas de rancio abolengo, como las de sirga o camino ribereño, o la de acueducto, aparecen otras, surgidas de innovaciones técnicas modernas, como la de electroducto o pasaje de una línea eléctrica, o tan sofisticadas como las de ruinas y yacimientos arqueológicos o paleontológicos, o la panorámica.

Las servidumbres administrativas, por lo demás, sólo deben extenderse a todo aquello que sea indispensable para alcanzar la finalidad propuesta con su imposición, pero no deben ir más allá de lo indicado, ya que de otro modo se infligiría un desmedido e innecesario agravio al derecho de propiedad del propietario del bien gravado, que no sería admisible porque excedería las necesidades propias del interés público. Un exceso, en este sentido, podría llegar a originar la responsabilidad consiguiente del Estado.

7.7 Régimen jurídico, derechos y obligaciones.

El régimen jurídico aplicable a las servidumbres administrativas es un régimen de derecho público, quedando excluido, en ese sentido, el que es propio de las servidumbres de derecho civil.

Por su índole y naturaleza, ese régimen jurídico participa de los caracteres generales del que rige respecto del dominio público. Las servidumbres administrativas son imprescriptibles, y se protegen por los mismos medios y acciones que amparan al dominio público, aun cuando la autotutela no pueda ser aplicada con igual rigurosidad.

El régimen de publicidad rige respecto de las servidumbres administrativas. Las legales se hacen públicas mediante la formal publicación de la ley o del acto administrativo fundado en ley que les da origen; las convencionales, en cambio, deben ser inscritas para ello en el Registro de la Propiedad que corresponda, considerando el carácter y la situación del bien, o de cualquier otro modo supletorio efectivo.

Las servidumbres darán lugar a que los beneficiarios de ellos –en definitiva el público o la comunidad- hagan aquello o gocen de la ventaja en que en sí mismas consistan: efectuar la sirga, obtener el agua, transitar, admirar un panorama o un lugar o un monumento histórico, etc.

Correlativamente, darán efecto a que el propietario del bien gravado no haga o deje hacer aquello que corresponda a la servidumbre establecida, o también que haga aquello en que ésta consista, como ciertas labores de conservación respecto de un lugar de interés histórico.

Dentro de nuestro ordenamiento constitucional y legal, la creación y constitución de servidumbres administrativas sobre bienes de propiedad de los particulares origina, para el Estado, la obligación de indemnizarlas de manera justa y razonable, puesto que significando un desmembramiento de la propiedad individual, impuesto por razones de interés público, si así no se hiciera se violarían las garantías consagradas por el art. 17 de la Constitución nacional. Sería un despojo o una confiscación, y como tales jurídica y moralmente inadmisibles.

Ello, como es obvio, da derecho al propietario del bien afectado a exigir el pago de las indemnizaciones, recurriendo para ello a las acciones jurídicas correspondientes, si la gestión administrativa no hubiera dado lugar a su cancelación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, durante la vigencia del artículo 9º de la ley 19.552 (de servidumbre administrativa de electroducto), resolvió que la mera constitución de la servidumbre no generaba la obligación de indemnizar y tornaba aplicable la doctrina según la cual el concepto de indemnización de perjuicios lleva implícita la relatividad de éstos y, para su establecimiento judicial, requiere la comprobación suficiente de tal realidad[18]. La ley 24.065, que fija el marco regulador de la energía eléctrica, sustituyó, entre otros, ese artículo, y dejó establecido el derecho del propietario del predio afectado por la servidumbre a una indemnización, aunque lo hizo con arreglo a un criterio que ha sido valorado por la doctrina como confuso al no distinguir entre reparación por "daños" y pago por "uso" del inmueble sirviente (Marienhoff).

Asimismo, en otra causa, el Alto Tribunal afirmó que debe descalificarse por arbitraria una sentencia que establece el monto de la indemnización en un 30% del importe de la tasación del inmueble sobre el que se constituyó una servidumbre de ocupación a raíz de la cual el bien sufre una restricción total al dominio. En ese entonces consideró que el derecho aplicable era el art. 54 (actual 152) del Código de Minería, que dispone que "las servidumbres se constituyen, previa indemnización del valor de las piezas de terreno ocupadas y de los perjuicios consiguientes a la ocupación"[19].

Todas las servidumbres administrativas, en consecuencia, deben ser indemnizadas, estando exclusivamente exceptuada de ello la de sirga o camino ribereño establecida por el art. 2639 del Código Civil, por mandato de esa misma norma legal. Esta excepción –según se ha entendido- no es inconstitucional, por cuanto ya existía, con ese carácter, con anterioridad a la sanción de nuestra Carta Magna.

No darían lugar a indemnización, tampoco, las servidumbres administrativas constituidas por actos de liberalidad, o por prescripción, puesto que los actos voluntarios que las originan significan o implican una renuncia a ese derecho.

No aparece tan clara la cuestión, en cambio, cuando las servidumbres recaen sobre bienes que pertenecen a otra administración, por cuanto todas ellas deben contribuir al logro de los fines y objetivos del Estado y que son de interés público, sin obtener de las exigencias de éste un lucro injustificado que recaería, a la postre, sobre la colectividad toda, que debe afrontarlo.

7.8 Extinción de las servidumbres administrativas.

De manera general, las servidumbres administrativas se extinguen por medios semejantes a los que dan lugar a la extinción del dominio público, que integran.

En consecuencia, cabe citar las siguientes causas de extinción:

1) por ley, lo cual será obligatorio en los supuestos en que hayan sido establecidas por otra ley, la cual deberá ser derogada;

[18] CSJN, 1982, "Gil", Fallos: 304:1603; CSJN, 1986, "Segba", Fallos: 308:926; CSJN, 18/12/1990, "Giachetti", Fallos: 313:1469, entre otros.

[19] CSJN, 18/04/1989, "Gas del Estado c/ Arouxet, Magdalena Eyheramendy de y otros s/juicio sumario (Servidumbre Minera)", Fallos: 312:495.

2) por expiración del plazo por el cual hubieren sido convenidas;

3) por desafectación del bien del dominio público que dio origen a la servidumbre, incluso cuando ésta provenga de un hecho de la naturaleza;

4) por acto convencional, cuando hubieren sido instituidos también de ese modo;

5) por renuncia, cuando resultaren de un acto convencional, de una liberalidad, o de la prescripción;

6) por confusión, cuando el bien sobre el cual recaigan, siendo de propiedad privada o de otra administración, pase a ser de propiedad de la administración titular de las servidumbres;

7) por el no uso inmemorial, cuando éste surte los efectos de la desafectación tácita. El no uso inmemorial no debe ser confundido con la prescripción, pues se ha reconocido que ésta no constituye un medio apto para la extinción de las servidumbres administrativas, que son imprescriptibles, como parte del dominio público.

La extinción de una servidumbre administrativa, cualquiera que sean los modos como tenga lugar, debe provenir de la autoridad estatal que tenga competencia atribuida para producirlos, teniendo en cuenta las modalidades propias de cada uno de ellos. El comportamiento de los administrados no tiene influencia para una posible extinción de una servidumbre administrativa, por esa misma razón.

7.9 Protección de las servidumbres administrativas. Jurisdicción.

Dado que las servidumbres administrativas, tanto por su finalidad como por su destino, deben ser consideradas como partes componentes del dominio público, serán aplicables para su protección y tutela todos los medios que puedan ser utilizados para la protección de ese dominio, los que han sido expuestos con detalle en el capítulo anterior, al cual nos remitimos por razones de brevedad.

La autotutela de la administración pública, como ya se adelantó, aun cuando procede, debe ser ejercida con el cuidado necesario, a fin de no perjudicar indebidamente el derecho de propiedad del titular del bien gravado. Si no existen dudas al respecto, la administración podrá proceder directamente, por sí misma, y sin necesidad de ocurrir ante la autoridad judicial, con el objeto de evitar que las servidumbres administrativas sean violadas o desconocidas.

Las reglas vigentes en materia de jurisdicción y competencia, respecto de la protección del dominio público, son también aplicables en cuanto a la tutela de las servidumbres administrativas, en la medida en que fueren procedentes, en cada caso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido[20], por adhesión al dictamen del Procurador General, que la competencia para entender en una acción de daños y perjuicios contra empresas dedicadas a la generación y comercialización de energía eléctrica, a causa de la instalación de un electroducto de alta tensión, corresponde a la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal por no estar en juego, en el caso, actos de la administración nacional o de entes públicos estatales.

7.10 Principales servidumbres administrativas

Al solo efecto ejemplificativo, enumeraremos algunas de las más importantes servidumbres administrativas existentes:

a) servidumbres de sirga o camino costero;

b) servidumbre de acueducto;

c) servidumbres ferroviarias;

d) servidumbres de electroducto, gasoducto, telegráfica o telefónica;

e) servidumbres aeronáuticas;

f) servidumbres relativas a la seguridad de la navegación;

g) servidumbres de ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos;

[20] CSJN, 14/09/2004, “Rodríguez, Ramona Valentina c/ Central Dock Sud S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos: 327:3706.

h) servidumbres de lugares y monumentos históricos;

i) servidumbres panorámicas;

j) servidumbres de tránsito; etc.

8. La expropiación

8.1 Noción conceptual. Terminología.

Suele ocurrir que el Estado, *lato sensu*, para cumplir cometidos que le son propios y, como tales, de interés público, pueda necesitar echar mano para ello de bienes, de diferente clase y naturaleza, que son de propiedad de los particulares. En tales supuestos, como es comprensible, se produce una colisión entre el interés particular, decidido a mantener y conservar su propiedad, y el interés colectivo, que requiere que el particular sea privado de ese bien para que pueda ser destinado a una finalidad de utilidad pública, conflicto que no puede resolverse sino por el predominio indiscutible del interés público.

Nace así el instituto jurídico de la expropiación, la cual puede ser definida como el medio de derecho público en virtud del cual el Estado, entendido el concepto en sentido genérico, logra que un bien sea transferido de un patrimonio a otro distinto, previa una justa indemnización, para que sea destinado al logro o satisfacción de un fin de utilidad pública.

De la definición propuesta, que resume las más importantes dadas por la doctrina, se desprenden los siguientes elementos caracterizantes del instituto expropiatorio:

1) Es un medio jurídico, y no un procedimiento –como alguna vez se dijo-, que es propio del derecho público, o sea, un elemento instrumental con el cual se logra un efecto, para el cumplimiento de un fin.

2) Implica la creación de una relación expropiatoria, en la cual actúan dos sujetos: el expropiante, que por lo general será el Estado, pero no sólo el Estado general, sino también cualquiera de sus componentes, como las provincias, los municipios y las entidades autárquicas institucionales, sin que deba excluirse que en ciertos casos puedan serlo igualmente determinadas personas, a las cuales el Estado haya autorizado a utilizar este sistema; y el expropiado ser un particular, que es lo más corriente, u otras personas estatales distintas del expropiante.

3) Supone la existencia de un objeto expropiado, que puede ser cualquier bien, sea cual fuere su naturaleza, es decir, cosas muebles o inmuebles, derechos y otros bienes inmateriales.

4) Produce la transferencia de la propiedad del objeto expropiado, de su titular primitivo –el expropiado- en favor de otro titular, que si bien por lo general es el expropiante, puede ser otro, incluso un particular, si de esa manera se concurre a la obtención de la utilidad pública que motivó la expropiación.

5) Exige que el propietario expropiado debe ser previamente indemnizado, de manera justa, lo que producirá que su derecho de propiedad sobre el bien de que es privado sea sustituido por el derecho a la indemnización debida.

6) Tiene que fundarse, en todos los casos, en motivos o finalidades de utilidad pública, que en nuestro ordenamiento debe ser calificada por ley formal.

Para designar la causa que motiva y sustenta la expropiación, y que nuestra Constitución nacional en su art. 17 denomina “utilidad pública”, se han utilizado otras expresiones, como “necesidad pública”, “uso público”, “utilidad social”, “interés general”, “interés social”, “interés público” y, más recientemente, “perfeccionamiento social”, todas las cuales, sin embargo, vienen a significar algo que no es de los individuos, de los particulares, sino de determinados agrupamientos sociales o de la colectividad toda.

Se ha reconocido que nuestra fórmula constitucional –“utilidad pública”- es suficientemente amplia y clara como para comprender todos los casos de expropiación que puedan presentarse en la práctica jurídica, teniendo entre nosotros, por lo demás, un sentido y alcance uniformemente admitido.

8.2. Evolución histórica de la expropiación

La expropiación por causa de utilidad pública, si bien no individualizada con esta precisa designación, reconoce antecedentes muy lejanos, referidos a situaciones que los particulares podían ser privados, dentro de determinadas condiciones, de cosas de su propiedad, por así imponerlo ciertas conveniencias de la colectividad, que no podían ser atendidas de otra manera.

En el Antiguo Testamento pueden encontrarse vestigios de esta institución en el libro 1° y en el libro 2° de Samuel, y en el libro de Ezequiel, aunque con referencias que no guardan una correlación con lo que actualmente entendemos por expropiación.

En el derecho romano, si bien una parte de los autores niegan que se hiciera alguna referencia a ella, existen ciertos textos que pueden ser interpretados como casos concretos de expropiación por motivos de interés público, aunque por supuesto sin que se hayan utilizado esos términos, como puede verse en el libro 1, título 8, párrafo 2, de las Institutas; en el libro 1, título 6, ley 2, del Digesto; y en la constitución VII, capítulo 2, párrafo 1, de las Novelas. Tales supuestos estaban referidos a bienes muebles o inmuebles, y son un antecedente reconocible del instituto expropiatorio.

En el antiguo derecho español, las leyes de Partidas ofrecen una situación semejante a la del derecho romano, aunque ya más evolucionada, pues la privación a los particulares de sus bienes debía responder a exigencias de utilidad pública, y tenía que ser debidamente resarcida, aun cuando no se hablara en ellas de la expropiación, así nominada. Se puede ver, en ese sentido, lo establecido en la Partida Segunda, título 1, ley 2, y en la Partida Tercera, título 18, ley 31.

En el derecho francés primitivo, el desapoderamiento de los particulares aparece más bien como una confiscación, puesto que raramente daba lugar a indemnización, no obstante lo cual la procedencia de ésta fue reconociéndose cada vez con más frecuencia.

Al producirse la Revolución Francesa de 1789, la famosa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que tuvo resonancia universal, estableció en su art. 17 que la propiedad es inviolable y sagrada, no pudiendo nadie ser privado de ella, excepto cuando la necesidad pública, legalmente reconocida, lo exija evidentemente, y a condición de una justa y previa indemnización.

La Constitución de 1791, y las leyes del 8 de marzo de 1810 –inspirada por Napoleón- y del 7 de julio de 1833, se refirieron al tema con mayor o menor acierto, pero contribuyendo a perfilar la expropiación con los principales caracteres que hoy tiene.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en su enmienda 5ª, consagró también la posibilidad de la expropiación, con caracteres similares, cuando el uso público la requiriera.

En nuestro país, los ensayos constitucionales iniciales, como la Constitución de 1819 (art. 124) y la de 1826 (art. 156), consagraron la expropiación, fundada en razones de uso público y sujeta a previa indemnización, llegándose finalmente a la Constitución nacional de 1853, cuyo art. 17, en su texto definitivo, estableció que “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

El Código Civil, por su parte, se refiere a la expropiación, perfilándola con sus caracteres constitucionales, en su art. 2511, aportando su nota interesantes antecedentes.

En el orden nacional, el 13 de septiembre de 1866 se sancionó la ley 189, que fue nuestra primera ley de expropiaciones, y que tuvo una prolongada y fructífera vigencia hasta el 22 de noviembre de 1948, en que fue derogada y reemplazada por la ley 13.264, de corte visiblemente estatista. Esta última, a su vez, fue reemplazada el 17 de enero de 1977 por la ley 21.499, actualmente en vigor, la que ha desarrollado el instituto expropiatorio conjugando en él, de manera adecuada, la protección del derecho de propiedad de los particulares y las exigencias del interés público y su debido desarrollo.

Las provincias han dictado, también, sus respectivas leyes de expropiación, con vigencia en sus propias jurisdicciones, ciñéndose a los grandes lineamientos consagrados por el art. 17 de la Constitución nacional.

8.3 Diferencias con otros institutos

Se hace referencia, por lo común, y para tratar de precisar de mejor manera la noción conceptual de la expropiación, a las diferencias que ella presenta con otros institutos jurídicos que se le aproximan.

De tal modo, la expropiación se distingue de las restricciones administrativas en el sentido de que mientras que estas últimas no lesionan ni agravian el derecho de propiedad de los particulares afectados, ni importan un verdadero sacrificio para éstos, razón por la cual no generan el derecho a una indemnización, implicando un mero condicionamiento de aquél derecho de propiedad, la expropiación, al contrario, lo extingue definitivamente, suprimiendo su carácter perpetuo, y transfiriéndolo a otro titular en toda su integridad, lo que explica que la privación del derecho obligue a su justa indemnización.

La expropiación, del mismo modo, se diferencia de las servidumbres administrativas y de la ocupación temporánea en que mientras que la primera, como queda dicho, extingue el derecho de propiedad que sobre un bien determinado tenía su propietario, las servidumbres sólo afectan la exclusividad del dominio, dejando subsistente el derecho de propiedad, mientras que la ocupación temporánea sólo importa la simple ocupación transitoria de una cosa, con lo que el derecho de propiedad de quien lo detenta, queda subsistente. Coinciden, en cambio, en que todas ellas generan el derecho a una indemnización a favor del propietario, salvo algunas excepciones especiales.

La expropiación, asimismo, se distingue del comiso o decomiso como sanción contravencional, no obstante que en ambos supuestos el propietario de la cosa ve extinguirse el derecho de propiedad que tenía, en que si el comiso se configura con un carácter punitivo o simplemente policial, la expropiación no reviste esa naturaleza, sino que busca el logro de una finalidad de interés público, mediante la disposición de una propiedad.

Más sutil puede parecer la diferencia entre la expropiación y las requisiciones. En efecto, se cita al respecto que si las requisiciones se presentan para satisfacer necesidades públicas muy urgentes o agudas, que no admiten dilación, la expropiación no se ofrece con ese carácter. Además, si la expropiación siempre afecta el derecho de propiedad, haciéndolo extinguir, las requisiciones pueden también recaer sobre el uso o goce de un bien determinado. Por último, si la expropiación puede tener por objeto toda clase de bienes, las requisiciones no se extienden a los inmuebles.

Finalmente, la separación entre la expropiación y la confiscación radica en que esta última funciona, generalmente, como una sanción o pena, no genera ningún derecho a indemnización, y no se funda en la necesidad de satisfacer exigencias de interés público, condiciones estas últimas que se dan, en cambio, en la expropiación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que si bien es cierto que la expropiación se legitima por la necesidad que el Estado tiene de un bien, también debe afirmarse que el acto no cae en el ámbito prohibido de la confiscación gracias al inexcusable pago previo de la indemnización, que debe ser justa, actual e íntegra[21]; pues una expropiación carente de indemnización o con una inadecuada no sería otra cosa que una confiscación[22].

8.4 La expropiación, institución de derecho público.

Al definir la expropiación, se ha dicho que ésta constituye un medio o instituto propio del derecho público.

No obstante, si bien actualmente esta concepción es predominante, en el pasado se postularon diversas posturas, en cuanto a esta materia, calificándose alternativamente a la expropiación como un instituto propio del derecho privado, del derecho público, e incluso de carácter mixto.

El criterio de considerarla como de exclusiva pertenencia del derecho privado es, tal vez, el más simplista y primitivo, y se explica por la natural predominancia que tuvo en el pasado el derecho civil, en todo lo atinente al derecho de propiedad.

Entre nosotros, esa posición encontraba algún asidero en lo dispuesto por el art. 1324 del Código Civil, en el cual se expresa que nadie puede ser obligado a vender, sino cuando está sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, como ocurre –precisamente- cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación, por causa de utilidad pública (inc. 1). La

[21] CSJN, 05/04/1995, “Servicio Nacional de Parques Nacionales v. Franzini”, Fallos: 318:445.
[22] CSJN, 27/12/1979, “Nación c. Saubidet, Estela A.”, Fallos: 301:1205.

expropiación, en consecuencia, aparecería como una compraventa forzosa, pero compraventa al fin y, como tal, sometida al derecho privado. No obstante, no se debe olvidar que el propio codificador, en su nota al art. 1324, reconoció que la expropiación debía estar sujeta a una ley especial, que fijara todas sus condiciones.

Lo inadecuado de esa posición, que fue criticada incluso en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[23], pronto dio lugar a que se abriera camino la idea de que la expropiación era un instituto de carácter mixto, regido en parte por el derecho público y en parte por el derecho privado. El primero, se decía, se aplicaba a todo aquello que se refería al poder de declarar la necesidad de la expropiación y calificar la existencia de la utilidad pública; el segundo, a su vez, se aplicaba a todo lo concerniente a la fijación de la indemnización a pagarse, que constituía una cuestión civil.

El temperamento indicado constituyó, sin duda, un importante avance en la materia, y fue seguido, hasta el año 1957, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[24]. Finalmente, la doctrina reconoció, con amplia mayoría, que la expropiación no es sino una institución propia y regida por el derecho público, en todos sus aspectos, y más concretamente por el derecho administrativo.

En ellas el Estado actúa como tal, en uso de todas sus prerrogativas y potestades de poder público, utilizando un medio otorgado por la Constitución nacional, siendo la indemnización no un precio sino una compensación que procede también por imperio constitucional, con carácter previo a la desposesión. El expropiante no contrata, sino que impone la transferencia de la propiedad del objeto expropiado, fundándose en el interés público, y en toda esta actividad exorbitante el derecho privado no tiene ninguna cabida. Es por ello, igualmente, que las causas expropiatorias, como lo ha dispuesto la actual ley 21.499, corresponden a la jurisdicción contenciosoadministrativa, o a la que tenga atribuida esa competencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó, finalmente, esa opinión doctrinal, que es la que sigue manteniendo en sus sentencias[25].

Más recientemente, el Alto Tribunal ha reiterado su posición al expresar que el proceso expropiatorio, iniciado con la declaración legislativa de utilidad pública, que finaliza con el pago de la indemnización justa y con la consiguiente transferencia del dominio al sujeto expropiante es, en su integridad, un instituto de derecho público, regido por las leyes sobre la materia dictadas por cada provincia, en ejercicio de sus poderes no delegados, en el ámbito de su respectiva competencia territorial[26].

Asimismo, ha sostenido que en caso de contienda promovida por el expropiado contra el Estado, ya sea reclamando la calificación de utilidad pública o bien reclamando la fijación o el pago de la indemnización, la naturaleza administrativa de la expropiación hace que la acción sea ajena a la competencia originaria de la Corte prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional[27].

En el mismo orden de ideas, indicó que la Ley Nacional de Expropiaciones, en cuanto sea de aplicación en el ámbito de la Capital Federal, ha sido dictada en ejercicio de facultades legislativas que corresponden al Congreso en los términos del artículo 67, incisos 14 y 27 de la Constitución Nacional –texto anterior a la reforma de 1994- y, en consecuencia, reviste el carácter de derecho público local[28].

Sin embargo, en materia de prescripción de las acciones nacidas de la relación expropiatoria, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en sentido contrario a la posibilidad de que las legislaciones provinciales reglamenten la prescripción en forma opuesta a la establecida en el Código Civil, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local[29].

8.5 Fundamento de la expropiación

[23] CSJN, 18/02/1955, "S.A. COM. Cía. Swift Intenacional c/ Nación Argentina", Fallos: 238:354.
[24] Como se puede ver en CSJN, 1937, "Provincia de Santa Fe c/ Sociedad Puerto de Rosario", Fallos: 178:85; CSJN, 1938; "Ministerio de Guerra c/ Rouillón, Magdalena V. de", Fallos: 180:48; CSJN, 1938, "Peralta Ramos, Matilde M. B. c/ Prov. de Bs. Aires", Fallos: 182:15, entre otros, y con antecedentes en CSJN, 1903, "Argüello, Miguel c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 97:408; CSJN, 1924, "Sastre, Angel c/ Gobierno Nacional", Fallos: 140:207.
[25] CSJN, 1958, "Castellano, Ramón José", Fallos: 241:71; CSJN, 1958, "Degó, Félix Antonio", Fallos: 242:73; entre otros.
[26] CSJN, 6/03/2001, "Pcia. de Chaco c/ Parra de Bosco, Ana M. y otros s/ expropiación expte. 6214/99 s/ inhibitoria", Fallos: 324:533.
[27] CSJN, 24/03/1994, "Celulosa Puerto Piray S.A. v. Provincia de Misiones y otro", Fallos: 317:221.
[28] CSJN, 27/05/2004, "Simmons de Argentina SAIC c/ MCBA s/ expropiación indirecta", Fallos: 327:1548.
[29] CSJN, 30/06/2003, "Filcrosa S.A.", Fallos: 326:3899.

¿Cuál es el fundamento que da razón de ser y justifica la existencia de un medio tan excepcional como la expropiación, en cuya virtud el propietario de un bien determinado pierde su carácter de tal, aún contra su voluntad?

Las propuestas que se han hecho, en tal sentido, suelen ser divididas en teorías de carácter puramente racional, y en teorías de carácter jurídico.

Dentro del primer grupo cabe citar, en primer término, la llamada "teoría de la colisión de derechos", según la cual el fundamento de la expropiación sería la superioridad del derecho público sobre el derecho privado, en cuya virtud el derecho de propiedad del titular de un bien cualquiera debe ceder ante el derecho prevaleciente de la comunidad sobre esa misma cosa, que le es necesaria. Este fundamento pierde su valor cuando se piensa que ese conflicto, en verdad, es más bien una consecuencia de la expropiación, y no su fundamento, lo que no impide que se lo haya considerado adecuado para justificar y explicar el instituto expropiatorio.

La Corte parece aceptar esta postura en el caso "Servicio Nacional de Parques Nacionales"[30].

También se ha sostenido que el fundamento de la expropiación reposa en la "teoría de la función social de la propiedad" –sustentada por Duguit-, según la cual la propiedad inmobiliaria no puede aceptarse razonablemente sino por su función social, de manera que sólo será legítima si cumple tal función de utilidad social. Es esa misma función social la que explica que la propiedad de un bien puede ser, en un momento dado, quitada a su propietario cuando la sociedad lo requiera, para alcanzar finalidades que se ha propuesto.

Actualmente se acepta que la propiedad privada ha perdido bastante de su carácter absoluto, que llevaba a que el propietario pudiera a su arbitrio desnaturalizarla, degradarla o aún destruirla, lo que se refleja en la modificación introducida al art. 2513 del Código Civil por la reforma de 1968, que dio origen a la ley 17.711. La propiedad privada tiene, en efecto, una función social, como fue reconocido por S.S. el Papa Juan XXIII en su encíclica *Mater et magistra*.

Pero eso no significa, al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, negar los caracteres tradicionales de la propiedad privada, y considerarla estrictamente como una "función social", ya que una cosa es que lo sea y otra distinta que cumpla tal rol.

Finalmente, y dentro del agrupamiento que estamos considerando, se incluye la "teoría de las reservas", según la cual el fundamento de la expropiación se encuentra en el origen histórico de la propiedad, la cual en sus orígenes fue colectiva, luego fuertemente individual, para concluir por atemperarse, admitiendo las exigencias de los fines de la colectividad y del Estado.

Fue dentro de ese proceso evolutivo que, al pasarse de la propiedad colectiva a la propiedad individual, el poder social se habría reservado la posibilidad de hacer salir determinados bienes de la propiedad privada, por razones de interés público y con el pago de una justa indemnización, para hacerlos volver a su condición de bienes comunes, y poderlos destinar, de tal modo, a esas finalidades colectivas.

La teoría de las reservas aparece como una explicación excesivamente estática de un fenómeno, como el de la propiedad, que es eminentemente dinámico, ya que se va adaptando a las circunstancias sociales de cada momento.

Dentro de las teorías agrupadas como de carácter puramente jurídico, se incluyen las siguientes:

1) Teoría del dominio eminente, de origen feudal, y que actualmente sólo reviste interés histórico pues ha perdido todo sustento. Según ella, el soberano ejercía sobre los bienes de sus súbditos un derecho eminente, primigenio, correspondiendo a estos últimos sólo un derecho de goce precario y revocable, siendo natural que el poder directo y especial del monarca pudiera hacerlos cesar cuando había causa para ello. Esta teoría llegó a ser invocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios pronunciamientos[31].

2) Teoría de los fines del Estado, según la cual una de las finalidades esenciales del Estado moderno es promover el bienestar general, el bien común, con el consiguiente progreso y desarrollo individual y colectivo. De tal modo, cuando las exigencias del bien común lo imponen, es natural que la propiedad privada ceda, dentro de condiciones y garantías que lo hagan razonable y justo, y para ese objeto es que se instituye la expropiación, la cual se funda, en

[30] CSJN, 5/04/1995, "Servicio Nacional de Parques Nacionales c. Franzini", Fallos: 318:445, considerandos 10 y 12.
[31] CSJN, 1906, "Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta", Fallos: 104:247; CSJN, 1962, "Bauzá, Horacio, y otro c/ Administración General de Vialidad Nacional", Fallos: 252:310; CSJN, 1963, "Nación c/ Ferrocarriles y Elevadores Depietri S.A.", Fallos: 256:232.

consecuencia, en la necesidad del logro de ese bien común, y es por ello mismo coactiva e irresistible.

Este criterio es el que se acepta actualmente, y el que fundamenta la expropiación, habiendo sido reconocido por el art. 1° de la ley 21.499, al expresar que 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 o espiritual.

8.6 Caracteres básicos de la expropiación

La consideración general del instituto expropiatorio permite establecer la existencia de los siguientes caracteres esenciales, que cabe tener en cuenta para su mejor comprensión:

a) Dada su naturaleza jurídica, la expropiación no constituye un "derecho" del Estado, sino una potestad que le es inherente, constitucionalmente establecida, y que como tal no es prescriptible ni renunciable.

b) La expropiación debe ser siempre actual, y no potencial, razón por la cual no puede expropiarse para el futuro sino con relación y referencia a una utilidad pública que efectivamente exista en el momento de disponerse la expropiación. De no ser así, faltaría la causa jurídica específica, que justifica la pérdida de su propiedad por el expropiado. Ello no impide que en ciertas expropiaciones la determinación de los bienes afectados, o sea, su individualización concreta, pueda ser postergada, dentro de ciertos recaudos, para más adelante (por ejemplo, porque se requieren estudios técnicos aún no cumplidos), o que mediante calificación por ley se reserven determinados inmuebles para obras o planes de ejecución diferida (ley 21.499, art. 34).

c) La expropiación es siempre unilateral, resulta de la decisión exclusiva e irrevisible del Estado, trasuntada en la ley respectiva, que sólo podría ser atacada por manifiesta y grave arbitrariedad, pero nunca con relación a su oportunidad, mérito y conveniencia. Por ello, la voluntad del expropiado en ningún caso concurre o tiene influencia en la formación o estructuración del acto de expropiación, ni siquiera en los casos de la llamada cesión amistosa o avenimiento, ya que en esos supuestos la declaración de utilidad pública respecto del bien de que se trate, y por ende su sujeción a expropiación, ya existen, con todos sus efectos. El avenimiento, en efecto, sólo influye en cuanto a la indemnización y al modo de determinarla.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que afectado el inmueble por causa de utilidad pública, la decisión de enajenarlo ya no es voluntaria sino forzosa, y la voluntad del sujeto expropiado es irrelevante frente a la decisión estatal[32].

La expropiación es un medio de carácter real, no se ejercita contra la persona del propietario, sino contra un bien de su patrimonio, con el fin de obtener su propiedad. Es, pues, el objeto expropiado, y no el sujeto expropiado, lo que tiene en mira la acción expropiatoria, aun cuando, por razones obvias, ella debe dirigirse contra el sujeto propietario, como titular del derecho de dominio.

8.7 Los sujetos en la expropiación

La relación expropiatoria se establece entre dos sujetos: uno, el sujeto activo o expropiante; el otro, el sujeto pasivo o expropiado.

8.7.1 El sujeto activo o expropiante

Al tratar del sujeto activo, conviene comenzar por hacer referencia a la cuestión atinente a determinar a quién corresponde legislar en materia de expropiación pública, según nuestro ordenamiento constitucional. Esta potestad es una de aquellas que las provincias se han reservado, por tratarse de un poder no conferido al gobierno federal. En consecuencia, las provincias pueden dictar sus propias leyes de expropiación, como lo han hecho, con la única restricción de ceñirse a los principios consagrados en la materia por el art. 17 de la Constitución nacional. La Nación, por su parte, también puede hacerlo, como efectivamente ha ocurrido, para

[32] CSJN, 9/06/1988, "Francisco Emilio Russo y otro v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 311:977.

aquellos casos que le corresponden, conforme a la distribución constitucional de atribuciones y de poderes.

Dicho esto, cabe observar, con respecto al sujeto activo o expropiante, que pueden señalarse tres momentos o etapas que dan lugar a la actuación de distintos órganos o personas: *a*) la declaración de la utilidad pública, que da lugar a la expropiación; *b)* la ejecución en sí del procedimiento expropiatorio; y *c*) la recepción del bien expropiado por quien habrá de utilizarlo, a los fines del interés público comprometido.

La diversidad de órganos o personas que puedan actuar, no altera la unidad del sujeto activo, que será siempre uno solo y exclusivo: el Estado, pues será de él de quien emanará la potestad de expropiar, sea la Nación o las provincias.

La declaración de utilidad pública debe ser, inexcusablemente, hecha por ley formal, y, por tanto, corresponderá al órgano legislativo respectivo, el Congreso nacional o las legislaturas de las provincias. Ello no impide que la iniciativa de expropiar pueda provenir, en los hechos, de cualquier órgano público, sea cual fuere el Poder al cual pertenezca.

La ejecución del procedimiento expropiatorio, hecha la calificación por ley, corresponde a los órganos administrativos, que habrán de llevarla a cabo y concretarla.

El beneficiario de la expropiación, finalmente, puede ser el mismo Estado, *lato sensu*, que incorpora el bien expropiado a su patrimonio, o incluso una persona privada, física o jurídica, siempre que ésta sea la que debe realizar o cumplir la finalidad de utilidad pública que fundó la expropiación.

Además de la Nación y de las provincias, que actúan como sujetos activos originarios, pueden llevar adelante una expropiación otros sujetos activos derivados, como las municipalidades (téngase en cuenta, no obstante, lo dicho al tratar la autonomía municipal en la reforma constitucional de 1994) y las entidades autárquicas o las empresas del Estado, siempre que estuvieren facultados para ello por sus leyes orgánicas o específicas, o por otras leyes especiales.

Finalmente, los particulares, sean personas de existencia visible o jurídica, también pueden actuar como expropiantes, si estuvieren autorizados por ley formal o por actos administrativos fundados en ley, como ocurre en los casos de los concesionarios de servicios o de obras públicas [Ver, por ejemplo, el Decreto N° 999/92, que aprobó el reglamento administrativo regulatorio de los distintos aspectos de los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales de competencia de Obras Sanitarias de la Nación, que en su artículo 17 inciso r) establece, entre las facultades y obligaciones del Ente Regulador, la de aprobar, a pedido del concesionario, aquellos bienes que deban ser afectados a expropiación o servidumbre para la extensión de los servicios. Asimismo, en el artículo 24 inciso i) enumera, entre las atribuciones del Directorio del órgano de control, la de aprobar las gestiones y actividades que realice el concesionario cuando actúe como sujeto expropiante, en los términos de las leyes 13.577 y 21.499. En este orden de ideas se inscribe también el artículo 29 inciso d) del mencionado decreto, que faculta al concesionario a actuar como sujeto expropiante en los términos del artículo 2° de la ley 21.499 y 58 de la ley 13.577, sin perjuicio de que previamente deba requerir la aprobación del Ente Regulador]. En este caso, al igual que en el anterior, existe una delegación de la potestad originaria del Estado –Nación o provincias-, sin la cual estas entidades o personas no podrían aparecer como sujeto activo expropiante, pero ese carácter no las faculta a esas personas a calificar la utilidad pública, cuestión que siempre debe quedar reservada al órgano legislativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la posibilidad de que determinados particulares actúen como sujetos expropiantes[33].

Por último, y con respecto a si los gobiernos *de facto* pueden disponer expropiaciones, la respuesta no puede ser sino afirmativa, en cuanto éstos aparecen como tomando a su cargo, en este aspecto, la gestión de las necesidades e intereses públicos, que no admiten dilación.

8.7.2 El sujeto pasivo o expropiado

El sujeto pasivo de la expropiación es el titular de la propiedad del bien objeto de la expropiación, que ha sido declarado de utilidad pública.

Si las exigencias del interés público son amplísimas y prácticamente ilimitadas, va de suyo que cualquier propietario de un bien que sea requerido por causas de interés público, podrá aparecer como sujeto expropiado, soportando la expropiación.

[33] CSJN, 18/02/1908, “Ferrocarril Central Córdoba, extensión a Buenos Aires”, Fallos: 108:269.

Es por ello que se concluye que cualquier persona física o jurídica privada, cualquier administrado, y cualquier persona pública, sea estatal o no estatal, pueden ser sujetos pasivos. El Estado nacional, de tal modo, puede expropiar en las provincias, e incluso se ha aceptado, aunque con ciertas reservas, que una provincia puede llegar a expropiar un bien del dominio de la Nación, que aparecerá así como sujeto pasivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió que una provincia actúe como sujeto expropiante frente al Estado Nacional[34].

No existen, pues, límites y restricciones respecto de quién puede ser el sujeto expropiado de una expropiación, como no existe límite respecto de los bienes que pueden ser calificados de utilidad pública y sometidos a expropiación.

8.8 El objeto expropiable

Para precisar debidamente qué es lo que puede ser objeto de expropiación, debe comenzarse por determinar cuál es el sentido y alcance que dentro de nuestra Constitución nacional tiene el vocablo "propiedad", puesto que es esa propiedad la que según el art. 17 es inviolable, y sólo cede frente a una expropiación por causa de utilidad pública calificada por ley y previamente indemnizada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado, con exacto sentido, las previsiones constitucionales existentes en esta materia, y así ha dicho que el vocablo "propiedad", "cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o de otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad"[35].

Es esa propiedad, así entendida, que se refiere a todos los derechos de cualquier clase que sean susceptibles de valor o apreciación económica, y de la que quedan excluidos los derechos de la personalidad –que como tales están fuera del comercio- la que puede ser objeto de expropiación. Ni la Constitución, ni consiguientemente la ley establecen límite o restricción alguna al respecto.

En consecuencia, la expropiación puede dirigirse contra bienes inmuebles, muebles, semovientes, derechos, bienes incorporales, universalidades, etc.

La expropiación puede alcanzar tanto los bienes necesarios para la satisfacción de la utilidad pública que le da lugar, como los que resulten convenientes al logro de ese objeto.

Esta situación se suele plantear con la expropiación de ciertos inmuebles, pues puede comprender no sólo la extensión que concretamente se requiera para la realización de la obra que la impone, sino también la de los terrenos adyacentes, ya sea para extraer de ellos materiales que deben ser utilizados en la construcción, comúnmente llamados "préstamos", ya sea para venderlos y destinar los fondos obtenidos a solventar la obra a ejecutarse. Tal criterio se funda en que esas mayores extensiones deben responder al propósito de facilitar la obra, y nunca al acrecentamiento general del erario público[36].

En cambio, la llamada expropiación por "plusvalía", es decir, porque los inmuebles colindantes con una obra pública hayan adquirido un mayor valor por razón de ésta, no resulta ni procedente ni admisible, pues no sólo no existiría en ella una verdadera utilidad pública, sino porque, además, sería manifiestamente injusta.

Respecto de la expropiación parcial de bienes inmuebles, sólo procedería si la expropiación dejara en poder del propietario expropiado un remanente al cual pudiera dársele un destino útil, y que no requiera trabajo o inversiones considerables para mantener su empleo productivo. En caso contrario, el expropiado tendrá el derecho de exigir que la expropiación comprenda la totalidad de su propiedad (ley 21.499, art. 8°).

Un caso especial es el de los edificios que han sido sometidos al régimen de la propiedad horizontal. En este supuesto, la expropiación parcial –por ejemplo, de un solo departamento de un

[34] CSJN, 15/07/2003, "Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional s/ expropiación", Fallos: 326:2443.

[35] CSJN, 1925, "Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital", Fallos: 145:307; CSJN, 1926, "Devoto, Tomás y Compañía c/ Ferrocarril Central de Buenos Aires sobre devolución de dinero", Fallos: 147:5.

[36] CSJN, 1867, "Procurador Fiscal de Santa Fe c/ Hué, Francisco", Fallos: 4:311; CSJN, 1868, "Procurador Fiscal de la Provincia de Santa Fe c/ Señorans, Esteban y otro", Fallos: 6:67; para volver finalmente a ese mismo temperamento en CSJN, 1900, "Casado Carlos c/ Bombal José Mario", Fallos: 85:303; CSJN, 1901, "Gibbs, Jorge c/ la Provincia de Mendoza", Fallos: 93:219, el cual se ha mantenido.

piso en el cual existen varios- sería factible si ella no afecta la estructura arquitectónica del resto, su aptitud funcional, no los haga indisponibles, o imponga restricciones o limitaciones que signifiquen una lesión al derecho de propiedad de sus dueños.

Se ha considerado, igualmente, que la expropiación de un inmueble por capas horizontales es procedente, por ejemplo cuando recae sobre el subsuelo, ya sea en su parte sólida, o fluida, sin afectar la superficie, o sobre el espacio aéreo, en iguales condiciones.

Los bienes del Estado, sean tanto de la Nación como de las provincias, pueden ser objeto de expropiación, siendo indiferente que ellos integren su dominio público o privado.

Si bien la expropiación de la Nación en las provincias ha sido controvertida, la posición predominante actualmente es la que admite esa posibilidad, la cual ha sido, incluso, reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[37].

En cambio, la facultad de las provincias para expropiar bienes de la Nación, que estén dentro de su jurisdicción, debe considerarse excepcional, y reducida a aquellos supuestos en que la expropiación resulte vital para la provincia y para su subsistencia como tal, ya que es evidente que éstas retienen su derecho a mantenerse y continuar existiendo institucionalmente (Marienhoff).

La expropiación, en relación con el objeto, puede ser tanto genérica como específica, si bien lo más frecuente es que reúna este último carácter, lo que ocurre cuando tiene lugar la individualización del bien declarado de utilidad pública.

Pero también puede ocurrir que la ley simplemente declare la causa de utilidad pública, defiriendo al poder administrador la determinación concreta de cuáles serán los bienes que quedarán comprendidos en la expropiación. En este caso, que es el de la expropiación genérica, es conveniente que se prevean las garantías necesarias para que la indeterminación inicial del objeto expropiado no pueda llegar a traducirse en una irrazonable extensión de la expropiación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la expropiación genérica[38].

Se discute aún doctrinalmente si es posible la expropiación de los edificios de las embajadas extranjeras, que sólo procedería cuando media avenimiento con el Estado titular; así como si es factible la de los cadáveres de seres humanos, cuando razones de utilidad pública la impongan.

8.9 La calificación de utilidad pública

Nuestra Constitución nacional, en su ya citado art. 17, sujeta la expropiación por causa de utilidad pública, a dos condiciones o requisitos esenciales, a saber: 1) la calificación de esa utilidad pública, efectuada por el poder legislativo correspondiente; y 2) la existencia de una indemnización previa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la declaración de utilidad pública es la causa de la expropiación, por lo que suprimida aquélla, quedan sin sustento los actos derivados de ésta[39].

Asimismo, el alto tribunal ha considerado que la declaración por el Estado de que un inmueble está sujeto a expropiación no crea un derecho a favor del propietario para obligar a aquél a hacerla efectiva, pues es potestad del expropiante elegir el momento para ello salvo que medie ocupación del inmueble, privación de uso o restricción de dominio[40].

La noción de utilidad pública no tiene un significado estático y fijo, sino que aparece, al contrario, como esencialmente dinámico y variable en el lugar y en el tiempo. Por ello, se ha dicho que se trata de un concepto contingente, circunstancial (Bielsa).

Es por eso que los constituyentes, como resguardo suficiente para precisar cuándo existe tal utilidad pública, previeron que su calificación correspondía, en cada caso, al órgano legislativo, que recogería las ideas existentes al respecto en cada momento en que deba disponerse una expropiación.

---

[37] Ver CSJN, 1908, "Compañía General de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires c/ Gregoria M. Busto de Silva s/ Expropiación", Fallos: 108:240; CSJN, 1918, "Empresa del Ferrocarril del Sud c/ Municipalidad de La Plata", Fallos: 128:62.

[38] Así lo declaró en: CSJN, 1927, "Ferrocarriles del Estado c/ Vidal, Carmelo V", Fallos: 150:354; CSJN, 1939, "Dir. Nac. de Vialidad c/ Badaraco y Bottaro", Fallos: 183:88.

[39] CSJN, 12/04/1994, "Eolo Margaroli y otro v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 317:381.

[40] CSJN, 13/05/1997, "SIDEMA", Fallos: 320:934.

La ley 21.499 ha innovado, justamente, en esta materia, al establecer en su art. 1, y dentro del encuadre constitucional, que 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 o espiritual.

Se ha destacado que la caracterización de la utilidad pública, sobre la base de la doctrina social de la Iglesia, es ponderable, y permite una adecuada y amplia valoración de tal utilidad.

La calificación de utilidad pública, como queda dicho, corresponde al Congreso nacional, con relación a la Nación, y a las legislaturas, con relación a las provincias, según que la utilidad pública pertenezca a la primera o a las segundas, según la distribución de poderes y facultades que resulta de la Constitución nacional. La potestad de las provincias, en este aspecto, ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[41].

La posibilidad de que la calificación referida pueda ser genérica o específica, ya ha sido tratada al considerar lo atinente al objeto de la expropiación, por lo que resulta innecesario repetir aquí lo dicho.

El órgano legislativo, como es natural, tiene la más amplia capacidad para determinar si en un caso se dan o no las causas que justifiquen la calificación de utilidad pública, y así declararlo mediante la sanción de la ley pertinente.

¿Cabe algún tipo de revisión judicial, respecto de una declaración calificante de utilidad pública ya efectuada?

La doctrina, y en especial la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, han sufrido vaivenes, que han ido desde la no judicialidad de la calificación por ley de la utilidad pública, hasta una judicialidad bastante amplia. En definitiva, se ha abierto camino y asentado la opinión de que tales actos del órgano legislativo sólo son judicialmente revisables cuando en ellos se advierta, por ser evidente, arbitrariedad manifiesta, o vulneración grave de las finalidades constitucionales, o sea, cuando de manera grosera es innegable que no se dan, en el caso, ninguno de los supuestos de utilidad pública queridos por la Constitución nacional, sino otros de orden distinto, y que no se refieren ni se vinculan con el interés público. La prerrogativa legislativa, en efecto, no es absoluta ni ilimitada, ni menos aún puede ser arbitraria (Bielsa)[42].

El expropiado, en tales casos, dispondrá de una acción judicial para controlar el acto legislativo, que en esos supuestos sería inconstitucional, en cuyo curso podrá demostrar la inexistencia de la utilidad pública, invocada en la ley.

La impugnación judicial aludida puede plantearse antes o durante la tramitación del juicio de expropiación. Si surgiera con posterioridad a su conclusión, el expropiado deberá recurrir a la retrocesión.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde consignar que la Corte ha afirmado que el expropiado no puede oponerse a la declaración de utilidad pública, reconociéndole el derecho a que su patrimonio no sea gravado más allá de lo que consienta la igualdad ante las cargas públicas[43].

8.10 La indemnización previa

Se dice, con razón, que la determinación de la indemnización que se debe abonar al expropiado constituye el tema que mayores problemas plantea en esta materia, lo cual resulta no sólo de las cuestiones de índole económico-financiera que deben resolverse, sino también del hecho concurrente de que la adquisición del dominio del bien expropiado debe corresponderse con el pago que se hace al antiguo propietario, el que debe ser de una índole tal que su patrimonio quede sin daño, es decir, indemne.

La indemnización, ha dicho el Alto Tribunal, es la condición de legitimidad del poder expropiatorio del Estado[44].

La indemnización, en efecto, y como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe restituir integralmente al propietario el mismo valor económico del cual se lo priva y cubrir, además, los daños y perjuicios que son consecuencia de la expropiación[45].

---

[41] CSJN, 1903, "Argüello, Miguel c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 97:408; CSJN, 1906, "Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta", Fallos: 104:247.
[42] CSJN, 1961, "Nación c/ Ferrario, Jorge J.", Fallos: 251:246.
[43] CSJN, 05/04/1995, "Servicio Nacional de Parques Nacionales v. Franzini", Fallos: 318:445.
[44] CSJN, 05/04/1995, "Servicio Nacional de Parques Nacionales v. Franzini", Fallos: 318:445.

Existe consenso casi general en el sentido de que la indemnización, en la expropiación, no constituye un "precio" con el que se paga la adquisición del bien expropiado, sino que su naturaleza jurídica es la de un resarcimiento de los daños patrimoniales sufridos por el propietario, por motivos que son de utilidad pública, y que no tiene por qué soportar. Es, pues, una verdadera indemnización.

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, con remisión al dictamen del Procurador General, que la indemnización expropiatoria no es una obligación dineraria sino de valor[46].

Por ello, si esa indemnización debe ser previa a la desposesión, por expreso mandato constitucional, de nuestra carta fundamental fluye también, de manera implícita, que la indemnización debe ser, además, justa, ya que si no reuniera esta condición no sería, con propiedad, una real indemnización.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que la indemnización debe ser previa y que, como consecuencia de ello, las normas que asignan carácter meramente declaratorio a las sentencias dictadas contra el Estado, no alcanza a aquellas que tienen lugar en un juicio de expropiación, toda vez que su aplicación sería inconciliable con la exigencia constitucional de pago previo de la indemnización debida al expropiado[47].

En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de artículos de constituciones provinciales y sus respectivas reglamentaciones en tanto establecían un sistema especial de ejecución a favor de la provincia que demoraba el cobro de la indemnización expropiatoria en violación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Nacional[48].

Asimismo, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal menciona como caracteres de la indemnización expropiatoria su condición de previa, justa, actual e íntegra. Estos caracteres impiden, salvo conformidad del expropiado, que la indemnización sea en especie o mediante títulos, bonos o papeles de crédito público[49]. En esta misma línea, la Corte expresó que los honorarios regulados a favor de la demandada, contraparte del Estado en una expropiación, no están comprendidos en las disposiciones de la ley 23.982, en tanto la obligación principal no es consolidable[50].

Se reconoce que la indemnización debe comprender el valor objetivo del bien expropiado, los daños sufridos por el propietario que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, la depreciación monetaria y los intereses. Así lo establece la mayoría de las legislaciones, como ocurre con nuestra ley 21.499.

Por lo general, no se consideran indemnizables las circunstancias de carácter puramente personal, los valores afectivos, las ganancias hipotéticas, el mayor valor que adquirirá el bien expropiado con la construcción de la obra a la cual será destinado, y el lucro cesante.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de expedirse en el sentido de la improcedencia de la indemnización del mayor valor que adquiriría el bien expropiado a raíz de la acción estatal, manifestando que de lo contrario importaría no sólo un enriquecimiento por el aprovechamiento del mayor valor adquirido a consecuencia de la obra pública, sino lo que es más, un sensible empobrecimiento del Estado[51].

El valor objetivo del bien expropiado ha sido conceptualizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciendo que es lo que la cosa realmente vale para la generalidad, en el mercado de los bienes de esa especie, correspondiente al lugar de la expropiación y al tiempo de la desposesión[52]. Es, en consecuencia, el valor común o corriente que el bien tiene en el mercado, privado de aquellos factores personales o individuales que puedan incidir sobre él, y deformarlo.

También pueden encontrarse fallos de nuestro Máximo Tribunal que expresan que resultan de primordial importancia a fin de resolver la determinación del monto de la indemnización expropiatoria, las conclusiones del Tribunal de Tasaciones salvo que se evidencien hechos reveladores de error u omisión manifiesta en la determinación de los valores, ello en razón de la fuerza probatoria que supone la idoneidad técnica de sus integrantes, los elementos de convicción en que se funda y el grado de uniformidad con que se expidan[53].

Ese valor objetivo, por lo demás, debe ser actual, o sea, debe corresponder al tiempo en que se produzca la desposesión del propietario, criterio que es el más adecuado, puesto que se corresponde con el momento preciso en que se consuma la expropiación.

---

[45] CSJN, 1976, "Agros S.A. c/ Instituto Nacional de Prevención Sísmica", Fallos: 296:55.
[46] CSJN, 8/07/2003, "Agua y Energía Eléctrica S.E.", Fallos: 326:2329.
[47] CSJN, 15/05/1986, "Estado Nacional Argentino c/ S.A. Las Palmas del Chaco Austral s/ expropiación", Fallos: 308:778.
[48] CSJN, 27/09/1988, "Elida Pereyra Capdevila de Monferrán", Fallos: 311:2001.
[49] CSJN, 05/04/1995, "Servicio Nacional de Parques Nacionales v. Franzini", Fallos: 318:445.
[50] CSJN, 30/04/1996, "Dirección Nacional de Vialidad c. Cervecería y Maltería Quilmes", Fallos: 319:545.
[51] CSJN, 4/08/1988, "Lottero Papini S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ expropiación irregular", Fallos: 311:1310.
[52] CSJN, 1950, "Consejo Agrario Nacional c/ Mosso de Casale, Margarita", Fallos: 217:804.
[53] CSJN, 19/05/1992, "Entidad Binacional YACYRETA v. Provincia de Misiones", Fallos: 315:992.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de considerar justa a aquella indemnización que ofrezca al expropiado un valor equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características[54].

Con respecto a los daños producidos por ésta, ya se ha dicho que son indemnizables sólo los que son una consecuencia directa e inmediata de ésta, ligados por un nexo de causalidad que sea evidente e indiscutible. De cualquier manera, se tratará siempre de una cuestión de hecho, que deberá ser resuelta teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias propias de cada caso.

En épocas como la actual (el autor escribió en el año 1984), en que la moneda puede estar sujeta a fuertes y continuas variaciones, es indispensable que la indemnización tenga en cuenta la depreciación monetaria, ya que si así no lo hiciera, ésta dejaría de ser integral, pues iría alterándose con el solo correr del tiempo.

Esta cuestión dio origen a diversos criterios jurisprudenciales, sobre todo acerca de si era indispensable, para su procedencia, que mediara el requerimiento expreso del expropiado, pero la sanción de la ley 21.499 puso punto final, en el orden nacional, a tales divergencias, fijando un criterio legal que puede ser considerado, asimismo, como una pauta legal adecuada para aquellos casos en que falta una consideración normativa concreta sobre el tema.

La depreciación monetaria, que en definitiva quedará sometida al prudente arbitrio judicial, debe ser calculada sobre el valor de la indemnización completa y justa fijada, desde el momento en que fue establecida, y hasta el de su efectivo pago.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que el reconocimiento de la depreciación monetaria sobreviniente a la que tuvo en cuenta la sentencia no importa establecer una indemnización mayor a la concedida sino mantener constante su valor adquisitivo real[55].

Para mantener la integridad de la indemnización es que ésta no debe ser gravada con impuestos o tributos, y comprender, igualmente, los intereses que se devenguen, según el criterio legal o jurisprudencial aplicable.

Una cuestión que puede resultar importante, es la que se refiere a la indemnización de las mejoras introducidas por el propietario en el bien expropiado, luego de que éste haya sido afectado por la ley expropiatoria respectiva. Como esta cuestión podría originar abusos por parte del expropiado, se ha resuelto que sólo son indemnizables las mejoras que revistan el carácter de necesarias, es decir, aquellas que se hacen para evitar el deterioro o la pérdida del bien objeto de la expropiación. Las mejoras útiles o voluntarias no deben ser consideradas, y no generan indemnización.

La expropiación de establecimientos comerciales o industriales plantea el interrogante de si debe incluirse en la indemnización los llamados “valor llave” y “valor empresa en marcha”.

El “valor llave”, común en la transferencia de establecimientos de esa clase y que puede ser fijado de manera bastante simple, se acepta que debe formar parte de la indemnización, aun cuando la Corte Suprema ha negado su procedencia[56]. El “valor empresa en marcha”, en cambio, no se ha estimado admisible, por equipararselo a una ganancia hipotética[57]. Pensamos, no obstante, que se trata de un valor efectivo que debería ser comprendido en la indemnización, tal como se lo hace en la jurisprudencia federal de los Estados Unidos de Norteamérica.

La doctrina está dividida, en cambio, respecto de si la indemnización debe ser única, en relación con el bien expropiado, o múltiple, teniendo en cuenta el pago de tantas indemnizaciones como personas resulten gravadas por la expropiación. Parece más razonable el criterio de la multiplicidad, porque da lugar a que se comprendan y resuelvan todos los derechos afectados por la expropiación, en una sola instancia y en una misma causa, con mayor economía procesal, y mediante la aplicación de un criterio que sea al mismo tiempo uniforme e integrativo de las diversas situaciones que deban considerarse.

Es plausible que las leyes de expropiación, como lo ha hecho la ley 21.499, dispongan el pago de la indemnización en dinero efectivo, principio que sólo podría ser desplazado por el acuerdo entre el expropiante y el expropiado, y fijen, finalmente, un plazo de prescripción especial de la acción para demandar el pago de ella.

---

[54] CSJN, 12/04/1994, “Fructuoso Benítez y otra v. DNV”, Fallos: 317:377.
[55] CSJN, 8/09/1992, “Universidad Nacional de Rosario v. José Manuel Berretta Moreno y otros”, Fallos: 315:2053.
[56] CSJN, 5/08/1993, “Servando Menor y otros v. Entidad Binacional YACYRETA”, Fallos: 316:1756.
[57] CSJN, 17/04/1974, “Mosconi, Raul D. s/ testamentaria”, Fallos: 288:229; CSJN, 1958, “Grandío y Acosta, S.R.L. c/ Nación”, Fallos: 241:267; CSJN, 1958, “Musso, Eugenio Segundo c/ Nación”, Fallos: 242:254, CSJN, 1963, “Nación c/ Ferrocarriles y Elevadores Depietri S.A.”, Fallos: 256:232, aunque con votos en disidencia que lo declaran viable.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el medio de pago de la indemnización es el dinero toda vez que es oficialmente la medida de los valores. Sin embargo, aclaró que el pago en dinero no hace a la esencia de la indemnización, y por ello es posible que con la conformidad del expropiado esa reposición económica se realice en especie o se resuelva en una obligación de hacer[58].

8.11 El procedimiento expropiatorio

Sancionada la ley que califica de utilidad pública y sujeto a expropiación un bien determinado, o individualizado éste cuando se trata de una expropiación genérica, debe tener lugar un procedimiento en cuyo transcurso se determine y pague la indemnización justa que deba abonarse al expropiado, en forma previa a la desposesión y transferencia de la propiedad al expropiante.

La mayoría de las legislaciones que tratan la expropiación determinan y precisan, a veces de manera minuciosa, ese procedimiento, que debe tender a que se acrediten y cumplan los recaudos constitucionales que hacen procedente la expropiación, brindando al expropiado, con toda amplitud, las garantías del debido proceso adjetivo.

Es común, y más aún, es conveniente, que el procedimiento expropiatorio comprenda dos formas distintas: una extrajudicial y otra judicial.

La existencia de estas dos formas de procedimientos, que no contraría los preceptos constitucionales, no implica que en el avenimiento o acuerdo amistoso no exista expropiación, o se trate de dos maneras diferentes de ella. La expropiación existe siempre como algo único, como una decisión unilateral del Estado que se impone a los expropiados y que éstos deben soportar, la que se concreta por dos caminos procedimentales diferentes, pero que reconocen siempre un mismo origen: la expropiación, con todos sus caracteres y efectos.

El avenimiento o procedimiento extrajudicial ofrece amplias ventajas para ambas partes de la relación expropiatoria. Para el expropiante, porque le brinda la posibilidad de disponer en un tiempo sumamente breve del bien expropiado, sin las demoras y complicaciones de la vía judicial; para el expropiado, porque le permite hacerse rápidamente de la justa indemnización que le es debida y poder prever el reemplazo del bien de que es desposeído, si puede tener lugar, todo ello sin las contrariedades y pérdidas indirectas consecuencia de un procedimiento dilatado.

Dentro del avenimiento, el expropiante ofrece la indemnización que estima procedente, generalmente sobre la base de valores máximos tasados por organismos oficiales especiales que pueden cumplir ese cometido, con algún “plus” que determina la ley de expropiaciones; el expropiado podrá aceptar o rechazar tal indemnización. Si la acepta, la expropiación se concretará mediante el pago de la suma fijada, y la transferencia de la propiedad. Si no lo acepta, se abrirá entonces el procedimiento judicial, el cual se concretará, casi esencialmente, pero no exclusivamente, a la determinación del valor y monto de la indemnización.

El procedimiento judicial es legislado, por lo general, como un procedimiento especial, dentro del cual la certeza debe unirse a la celeridad, en el cual el expropiante aparece como actor, y el expropiado como demandado. La causa debe ser abierta a prueba, si existieren hechos controvertidos, y las partes producirán todas aquellas que estimen oportunas, figurando necesariamente las tasaciones o valorizaciones de los organismos oficiales que hayan sido creados para ese fin, como los tribunales de tasaciones u otros semejantes.

La sentencia fijará el monto de la indemnización y otorgará la posesión judicial del bien al expropiado, previo el cumplimiento de los recaudos para ello.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la expropiación queda perfeccionada una vez que se cumplen: a) la toma de posesión del bien; b) la transferencia de dominio dispuesta por sentencia firme; c) el pago de la indemnización[59].

Las leyes de expropiación, tanto nacional como provinciales, contienen normas de procedimiento que si bien coinciden en su fondo, presentan matices y diferencias, por lo que habrá de estarse a lo que cada una de ellas disponga, siendo innecesario efectuar aquí su comentario.

La ley 21.499 ha innovado, en el orden nacional, en este aspecto, solucionando muchas cuestiones que las leyes anteriores no habían resuelto, recogiendo la experiencia resultante de una larga evolución jurisprudencial, tal como se evidencia con su simple lectura.

---

[58] CSJN, 05/04/1995, “Servicio Nacional de Parques Nacionales v. Franzini”, Fallos: 318:445.
[59] CSJN, 29/04/2004, “De la Fuente de Suarez, Josefa”, Fallos: 327:1205.

El expropiante puede desistir de la acción expropiatoria, pendiente el procedimiento judicial, antes de que la expropiación haya quedado perfeccionada, debiendo ser entonces a su cargo el resarcimiento de los daños que pudieran haberse irrogado al expropiado, y que éste podrá demandar, así como el pago de las costas judiciales[60].

En este punto, corresponde consignar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que cuando se trata de resarcir los daños consecuentes del desistimiento del expropiante, debe verificarse si efectivamente se han producido y, en su caso, comprobar si éstos fueron una consecuencia directa e inmediata de la afectación y posterior desafectación del inmueble[61].

En verdad, no existe interés en que el Estado lleve adelante una expropiación que ya no desea o no necesita, y que de llevarse a cabo, sólo producirá perjuicios al expropiado que no son compensables, como el de los valores afectivos, pero tienen importancia para el propietario, sin que realmente exista una razón de interés público que obligue a que éste deba soportarlos.

8.12 El abandono de la expropiación

Puede ocurrir que dictada la ley formal que califica de utilidad pública y sujeto a expropiación un bien cualquiera, no se promueva el procedimiento para llevarlo a cabo, para concretarla. Esa inercia del expropiante, dentro de ciertas condiciones, por lo común legalmente previstas, constituye lo que en doctrina se denomina el "abandono" de la expropiación, pues aquél no actuar se entiende como una falta de voluntad del expropiante, en el sentido de llevar adelante la expropiación.

La ley 21.499, por ejemplo, en su art. 33, establece que "se entenderá por abandonada la expropiación, salvo disposición expresa de ley especial, 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 trate de bienes comprendidos dentro de una zona determinada, y de diez años cuando se trate de bienes comprendidos en una enumeración genérica".

Como también lo hace esa misma ley, es frecuente que se establezcan excepciones a la regla del abandono, entre las cuales se halla la relativa a la llamada "expropiación diferida", que consiste en la reserva de inmuebles para obras o planes de ejecución diferida, la cual, como toda expropiación, exige la calificación por ley formal que así la declare expresamente, estando sujeta a un procedimiento particular propio.

La expropiación diferida no da lugar a la desposesión del bien comprendido en ella, el cual continúa en poder de su propietario, que puede disponer de él libremente, aunque con ciertas limitaciones resultantes de la afectación legal.

El efecto directo del abandono de la expropiación es el de que, una vez transcurridos los plazos legales previstos, el desapoderamiento de los bienes incluidos en la ley expropiatoria resulta imposible. Tales bienes, de ese modo, dejan de ser expropiables.

Se ha discutido cuál es la forma más correcta para que el propietario original, en estos casos, pueda hacer reconocer por los terceros que su bien ha dejado de ser expropiable, de estar afectado por la expropiación. Una parte de la doctrina preconiza la sanción de una nueva ley formal, que derogue la ley expropiatoria; otra, en cambio, sostiene que basta con el dictado de un decreto del Poder Ejecutivo que declare configurado el abandono.

8.13 La retrocesión

Se ha reconocido que la causa de utilidad pública que da lugar a la expropiación, tiene una pretensión de vigencia que va más allá del desapoderamiento del expropiado y del perfeccionamiento de la expropiación, al punto de que pesa sobre el expropiante, constriñéndolo a cumplir la finalidad expropiatoria.

Cuando la causa de utilidad pública no se cumple, o se altera indebidamente, se manifiesta el derecho del expropiado a la retrocesión, también llamada "reventa", "readquisición", "reintegro", "retardo", "reversión", o "retroversión", y que constituye su derecho a exigir la

[60] CSJN, 02/10/1964, "Provincia de Salta c/ S.A. Inmobiliaria San Miguel", Fallos: 259:293.
[61] CSJN, 21/02/1989, "Dardo Rubén López v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 312:204.

devolución del bien que le fue expropiado, con la obligación correlativa de devolver al expropiante la indemnización que hubiera percibido.

Perfeccionada la expropiación, la retrocesión se mantiene como un derecho residual del expropiado, que se funda en que si la causa de utilidad pública no se cumple, no hay razón jurídica para que el antiguo propietario siga viéndose privado de la propiedad de la cual fue desposeído, justamente por aquella causa no cumplida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho, por ello, que la retrocesión vuelve las cosas al estado anterior al acto que originó el desapoderamiento[62], como si la expropiación no se hubiera llevado a cabo, como si no hubiera existido.

La fijación de la naturaleza jurídica de la retrocesión, así conceptualizada, ha dado lugar a que se debatan diferentes criterios. Algunos la consideran como una mera acción procesal (Dromi), mientras que otros, con mayor razón, la entienden un derecho de índole real administrativo, o una acción real administrativa (Cassagne), que no debe ser confundida con la pretensión procesal que se pone en movimiento con la formulación de la demanda respectiva, carácter que se confirma en cuanto se advierte que la figura del avenimiento también es admisible en esta materia.

Las leyes de expropiación suelen fijar los supuestos en que la retrocesión podrá tener lugar, regulando incluso su trámite, pero de manera general puede afirmarse que tiene cabida y es procedente en dos supuestos fundamentales: *a)* cuando al bien expropiado no se le da ningún destino, dentro de un plazo determinado, lo que constituye la frustración del destino de la expropiación; y *b*) cuando al bien expropiado se le da un destino que es distinto de aquél que originó la calificación de utilidad pública, lo que configura el cambio de destino de la expropiación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que, según la ley 21.499, la retrocesión sólo puede intentarse una vez perfeccionada la expropiación, es decir, después de operada la transferencia de dominio al expropiante mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización[63].

La frustración del destino, como fácilmente se comprende, se origina en la inacción total del expropiante, que no da al bien expropiado el uso o el empleo que imponía la utilidad pública que tenía que satisfacerse y originó la expropiación, ni tampoco ningún otro.

Es natural que el expropiante deba disponer de cierto tiempo para concretar la utilización del bien expropiado, por múltiples razones, y es por tal causa que las leyes de expropiación generalmente determinan que la retrocesión procede después de un plazo determinado de inactividad de aquél –en la ley 21.499, dos años desde el perfeccionamiento de la expropiación-, difiriéndose su fijación al arbitrio judicial, cuando faltan normas expresas de ese tipo.

El cambio de destino, por su parte, se produce cuando el bien expropiado se afecta al cumplimiento o satisfacción de una utilidad pública distinta de aquella que fue calificada en la ley expropiatoria, o lo que es aún más claro, a una finalidad que no es de utilidad pública.

En el primer caso, cabe tener en cuenta si la nueva finalidad en la cual se utiliza el bien expropiado guarda alguna relación, conexidad o vinculación con la que motivó la expropiación, pues si así ocurriera, la retrocesión no sería procedente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido, en ese sentido, que la retrocesión no es admisible cuando entre la finalidad de utilidad pública calificada por la ley y aquella a la que fue realmente afectado el bien expropiado, existe una estrecha vinculación, pues en ese caso no habría apartamiento de la finalidad que justifica la privación de la propiedad al sujeto expropiado[64].

El Alto Tribunal ha aceptado, asimismo, las denominadas expropiaciones no estatizantes[65] que sirven para operar transferencias patrimoniales en el sector de la economía privada (Oyhanarte).

Del mismo modo, se ha considerado que la retrocesión no procede cuando a una parte del bien expropiado se le asigne un destino que es complementario o tiende a integrar o facilitar el previsto por la ley expropiatoria (ley 21.499, art. 36), lo cual se comprende porque, en ese supuesto, no se altera sino que se facilita o asegura el mejor logro de la utilidad pública tenida en mira al expropiar.

---

[62] CSJN, 12/06/1968, "Ortega, J. y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ retrocesión", Fallos: 271:42.
[63] CSJN, 1/07/1997, "Garden, Jacobo Aarón y otros c/ MCBA s/ expropiación inversa", Fallos: 320:1263.
[64] CSJN, 1968, "Nación c/ Tonello, José y Angel.", Fallos: 272:88; 1970, "Gascón, Julio César y otro c/ Nación", Fallos: 277:192.
[65] CSJN, 1961, "Ferrario", Fallos: 251:246; CSJN, 1946, "Provincia de Tucumán", Fallos: 204:310.

Suele ocurrir que el bien expropiado, en ciertos casos, deja de estar afectado a la utilidad pública que motivó la expropiación, por la simple razón de que esa utilidad ha sido enteramente satisfecha, o ha dejado de presentarse como tal, por cuanto la necesidad o requerimiento a lograrse ha desaparecido, y por tanto no debe ser satisfecho más.

En estos supuestos, la finalidad de la expropiación ha quedado cumplida, y por ello es que el expropiante puede disponer del bien expropiado de la manera que mejor convenga, sin que el expropiado tenga derecho a exigir su retrocesión[66].

Si las causales que dan lugar a la retrocesión se produjeran sólo con relación a una parte del bien que ha sido expropiado, ella procederá sólo respecto de esa parte; en cambio, la pretensión del antiguo propietario no tendría cabida respecto de bienes que, por su naturaleza, han sido consumidos, sin cumplirse la finalidad expropiatoria, sin perjuicio de su derecho a ser compensado por los daños que esa situación le signifique.

Al igual que la expropiación, la retrocesión admite dos formas o maneras procedimentales para llevarla a cabo: la más tradicional es, por razones obvias, la judicial, pero ello no excluye que también pueda concretarse mediante un procedimiento administrativo, que finalizaría en un avenimiento o acuerdo.

Siendo admisible la retrocesión, por estar comprobadas y demostradas las causales que la hacen procedente, sus efectos directos son, por un lado, imponer al expropiante la obligación de devolver a su antiguo propietario el bien expropiado, libre de todo ocupante, cargas, gravámenes o servidumbres, dentro del plazo que corresponda o se fije a ese efecto; y por el otro, hacer recaer en el expropiado la obligación de reintegrar al expropiante la indemnización que hubiera percibido con motivo de la expropiación.

Se discute si dicha indemnización debe estar sujeta o no a las correcciones resultantes de la desvalorización monetaria, y en este sentido la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha sido oscilante y no muy convincente. Parece preferible, conforme a un criterio más actual y realista, aceptar la necesidad de la corrección por desvalorización monetaria, por la simple razón de que como se ha dicho en repetidas ocasiones, quien cumple una obligación a valores monetariamente actualizados no paga más, sino lo mismo, pero expresado con una cantidad diferente, de modo que si el expropiado no actualizara su indemnización, estaría en realidad devolviendo menos de lo que recibió, sin justa causa para ello, con prescindencia de que haya sido la conducta del expropiante la que originó la retrocesión.

La Ley 21499 previó en su artículo 42 que el reintegro de la indemnización en los casos de retrocesión debe efectuarse con la actualización correspondiente, criterio acertado según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues la restitución nominal de las sumas "otrora" abonadas y percibidas por la expropiada importa un enriquecimiento sin causa en cabeza del expropiado[67].

Como es natural, si el bien expropiado, mientras estuvo en poder del expropiante, hubiera disminuido o aumentado su valor, esa disminución o incremento deberá reflejarse adecuadamente en el importe a reintegrar por el expropiado que intentó la retrocesión. Este no debe sufrir perjuicios, pero tampoco debe mejorar su situación con motivo de la retrocesión, sino que las cosas deben volver, razonablemente, al estado anterior a la expropiación.

Es conveniente que se determine, por medio de normas legales expresas, en qué plazos prescribe la acción para solicitar la retrocesión o gestionarla administrativamente. La aplicación de los principios existentes en materia de prescripción en el Código Civil no sólo no es propia, sino que ha originado numerosas discusiones, respecto de cuál es el plazo que debe aplicarse. La ley 21.499 ha previsto en su art. 50 esta cuestión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la prescripción de la acción de retrocesión una vez transcurrido el plazo establecido en el art. 50 de la ley 21.499 (tres años)[68].

8.14 La expropiación indirecta o irregular

La expropiación irregular, también llamada indirecta o inversa, es la que tiene lugar cuando el propietario del bien que ha sido calificado de utilidad pública mediante la sanción de la

[66] CSJN, 1966, "Colombo de Colombo, Rosa, y otras c/ Transportes de Buenos Aires en liquidación u otro", Fallos: 266:193; CSJN, 1968, "Nación c/ Tonello, José y Angel", Fallos: 272:88; 1970, "Gascón, Julio César y otro c/ Nación", Fallos: 277:192.
[67] CSJN, 14/06/1988, "Osvaldo Farina v. Municipalidad de Buenos Aires", Fallos: 311:989.
[68] CSJN, 29/04/2004, "De la Fuente de Suarez, Josefa", Fallos: 327:1205.

ley formal respectiva, acciona a fin de que el expropiante ejecute la expropiación dispuesta y le pague la indemnización correspondiente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que el objeto de la acción de expropiación irregular es lograr del Estado que ha dispuesto por ley la expropiación del bien, cuyo dominio restringe, la ejecución normal de aquélla al no haberse iniciado, por parte del expropiante, el procedimiento directo[69].

En la expropiación irregular, como se advierte, los roles procesales se trastruecan, se invierten, de manera que el expropiante deviene demandado, y el expropiado actor. De ahí la preferencia que se ha dado a la denominación de "inversa" con que se la conoce y designa en muchas leyes de expropiación.

De cualquier manera, cabe tener presente que en esta materia, y para que proceda la expropiación irregular, es requisito inexcusable que exista la calificación de utilidad pública del bien de que se trate, por sanción de la ley formal pertinente que así lo disponga, dictada por el órgano legislativo correspondiente. Ello es así, porque dentro de nuestro ordenamiento constitucional no existe ninguna forma posible de expropiación, si una ley de esa clase no ha sido sancionada. La expropiación irregular, de tal modo, simplemente concurre a lograr que el designio legislativo se concrete, con respecto a todas las demás condiciones que son inherentes a la expropiación, entre ellas el pago de la indemnización a que haya lugar.

Los supuestos en que puede tener lugar la expropiación irregular son, de manera general, los siguientes:

a) cuando el bien declarado de utilidad pública y sujeto a expropiación, es tomado por el expropiante sin haber pagado previamente la indemnización debida;

b) cuando el bien declarado de utilidad pública y sujeto a expropiación –por lo común cosas muebles o inmuebles- con motivo de la sanción de la ley expropiatoria, y sin que medien hechos o actos del expropiante, queda en una situación de evidente dificultad o impedimento para que su propietario pueda disponer de él de manera normal; y

c) cuando el Estado, *lato sensu*, imponga respecto del bien declarado de utilidad pública y sujeto a expropiación, limitaciones al derecho de propiedad de su dueño. Como ejemplo de este tipo de situaciones se cita la reserva formulada por la Municipalidad, al solicitársele permiso para edificar, de que no se indemnizarán al propietario las mejoras introducidas en el bien con posterioridad a la sanción de la ley expropiatoria[70].

Las reglas de procedimiento que rigen respecto de la expropiación regular tienen aplicación en relación con la expropiación irregular, excepto en aquellos aspectos que sean especialmente propios de esta última, que se refieran a la persona del expropiante, o sean expresamente excluidos o modificados por normas específicas de la expropiación irregular.

Con relación a la prescripción de la acción para demandar la expropiación irregular, es también conveniente que para evitar discusiones doctrinales o diferentes criterios jurisprudenciales, esta cuestión esté expresamente prevista en el ordenamiento legal aplicable. Así lo ha hecho, por ejemplo, la ley 21.499, que en su art. 56 dispone que dicha acción prescribe a los cinco años, contados desde la fecha en que tuvieron lugar los hechos o actos que pueden darle causa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido sobre este punto que el plazo extintivo al que se pretenda sujetar la acción expropiatoria irregular sólo debe comenzar a computarse una vez cumplidos los requisitos previstos en el artículo 17 de la Constitución Nacional[71]. Y en ese orden de ideas declaró la inconstitucionalidad del artículo 56 de la ley 21.499 en un caso en que se no se había efectuado el pago previo de la indemnización, pues lo contrario, sostuvo, implicaría la transferencia de bienes al Estado sin la correspondiente indemnización que prescribe el artículo 17 de la Constitución Nacional, lesionando el derecho de propiedad amparado por esa norma[72].

Sin perjuicio de ello, nuestro Máximo Tribunal de justicia sostuvo que las acciones tendientes a lograr la transferencia de los lotes del Estado por la vía extrajudicial de la compra directa (avenimiento), por más que sean infructuosas, surten efecto interruptivo de la prescripción, por aplicación analógica del artículo 3986 del Código Civil[73].

8.15 La ocupación temporánea

[69] CSJN, 9/06/1988, "Francisco Emilio Russo y otro v. MCBA", Fallos: 311:977.
[70] CSJN, 1954, "Steier de Montdor, Laura, y otros c/ Municip. de la Ciudad de Bs Aires", Fallos: 230:57.
[71] CSJN, 27/05/2004, "Staudt, Juan Pedro Guillermo c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires", Fallos: 327:1706.
[72] CSJN, 1/07/1997, "Garden, Jacobo Aarón y otros c/ MCBA s/ expropiación inversa", Fallos: 320:1263.
[73] CSJN, 03/10/1989, "Heriberto Normando Rego v. Dirección Nacional de Vialidad, Fallos: 312:1868.

Un interesante instituto que había sido considerado doctrinalmente, y que ahora ha introducido en el orden federal la ley 21.499, es el de la "ocupación temporánea", que había sido ya incluido por ciertas leyes provinciales, como las de Santa Fe y Mendoza.

La ocupación temporánea, también llamada "temporal" o "temporaria", en su concepto más amplio, se produce cuando por razones de utilidad pública, el Estado *lato sensu*, imponiendo una limitación al dominio, sustrae al propietario de un bien cualquiera su uso y goce, en forma transitoria (Maiorano).

Ocurre que no siempre el Estado tendrá la necesidad de adquirir la propiedad de un bien para satisfacer una necesidad de interés público, sino que en muchos casos sólo le bastará con tener ese uso y goce durante un tiempo determinado. En tales supuestos, sería excesivo o contraproducente privar definitivamente a un propietario de su propiedad, causando un perjuicio jurídico inútil; la ocupación temporánea brinda el medio idóneo para que la utilidad pública sea cumplida, sin lesionar enteramente el derecho de propiedad del titular del bien de que se trate. Transcurrido el lapso fijado para la ocupación temporánea, y cesada ésta, el propietario readquirirá el uso y goce de su propiedad, que continuará siendo tal, en plenitud.

En este aspecto, se ha expresado que si bien en la figura de la ocupación temporánea no se produce el sacrificio máximo que caracteriza a la expropiación, de todos modos se configura una restricción que recae no sólo sobre lo absoluto sino también sobre el carácter exclusivo de la propiedad y, durante cierto lapso, el dueño pierde el uso y disfrute de la cosa, lo cual importa la real desmembración del derecho de dominio que merece resarcimiento[74].

Fácilmente se comprenden las diferencias que existen entre la ocupación temporánea y las restricciones y servidumbres administrativas, e incluso con la expropiación, por lo que sería superfluo referirse a ellas.

La naturaleza jurídica de la ocupación temporánea, en cambio, ha dado lugar a que se formalicen criterios distintos, y así, mientras que ciertos autores la consideran una locación forzosa, otros –con más fundamento- la califican como un derecho real administrativo.

Si bien la existencia de la ocupación temporánea requiere la concurrencia de una utilidad pública y la indemnización al propietario del bien objeto de ocupación, el tratamiento legislativo de ambas condiciones pone de relieve la existencia de distingos que merecen ser destacados.

La ley 21.499, por ejemplo, diferencia dos formas de ocupación temporánea: una, la anormal; y otra, la normal.

La ocupación temporánea anormal es la que se dispone en razón de una utilidad pública que implica una necesidad urgente, imperiosa o súbita, que no admite dilación. Por tal causa, esta forma de ocupación temporánea no necesita la calificación de utilidad pública por ley formal, sino que puede ser dispuesta y ejecutada directamente por la autoridad administrativa, sin ningún tipo de intervención judicial. Como su duración está limitada al tiempo estrictamente indispensable para satisfacer la necesidad de que se trate, el cual, por principio, se supone breve, no genera tampoco derecho a indemnización a favor del propietario ocupado, excepto la reparación de los daños o deterioros que se hayan ocasionado al bien ocupado, o resulten de la ocupación.

La ocupación temporánea normal, al contrario, se funda en una necesidad que no es urgente, ni imperiosa ni súbita, ni inminente, sino posible de prever y contemplar adecuadamente. En consecuencia, esta forma de ocupación requiere que su finalidad de utilidad pública sea previamente calificada por ley formal, al igual que en la expropiación, genera derecho a indemnización a favor del propietario ocupado, y su duración puede ser prolongada, fijándola la ley 21.499 como máximo en dos años. Por lo demás, el ocupante no puede alterar, durante la ocupación, la sustancia, calidad o condición del bien ocupado.

El procedimiento para ejecutar y cumplir la ocupación temporánea normal puede ser tanto la vía del avenimiento, por acuerdo de partes, como la instancia judicial correspondiente.

Se ha criticado a la ley 21.499 el hecho de que haya excluido la indemnización del propietario ocupado en la ocupación temporánea anormal, destacando principalmente que ésta puede ser prolongada e importar serias limitaciones al propietario. Por encima de todos los argumentos que se han esgrimido para sustentar la constitucionalidad de esa previsión legal, se debe tener en cuenta que esa forma de ocupación, dentro del espíritu de la ley citada, debe ser siempre muy breve, de duración muy limitada. Pero si durante la ocupación anormal se previera o se adquiriera el convencimiento de la necesidad de una ocupación temporánea extendida en el tiempo, el ocupante debe comenzar inmediatamente a ejecutar una ocupación temporal normal,

[74] Dictamen del Procurador General en CSJN, 15/06/2004, "Calas, Jorge K. c. Estado Nacional", Fallos: 327:2264.

pues la condición de urgencia e inmediatez, que da origen a la inmediata y directa ocupación del bien, no es suficiente para sustentar su extensión temporal.

Es cierto que hubiera sido preferible prever algún sistema legal para evitar esos inconvenientes, pero lo dicho surge del texto y del fundamento de las disposiciones sancionadas.

Si la ocupación temporánea se extendiere más allá del plazo máximo fijado por la ley, el propietario ocupado, luego de demandar la devolución del bien afectado, tendría derecho a demandar su expropiación inversa.

Se acepta que la ocupación temporánea, en sus dos formas, puede recaer respecto de cualquiera de los bienes que pueden ser objeto de expropiación.

Finalmente, cabe destacar que la indemnización, en la ocupación temporánea normal, o en la anormal cuando esté prevista legalmente, no tiene por qué ser previa a la ocupación. Al contrario, pueden darse circunstancias o condiciones que hagan conveniente que, partiendo de un importe inicial prudencialmente fijado, se lo vaya actualizando o regulando en el tiempo, efectuando pagos sucesivos. Lo importante, en ese caso, es que el propietario reciba la correcta compensación que le corresponde, antes y luego de la ocupación.

No obstante, se ha sostenido que el resarcimiento acordado en los casos de ocupación temporánea no constituye un simple crédito del actor frente al Estado Nacional, sino que tiene el mismo carácter jurídico que la indemnización expropiatoria[75].

La ocupación temporánea puede dar lugar a dos tipos de acciones, que el propietario ocupado podrá deducir: una, para obtener el reintegro de su bien, libre de ocupación, una vez que la ocupación temporánea deba cesar; la otra, la requerida para obtener el cobro de la indemnización debida.

Es prudente, como lo ha hecho la ley 21.499, que se prevea el tiempo de prescripción de dichas acciones. En efecto, la citada norma dispuso que la acción del propietario del bien ocupado para exigir el pago de la indemnización prescribe a los cinco años computados desde que el ocupante tomó la posesión del bien (art. 69). El mismo plazo estableció para la acción del propietario del bien tendiente a requerir su devolución; aunque en este caso el plazo comienza desde que el ocupante debió restituir el bien (art. 70).

9. Las requisiciones

La requisición, también llamada “requisa”, es el acto del Estado, *lato sensu*, en cuya virtud éste impone al propietario de un bien, en forma coactiva, la necesidad de transferirle la propiedad o el uso y goce de ese bien, a efecto de satisfacer necesidades o requerimientos de utilidad pública, reconociéndole al mismo tiempo el derecho a una justa indemnización. La requisición, además, puede extenderse a la prestación de servicios personales por parte de los particulares.

Las requisiciones, en sus orígenes, fueron el medio jurídico por el cual se lograba la atención de necesidades urgentes de la guerra, por lo cual aparecían como un procedimiento exclusivamente militar, que tenía por objeto, principalmente, la disposición de bienes muebles, y del cual se podía echar mano cuando existía el estado de guerra.

El artículo 34 de la ley de defensa nacional determina que en caso de guerra o ante su inminencia, el Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer requisiciones de servicio o de bienes, convocatorias y sus excepciones para satisfacer necesidades de la Defensa Nacional.

Posteriormente, se extendieron al ámbito civil, de modo que pudieron ser utilizadas para atender cualquier tipo de necesidades de utilidad pública, aun en tiempo de paz y normalidad, y no solamente por exigencias urgentes, sino también comunes. Del mismo modo, su objeto se extendió a cualquier clase de bienes o derechos, y a los servicios personales.

La requisición se diferencia de la expropiación y de la ocupación temporánea, especialmente por el hecho de que la primera es de aplicación general, pudiendo recaer sobre los bienes o los servicios de cualquier persona, en cuanto sirvan a los fines que le dé fundamento, estando referidas a bienes determinados o, al menos, determinables, y por ende a personas también precisadas, como son sus propietarios.

La requisición no es sino una especie o una forma de las limitaciones a la propiedad privada en interés público, y ésa es su naturaleza jurídica (Marienhoff), revistiendo la misma categoría jurídica que la expropiación, a la cual se halla muy próxima.

[75] Dictamen del Procurador General en CSJN, 15/06/2004, “Calas, Jorge K. c. Estado Nacional”, Fallos: 327:2264.

Afectando el derecho de propiedad, en su perpetuidad o en su exclusividad, o la libertad personal, la requisición, como principio general debe resultar de la existencia de una ley formal que la disponga y prevea, debiendo dar lugar, igualmente, a la indemnización del afectado, dentro de criterios de razonabilidad, semejantes a los que se aplican en materia expropiatoria (Constitución nacional, art. 17). La exigencia de ley formal, como se verá, puede admitir justificadas excepciones.

La Constitución nacional, en el artículo precitado, dispone que "ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie". Esta norma, como es natural, que se remonta a las duras épocas de nuestras luchas civiles, se refiere, exclusivamente, a las requisiciones hechas al margen de toda ley, y fuera de un verdadero concepto de utilidad pública, las cuales constituían un verdadero despojo o pillaje.

Las requisiciones suelen ser diferenciadas en requisiciones militares, que son las destinadas a cubrir urgencias propias de las fuerzas armadas, y requisiciones civiles, que son aquellas que procuran la satisfacción de necesidades de cualquier otro orden, surgidas de una situación general, que no es el estado de guerra.

Más razonable parece su distingo en requisiciones anormales, que son las que se disponen ante necesidades urgentes e imperiosas que no admiten ningún tipo de dilación; y requisiciones normales, que no tienen ese carácter, sino que pretenden satisfacer necesidades de orden común y aun previsibles.

Los requisitos a que está sujeta toda requisición, para ser válida, son los siguientes:

1) Su causa debe ser siempre una necesidad de utilidad pública, calificada por ley formal que la autorice, pudiendo ser esa necesidad de la más variada índole. La sanción de la ley que dispone una requisición, no produce la indisponibilidad de los bienes comprendidos en ella, sino que ésta se produce con el acto administrativo que la concreta (Marienhoff).

2) La requisición debe dar siempre lugar a la indemnización justa de la persona afectada por ella, la cual, en principio, debe ser previa, aunque se admite que pueda ser posterior al acto de requisición.

Pero si éstos son los requisitos generales que deben cumplirse en la requisición, no es menos cierto que admiten excepciones, que resultan de su separación en requisiciones anormales y normales.

En el marco de las requisiciones anormales –urgentes e imperiosas- y sin que ello vulnere su constitucionalidad, se admite que la previa calificación legal puede llegar a faltar, pues si la utilidad pública lo impone, su satisfacción es el primer recaudo, sin perjuicio de la responsabilidad, principalmente política, en que incurran quienes las impongan sin que haya habido verdadero motivo. Del mismo modo, es en estos casos cuando la indemnización puede ser posterior al acto de requisa, y no previa.

Por lo demás, se acepta que en el caso de las requisiciones anormales puede no existir un riguroso cumplimiento de las reglas del debido proceso adjetivo, el cual debe respetarse, estrictamente, en cambio, en el supuesto de las requisiciones normales.

Como se advierte, dentro de este criterio no se acepta, como muchas veces se ha hecho, que toda requisición militar sea anormal, es decir, urgente e imperiosa, puesto que pueden existir requisiciones de ese tipo, aun en tiempo de guerra, que no reúnan esos caracteres.

Las requisiciones normales deben disponerse por orden escrita y firmada, librada por autoridad competente, y en todos los casos, aun en los de las requisiciones anormales, se debe otorgar al propietario de los bienes afectados un recibo o constancia escrita aclarando de qué bienes se trata y cuál es el estado de ellos al tiempo de su incautación.

El acto que disponga u ordene una requisición anormal tiene ejecutoriedad propia, de modo que la administración puede cumplirlo por sí misma, venciendo los obstáculos o negativas que pudieran oponérsele. En cambio, se discute si en el caso de las requisiciones normales ese carácter se mantiene, entendiendo una parte calificada de la doctrina que si hubiere algún tipo de oposición por parte del propietario de los bienes requisados, será menester recurrir a la autoridad judicial, para poder cumplirla.

Del mismo modo, se discute en doctrina si en materia de requisiciones tiene cabida o no el instituto de la retrocesión, dentro de los parámetros con que ésta es aceptada respecto de la expropiación. Parece más adecuado el criterio de quienes admiten la posibilidad de plantear la retrocesión en el caso de una requisición, especialmente por el argumento de que ésta tiene un fundamento esencial, que es la observancia de la utilidad pública que autoriza la afectación de la

propiedad del expropiado o requisado, apareciendo como el medio de restablecer el imperio de la juridicidad, cuando ha sido vulnerada (Marienhoff).

Corresponde a las provincias, en principio, el legislar en materia de requisiciones, pues se trata de una materia propia del derecho administrativo, y por ende de índole local, y que no ha sido delegada al gobierno federal.

La Nación, por su lado, también puede hacerlo, en aquellos casos en que le corresponda, por tratarse de cuestiones que le son propias, conforme a la distribución de poderes y facultades que resulta de la Constitución nacional.

Es así, por ejemplo, que las requisiciones militares corresponden exclusivamente a la Nación, por vincularse con los poderes de guerra que expresamente le fueron conferidos por las provincias (Constitución nacional, arts. 67, inc. 21, -actual 75 inc. 25- y 86, inc. 18 –actual 99 in. 15-).

Las controversias que pueden surgir respecto de la procedencia o improcedencia de una requisición, o sobre el monto de la indemnización que sea debida, corresponden a los tribunales de justicia en lo contenciosoadministrativo, o que tenga atribuida esta competencia, ya que se trata de cuestiones regidas por el derecho administrativo.

Se admite, no obstante, que si la requisición importa una grosera violación de la juridicidad, que la asimila a una vía de hecho administrativa, también podría ocurrir ante la justicia común u ordinaria.

10. El decomiso o comiso y el secuestro

Más arriba quedó indicado que el decomiso o comiso, además de aparecer como una sanción contravencional, puede constituir también una limitación a la propiedad privada, impuesta por razones de interés público. Hemos de referirnos ahora a este último aspecto.

El decomiso o comiso, como limitación a la propiedad privada, impuesta por razones de interés público, constituye una medida de policía de la propiedad, que no requiere necesariamente ni dolo ni culpa en el propietario de la cosa que resulte afectada y que tiende a mantener o restablecer el orden jurídico y social, fundándose en la mera trasgresión de las normas que en ese sentido resulten aplicables.

El derecho de propiedad establecido por el art. 14 de la Constitución nacional, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, no es absoluto, sino que está sometido a lo que dispongan las leyes que reglamenten su ejercicio.

Es sobre esta base que las leyes pueden determinar que la existencia, posesión o tenencia de determinadas cosas, por ser contrarias o peligrosas para el interés público, no constituyen una verdadera propiedad, en el sentido y con el alcance constitucionalmente previsto, razón por la cual le quitan toda protección jurídica, habilitando a que ellas sean puestas en condiciones de no ser nocivas para el interés general. Es, pues, el interés público, la utilidad pública, lo que da razón de ser suficiente al decomiso.

Se ha dicho, con acierto, que la garantía constitucional a la propiedad no ejerce su imperio en esos casos, pues tales bienes no se reputan en estado legal (Villegas Basavilbaso).

Sin discrepancias doctrinales se concluye que el decomiso o comiso sólo procede respecto de cosas muebles, quedando excluidos de esta medida los inmuebles y los derechos en general.

El decomiso debe resultar, directamente, de ley formal que lo prevea y debe fundarse en motivos o causas de interés público, ya que da lugar a la pérdida o privación de la propiedad privada sobre las cosas, y, además, siendo resultado de una reglamentación de tal derecho, sólo es admisible que sea fijado por ley, como lo establece el art. 14 de nuestra carta magna.

En consecuencia, el decomiso no puede ser previsto por un reglamento, ni siquiera de ejecución o autónomo, y para ser válido y admisible debe ser razonable, como toda expresión de ejercicio del poder de policía.

La pérdida o privación de su propiedad que debe soportar el titular de las cosas decomisadas no da lugar a ningún tipo de indemnización, lo que se explica si se recuerda que esa pretendida propiedad no es tal y está excluida de la protección constitucional.

Pero si sólo la ley puede prever el decomiso, la medida se concreta mediante un acto administrativo, que tiene ejecutoriedad propia, de manera que la administración pública puede

llevar adelante la medida por sus propios medios, aun contra la oposición del titular de las cosas decomisadas, sin necesidad de tener que acudir a la autoridad judicial[76].

Pero si el decomiso dispuesto y ejecutado no estuviere debidamente fundado en derecho, o si no fuere razonable, el Estado incurrirá en una responsabilidad extracontractual, y deberá indemnizarse al propietario perjudicado los daños y perjuicios que le hubieran resultado de la medida concretada.

La facultad de legislar en materia de decomiso, siendo de derecho administrativo, corresponde, en principio, a las provincias, que pueden hacerlo dentro de sus respectivas jurisdicciones, y respecto de materias incluidas en el poder de policía que le es propio.

La Nación, como es natural, también puede legislar sobre decomiso, respecto de aquellas cuestiones en que tiene jurisdicción exclusiva, por imperio constitucional, como ocurre en materia aduanera, o que le corresponde con arreglo a la distribución de poder y facultades que resulta de la Constitución nacional.

También se admite que existen situaciones en las cuales los poderes de la Nación y de las provincias pueden llegar a ser concurrentes, por existir una coincidencia de fines e intereses comunes para ambas, citándose como ejemplo el caso de una epidemia de fiebre aftosa que se extiende a varias provincias. Si se plantearen conflictos de leyes, en esos casos, se los resolverá por aplicación de lo previsto en el art. 31 de la Constitución nacional.

Las cosas decomisadas, como resultado de su propia naturaleza, no son tomadas para usos o aplicaciones públicas; por lo común, son destruidas.

El secuestro, por su parte, consiste en la incautación provisional de un bien o cosa mueble, llevada a cabo por la autoridad pública, con el propósito de restablecer el imperio de la legalidad (Marienhoff).

No tiene por finalidad afectar ninguno de los elementos componentes del dominio sobre la cosa secuestrada, ni incorporarla al dominio ni el uso públicos, teniendo carácter eminentemente transitorio y precaucional, de manera que la cosa en cuestión sea, por ejemplo, restituida a su dueño, u obtenida para éste, cuando la ha perdido ilegalmente, etc.

Por esta característica se diferencia del decomiso, que es una medida definitiva, y que afecta al dominio pretendido por su titular.

Ambos institutos, en consecuencia, no deben ser confundidos.

11. La confiscación

La confiscación es el apoderamiento de todos los bienes de una persona, o de una parte sustancial o importante de ellos, los que en virtud del acto de confiscación pasan a poder de quien lo realiza, por lo general el Estado, sin ningún tipo de compensación o indemnización.

La confiscación no sólo puede alcanzar a una o varias personas determinadas, sino que también puede ser plural, comprendiendo a todo un grupo o sector de la comunidad, apareciendo en todos los casos como algo ilícito, contrario y no fundado en la ley. La confiscación, de tal modo, al menos entre nosotros, está fuera del derecho (Marienhoff).

Nuestra historia enseña que la confiscación estaba admitida, para ciertos casos, por el derecho hispano, subsistiendo su admisión durante los primeros tiempos de nuestra independencia.

En esas épocas existía una franca contradicción entre los diversos intentos realizados para abolirla, y la práctica política, que la admitía como medio hábil de represión y castigo contra los enemigos políticos.

La Constitución nacional, finalmente, en su art. 17 dispuso que “la confiscación de bienes queda borrada para siempre del código penal argentino”, a lo que se añade que las diversas garantías dadas a la propiedad privada, la excluyen también en cualquier otro caso, o bajo cualquier otra forma.

La confiscación puede ser expresa, cuando resulta de una norma que especialmente la disponga. Puede ser también implícita, cuando resulta de un hecho o de una norma de cualquier clase, que sin hacer mención de ella, disponga algo de una manera tal que absorba todo o gran

[76] CSJN, 1962, “Laperne, Pedro Alfredo”, Fallos: 253:15.

parte del patrimonio de una persona. Así ocurre, por ejemplo, cuando el efecto confiscatorio resulta de una ley civil, comercial, fiscal o impositiva, etc.

El hecho de que se haya dictado una sentencia judicial, fundada en una ley que implícitamente es confiscatoria, no valida la medida, que será siempre írrita.

El Poder Judicial es el mejor y más eficaz resguardo del patrimonio de los particulares, contra la existencia no ya de una confiscación expresa –lo que sería verdaderamente raro-, sino contra los abusos de la confiscación implícita, que son los más graves, por pretender aparecer como el ejercicio de potestades legales y válidas.

La Constitución nacional, con las garantías que resultan de sus arts. 14 y 17, fulminará siempre todo intento confiscatorio, y dará los medios para accionar adecuadamente, a fin de obtener la cesación de la medida de que se trate, y la reparación total de los perjuicios que indebidamente se hayan sufrido como resultado de ella.

Bibliografía de este capítulo citada y consultada:

1. Alessi, Renato, Demanio, servitù demaniali, limitazioni della proprietà, Dir. B. P., 1935.
2. Alessi, Renato, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, 1970.
3. Allende, Guillermo L., Tratado de las servidumbres, Buenos Aires, 1963.
4. Álvarez Gendín, Sabino, La expropiación forzosa, 1928.
5. Arandi, E., Expropiación forzosa, Pamplona, 1965.
6. Aubry, C. y Rau, C., Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, Paris, 1856-1863, t. II.
7. Auby, J. M., Servitudes administratives. Les différentes servitudes administratives, en "Juris Classeur Administratif", t. III, fasc. 390, París.
8. Bartolomei, F. L., L'espropriazione per pubblica utilitá, Milano, 1961.
9. Batbié, H., Traité théorique et pratique de droit public et administratif, Paris, 1885, t. VI.
10. Berçaitz, Miguel Á., Problemas jurídicos del urbanismo, Buenos Aires, 1972.
11. Berthèlemy, H., Traité élémentaire de droit administratif, París, 1930.
12. Bidart Campos, Germán, Derecho constitucional, Buenos Aires, 1966.
13. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947 y 1964.
14. Bielsa, Rafael, Derecho constitucional y ciencia de la administración, Buenos Aires, 1929.
15. Bielsa, Rafael, El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo, Buenos Aires, 1957.
16. Bielsa, Rafael, Limitaciones impuestas a las propiedades en interés público. Restricciones y servidumbres administrativas, Buenos Aires, 1923.
17. Bielsa, Rafael, Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo, Buenos Aires, 1923.
18. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Derechos reales, Buenos Aires, 1978, t. I.
19. Borda, Guillermo A., Balance provisional de la nueva ley de expropiaciones, ED 7-707.
20. Bullrich, Rodolfo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, 1932.
21. Cabral, J. E., Restricciones al dominio y planificación en la ciudad de Buenos Aires, LL 102-1042.
22. Caetano, Marcello, Manual de direito administrativo, Lisboa, 1965.
23. Canasi, José, La retrocesión el a expropiación pública, Buenos Aires, 1952.
24. Canasi, José, Tratado teórico-práctico de la expropiación pública, Buenos Aires, 1967.
25. Carugno, L'espropriazione per pubblica utilità, Milano, 1950.
26. Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, t. I.
27. Cassagne, Juan C., El derecho de retrocesión y los presupuestos especiales de la pretensión procesal en la nueva ley de expropiaciones, en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", nº 15/16, Buenos Aires, 1977.
28. Cassagne, Juan C., Expropiación, causa, sujeto y objeto. Las obras o planes de ejecución diferida, en La Ley nacional de expropiaciones 21.499, Buenos Aires, 1977.
29. Castán, Derecho civil español, 7ª ed., 1950, t. II.
30. Castello, Manuel F., Legislación de aguas, Buenos Aires, 1921.
31. Cretella Junior, José, Tratado de direito administrativo, Rio de Janeiro, 1961.
32. D'Alessio, Francesco, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Torino, 1932-1934, t. II.
33. Diez, Manuel M., Dominio administrativo, Buenos Aires, 1969, t. IV.

34. Diez, Manuel M., Dominio público, Buenos Aires, 1940.
35. Diez, Manuel M., Régimen jurídico de las comunicaciones, Buenos Aires.
36. Dromi, José R., Acción de retrocesión en la Ley Nacional de Expropiaciones, Buenos Aires, 1977.
37. Dromi, José R., Acción de retrocesión. Presupuestos procesales y sustanciales, LL 1975-A, 156.
38. Dromi, José R., El juicio de expropiación y la procedencia de la perención de la instancia, JA, Doctrina, serie contemporánea, 1961.
39. Ducos-Ader, Le droit de réquisition. Théorie générale et régime juridique, Paris, 1956.
40. Duguit, León, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1930.
41. Escola, Héctor J., Cursillo constitucional, Buenos Aires, 1965.
42. Estrada, José Ramón de, La ley nacional de expropiaciones 21.499, Buenos Aires, 1977.
43. Fernández de Velasco, Recaredo, Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración, Barcelona, 1930-1931, t. II.
44. Ferraz, Sergio, A justa indenização na desapropriação, Sao Paulo, 1978.
45. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976.
46. Fiorini, Bartolomé A., ¿Qué es el contencioso?, Buenos Aires, 1965.
47. Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, Buenos Aires, 1976, t. II.
48. Fiorini, Bartolomé A., Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, 1968.
49. Fleiner, Fritz, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, 1933.
50. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, México, 1962.
51. Fragola, G., Teoria delle limitazioni amministrative al diritto di proprietà, Milano, 1910.
52. García de Enterría, Eduardo, Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, Madrid, 1956.
53. García Oviedo-Martínez Useros, Derecho administrativo, Madrid, 1959, vol. I.
54. Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1962.
55. Gascón y Marín, José, Limitaciones a la propiedad privada por motivos de utilidad pública, Madrid, 1906.
56. Gianolio, Roberto, Le occupazioni d'urgenza, Milano, 1963.
57. González Calderón, Juan A., Derecho constitucional argentino, Buenos Aires, 1931.
58. González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo, Madrid, 1955-1957, t. I.
59. González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, 11ª ed.
60. Gordillo, Agustín, Derecho administrativo de la economía, Buenos Aires, 1967.
61. Greca, Alcides, Derecho y ciencia de la administración municipal, Santa Fe, 1937.
62. Greca, Alcides, Régimen legal de la construcción, Buenos Aires, 1956.
63. Grisolía, Mario, Arte e belleze naturali, Milano, 1959.
64. Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, 1933.
65. Imbert, L., La réquisition des biens, en "Juris Classeur", t. 3.
66. Lafaille, Héctor, Derecho civil. Tratado de los derechos reales, Buenos Aires, 1943-1945.
67. Laubadère, André de, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1963.
68. Legón, Fernando, Tratado integral de la expropiación pública, Buenos Aires, 1934.
69. Leguina Villa, U., Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar, en "Rev. Adm. Pub.", nº 65.
70. Lentini, Arturo, Le espropriazioni per causa di pubblica utilità, Milano, 1936.
71. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires, 1956.
72. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, 1970.
73. López Mereilles, Limitações urbanisticas ao uso de propriedade, en "Rev. de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, 1958.
74. Maiorano, Jorge Luis, La expropiación en la ley 21.499, Buenos Aires, 1978.
75. Marienhoff, Miguel S., La nueva ley nacional de expropiación, su contenido en la ley nacional de expropiaciones 21.499, Buenos Aires, 1977.
76. Marienhoff, Miguel S., Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Buenos Aires, 1939.
77. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1975, t. IV.
78. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1997, sexta edición actualizada, t. IV.
79. Marienhoff, Miguel S., Tratado del dominio público, Buenos Aires, 1960.
80. Mayer, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1903-1906
81. Oyhanarte, Julio, Aspectos del nuevo régimen expropiatorio, en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", nº 15/16, Buenos Aires, 1977.
82. Oyhanarte, Julio, La expropiación y los servicios públicos, Buenos Aires, 1957.

83. Oyhanarte, Julio, Poder Político y cambio estructural en la Argentina, un estudio sobre el estado de desarrollo, Buenos Aires, 1969.
84. Pardessus, J. M., Traité des servitudes ou services fonciers, Paris, 1829.
85. Peña Guzmán, Luis A., Derecho civil. Derechos reales, Buenos Aires, 1973, t. II.
86. Pepe, Sergio A., Un caso de ocupación temporánea anormal, en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", nº 15/16, Buenos Aires, 1977.
87. Petracchi, Enrique C., De la retrocesión, en revista "Lecciones y Ensayos", nº 24, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1962.
88. Piquemal, M., Droit des servitudes administratives, Paris, 1967.
89. Podestá Costa, Derecho internacional público, Buenos Aires, 1960.
90. Raibaldi y Odone, Servitù d'uso pubblico, Milano, 1958.
91. Reiriz, María Graciela, La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, Buenos Aires, 1977.
92. Rigaud, Louis, La théorie des droits réels administratif, Paris, 1914.
93. Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Paris, 1947.
94. Romano, Santi, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1937.
95. Royo Villanova, Antonio, Elementos del derecho administrativo, Valladolid, 1948, t. II.
96. Ruiz Moreno, Isidoro, El derecho internacional público ante la Corte Suprema, Buenos Aires, 1970.
97. Salvat, Raymundo, Tratado de derechos reales, Buenos Aires, 1962. t. II.
98. Sandulli, Aldo M., Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1954.
99. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1959, t. II.
100. Segovia, El Código Civil de la República Argentina, Buenos Aires, 1881.
101. Solazzi, Siro, Requisti e modi di costituzione delle servitù prediali, Napoli, 1947.
102. Spota, Alberto G., Tratado de derecho de aguas, Buenos Aires, 1941, t. II.
103. Tornese, Francisco, Extensión y límites de la facultad de expropiar, Buenos Aires, 1908.
104. Valiente Noailles, Carlos, Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1970, t. I.
105. Vernengo Prack, Rómulo, La prescripción de la acción de retrocesión, LL 119-1185.
106. Vidiri, José Luis, Retrocesión y desvalorización de la moneda, ED 23-1185.
107. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949-1956.
108. Villegas, Walter, Expropiación por causa de utilidad pública, Buenos Aires, 1939.
109. Villegas, Walter, Régimen jurídico de la expropiación, Buenos Aires, 1973.
110. Vitta, Cino, Diritto amministrativo, Torino, 1948.
111. Waline, Marcel, Droit administratif, Paris, 1963.
112. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1947.
113. Zanobini, Guido, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1954, t. IV.