

Agustín Gordillo

TRATADO
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

Prólogo de Jorge A. Sáenz

TOMO 3

EL ACTO ADMINISTRATIVO

10ª edición

www.gordillo.com



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO 3

EL ACTO ADMINISTRATIVO

AGUSTÍN GORDILLO

Tratado de Derecho Administrativo

PRÓLOGO DE JORGE A. SÁENZ

TOMO 3

El acto administrativo

Décima edición



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Buenos Aires

2011

Agustín A. Gordillo

Tratado de Derecho Administrativo - Tomo 3 : El Acto Administrativo . - 10a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2011.
v. 3, 606 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-9502-47-5

1. Derecho Administrativo. I. Título.
CDD 342.06

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO 3

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963

2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969

3ª edición, Buenos Aires, Macchi, 1979

Reimpresiones varias

4ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 1999

1ª edición Colombiana, Medellín, Biblioteca Jurídica Díké y F.D.A., 1999

5ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2000

2ª edición Colombiana, Medellín, Biblioteca Jurídica Díké y F.D.A., 2001

1ª edición Venezolana, Caracas, FUNEDA, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y F.D.A., 2001

6ª edición y 1ª edición Peruana, Lima, ARA Editores y F.D.A., 2003

6ª edición y 1ª edición Brasileña, Belo Horizonte y San Pablo, Editora Del Rey y F.D.A., 2003

7ª edición y 1ª edición Mexicana, México, D.F., UNAM (IIJ), Editorial Porrúa y F.D.A., 2003

8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2004

9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2007

10ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2011

I.S.B.N.: 978-950-9502-47-5

Copyright by Agustín Gordillo y Fundación de Derecho Administrativo

Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Los derechos patrimoniales del autor por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en [www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar] autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y párrafo o nota utilizado. El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica, sea por carta en la dirección arriba indicada, por fax al (5411) 4322-2169, o a los e-mails: agustin@gordillo.com, gordillo@elsitio.net, gordillo@fibertel.com.ar

INDICE

| | |
|--|----|
| Prólogo de JORGE A. SÁENZ..... | 21 |
| 10ª edición: <i>À propos de (presque) rien</i> | 31 |
| Agradecimientos para la 9ª edición (2007) | 33 |
| Agradecimientos para la 8ª edición | 37 |
| Agradecimientos en ocasión de la séptima edición del t. 3..... | 39 |
| Prólogo a la sexta edición | 45 |
| Prólogo a la quinta edición | 47 |
| Prólogo a la cuarta edición | 49 |
| JUAN FRANCISCO LINARES: prólogo a la segunda edición | 51 |
| JUAN FRANCISCO LINARES: prólogo a la primera edición | 55 |

Introducción

| | |
|---|--------|
| 1. Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo..... | Int-1 |
| 2. El modelo autoritario de acto administrativo..... | Int-7 |
| 3. La prevalencia de un interés o bien sobre el otro..... | Int-9 |
| 4. El eje de la tutela judicial efectiva o la “jurisdicción revisora del acto” | Int-11 |
| 5. El control de los hechos. Confusión de jurisdicción ordinaria y extraordinaria | Int-15 |
| 6. El incumplimiento de las garantías del ciudadano y la legalidad..... | Int-16 |
| 7. Una “respuesta coherentemente autoritaria” | Int-17 |
| 8. El sistemático incumplimiento de la Constitución | Int-18 |
| 8.1. En general..... | Int-18 |
| 8.2. La cuestión en el derecho público provincial | Int-19 |
| 8.3. La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo..... | Int-20 |
| 9. Invocar la seguridad jurídica a favor del Estado..... | Int-22 |
| 10. Prevenir o coadyuvar a la corrupción..... | Int-23 |
| 11. <i>Quo vadis?</i> | Int-24 |

*Capítulo I***EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PARTE DE
LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

| | |
|--|------|
| 1. Recapitulación. El objetivo del análisis no es definir el acto administrativo sino sistematizar la actividad administrativa | I-1 |
| 2. Acto jurídico y acto administrativo | I-2 |
| 3. La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos | I-3 |
| 4. Continuación. El concepto subjetivo de acto administrativo | I-6 |
| 5. Los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa | I-6 |
| 6. La oposición de los criterios de función administrativa y acto administrativo ... | I-7 |
| 7. Crítica del concepto orgánico o subjetivo | I-7 |
| 8. Continuación | I-9 |
| 9. La posible pérdida de conexidad entre las nociones de función administrativa y acto administrativo | I-10 |
| 10. El acto administrativo como manifestación del ejercicio de la función administrativa | I-11 |
| 11. El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales | I-11 |
| 12. Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales..... | I-16 |
| 12.1. Las corporaciones profesionales | I-16 |
| 12.2. Las asociaciones dirigidas..... | I-18 |
| 12.3. Los concesionarios y licenciatarios | I-19 |
| 12.4. Sociedades del Estado | I-22 |
| 12.5. Medios de transporte público..... | I-23 |
| 12.6. Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado..... | I-23 |
| 13. Clubes de campo y barrios cerrados | I-26 |
| 14. Conclusiones | I-30 |

*Capítulo II***EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PRODUCTOR
DE EFECTOS JURÍDICOS**

| | |
|---|-------|
| I. <i>Introducción</i> | II-1 |
| 1. La actividad administrativa apta o no para producir efectos jurídicos directos | II-1 |
| 2. Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico .. | II-2 |
| 2.1. Efectos jurídicos inmediatos..... | II-2 |
| 2.2. Se excluyen los efectos jurídicos mediatos | II-4 |
| 2.3. La cuestión de la notificación | II-5 |
| II. <i>Distintos alcances de los efectos jurídicos</i> | II-9 |
| 3. Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos | II-9 |
| 3.1. Efectos provisionales y definitivos | II-9 |
| 3.2. Efectos definitivos en sede administrativa..... | II-10 |
| 3.3. Actos interlocutorios y definitivos..... | II-11 |

| | |
|---|-------|
| 3.4. Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite | II-13 |
| 3.5. Actos administrativos interlocutorios y actos administrativos definitivos | II-13 |
| 3.5.1. Diferencias en cuanto a los recursos aplicables | II-14 |
| 3.5.1.1. Recursos administrativos | II-14 |
| 3.5.1.2. Remedios judiciales..... | II-14 |
| 3.5.2. Diferencia en cuanto a las situaciones que originan las calificaciones | II-14 |
| 3.5.3. Conclusiones | II-16 |
| 3.6. Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él .. | II-16 |
| 4. Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos | II-17 |
| 5. Quedan comprendidos los actos de contralor..... | II-19 |
| 6. Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos | II-20 |
| 6.1. La voluntad psíquica del agente | II-20 |
| 6.2. Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones | II-24 |
| 6.3. Conclusiones | II-26 |
| 7. Los efectos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos..... | II-27 |
| 8. Lo atinente a la moral..... | II-28 |
| 9. Los efectos jurídicos según sean unilaterales o bilaterales, individuales o generales..... | II-29 |
| III. <i>Efectos públicos o privados del acto</i> | II-29 |
| 10. Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa | II-29 |
| 11. La distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo es una aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado..... | II-30 |
| 12. El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto administrativo | II-30 |
| 13. La aplicación del derecho público en los supuestos actos civiles de la administración | II-32 |
| 14. No existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto..... | II-33 |
| 15. Conclusión..... | II-35 |
| IV. <i>Efectos en relación al tiempo</i> | II-36 |
| 16. La retroactividad | II-36 |
| 17. Efectos para el futuro..... | II-37 |
| 18. Comparación | II-37 |

Capítulo III

LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO Y HECHO ADMINISTRATIVO

| | |
|--|-------|
| I. <i>Fundamento de la distinción entre acto y hecho</i> | III-1 |
| 1. Recapitulación previa..... | III-1 |
| 2. La distinción entre actos y hechos producidos en el ejercicio de la función administrativa | III-2 |
| 3. Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la administración: introducción | III-3 |

| | |
|---|--------|
| 4. Por qué se distinguen los actos de los hechos | III-7 |
| 4.1. Certeza jurídica: la fundamentación del acto | III-7 |
| 4.2. Índole de los efectos jurídicos | III-9 |
| 4.3. Presunción de legitimidad. Términos de impugnación. Consentimiento | III-10 |
| 4.4. La sanción de nulidad | III-10 |
| 4.5. El derecho positivo | III-11 |
| 4.6. Conclusión..... | III-12 |
| II. Alcance de la distinción entre acto y hecho | III-12 |
| 5. El acto administrativo como manifestación de voluntad | III-12 |
| 6. El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión | III-13 |
| 7. El acto administrativo como declaración | III-14 |
| 8. Diferencia entre declaración y ejecución material..... | III-15 |
| 9. Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos.. | III-16 |
| 10. Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc. | III-18 |

Capítulo IV

ACTOS ADMINISTRATIVOS, REGLAMENTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

| | |
|--|-------|
| 1. Los actos jurídicos de la administración y su clasificación | IV-1 |
| 2. Discrepancias terminológicas, no de fondo | IV-2 |
| 3. Criterio para seleccionar la denominación | IV-3 |
| 4. Aspectos comunes del régimen administrativo | IV-3 |
| 5. Diferencias en el régimen administrativo de los reglamentos y actos concretos | IV-4 |
| 5.1. Notificación y publicación | IV-5 |
| 5.2. Jerarquía normativa del reglamento sobre el acto administrativo | IV-6 |
| 5.3. Estabilidad del acto regular..... | IV-6 |
| 5.4. Motivación del acto administrativo y el reglamento | IV-6 |
| 5.5. Audiencia previa en el reglamento y en el acto administrativo | IV-7 |
| 5.6. El acto administrativo producido por silencio de la administración pública .. | IV-7 |
| 5.7. Potestad de emitirlos | IV-8 |
| 5.8. Efectos de la interposición de recursos | IV-8 |
| 5.9. Retroactividad e irretroactividad del saneamiento | IV-9 |
| 5.10. Retroactividad del acto administrativo sustitutivo o favorable al interesado | IV-9 |
| 5.11. El reglamento como fuente de competencia..... | IV-10 |
| 5.12. Impugnación | IV-10 |
| 5.12.1. Casos de impugnación | IV-10 |
| 5.12.2. Autoridad competente para entender en el recurso..... | IV-12 |
| 5.12.3. Término para la interposición del recurso..... | IV-12 |
| 5.12.4. Efectos del recurso de alzada contra reglamentos | IV-13 |
| 5.12.5. Conclusión | IV-13 |
| 5.13. Procedimiento de elaboración | IV-13 |
| 5.14. Terminación del procedimiento | IV-13 |
| 5.15. Impugnación judicial | IV-14 |
| 5.16. Primeras conclusiones..... | IV-15 |
| 6. La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología | IV-17 |

| | |
|--|-------|
| 7. La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general..... | IV-18 |
| 8. Actos y contratos administrativos..... | IV-20 |
| 9. La distinción entre acto unilateral y bilateral..... | IV-25 |
| 10. El acto unilateral en su formación, de efectos bilaterales | IV-26 |
| 11. Los actos que requieren solicitud o aceptación..... | IV-27 |
| 11.1. Efectos del acto: pueden ser bilaterales..... | IV-27 |
| 11.2. La formación del acto..... | IV-28 |
| 12. Conclusión | IV-30 |
| 13. Noción de acto administrativo..... | IV-31 |

Capítulo V

PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, EXIGIBILIDAD Y EJECUTORIEDAD

| | |
|---|------|
| I. <i>Introducción</i> | V-1 |
| 1. Caracteres y nulidades del acto administrativo | V-1 |
| 1.1. Remisión metodológica..... | V-1 |
| 1.2. Nulidades del acto administrativo | V-2 |
| 1.3. Incidencia del decreto-ley 19.549/72 y su eficacia | V-2 |
| II. <i>Presunción de legitimidad</i> | V-4 |
| 2. La presunción de legitimidad. Crítica..... | V-4 |
| 3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia..... | V-5 |
| 3.1. Jurisprudencia tradicional..... | V-5 |
| 3.2. El caso Pustelnik (<i>Fallos</i> , 293: 133) | V-7 |
| 3.3. El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia..... | V-8 |
| 4. Fundamentos de la presunción de legitimidad..... | V-10 |
| 4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances | V-10 |
| 4.2. Fundamento positivo de la presunción de legitimidad..... | V-12 |
| 4.3. Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular | V-14 |
| 5. Efectos de la presunción de legitimidad..... | V-20 |
| 5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos | V-20 |
| 5.2. Necesidad de pedir la ilegitimidad..... | V-21 |
| 5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad? | V-22 |
| 5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo | V-23 |
| 6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo..... | V-24 |
| III. <i>Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad</i> | V-24 |
| 7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción | V-24 |
| 7.1. Criterio tradicional. Fundamento y alcances..... | V-26 |
| 7.2. Derecho nacional y comparado | V-27 |
| 7.3. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo..... | V-33 |
| 7.4. Implicancia política del tema..... | V-34 |
| 7.5. Otro derecho comparado | V-35 |
| 7.6. Conclusiones | V-36 |
| 8. La ejecutoriedad. Alcances y medios | V-37 |
| 9. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica | V-38 |
| 9.1. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72..... | V-38 |
| 9.1.1. No comprende la coerción indirecta (aplicación de sanciones) | V-38 |
| 9.1.2. La ejecución por los propios medios de la administración | V-39 |
| 9.1.2.1. Ejecución en lugar del particular. La propiedad | V-39 |

| | |
|--|------|
| 9.1.2.2. La ejecución violentando al particular. La libertad | V-41 |
| 9.1.3. Conclusiones sobre la ejecutoriedad en el art. 12 | V-41 |
| 9.2. La ejecutoriedad en la práctica | V-42 |
| 10. La suspensión administrativa de la ejecución del acto | V-43 |
| 10.1. La solución tradicional y su mutación..... | V-43 |
| 10.2. La tesis de LINARES | V-43 |
| 10.3. El decreto-ley 19.549/72 | V-45 |
| 10.3.1. Ejecutoriedad y efecto no suspensivo de los recursos | V-45 |
| 10.3.2. La facultad discrecional de suspender el acto ante la interposición del recurso | V-46 |
| 10.3.3. El caso de la suspensión que perjudica a un tercero | V-47 |
| 10.3.4. La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta | V-48 |
| 10.3.4.1. La obligación de revocar el acto nulo..... | V-49 |
| 10.3.4.2. La fuente de la disposición | V-49 |
| 10.3.4.3. Las obligaciones del cargo | V-49 |
| 10.3.4.4. El deber de obediencia | V-50 |
| 10.3.4.5. El problema semántico | V-50 |
| 10.3.4.6. Conclusiones..... | V-51 |
| 11. La suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo | V-51 |
| 11.1. En general | V-51 |
| 11.2. “Recursos” otorgados por leyes especiales | V-53 |
| 11.2.1. Caso en que la ley no resuelve sobre el efecto de la inter- posición..... | V-53 |
| 11.2.2. Casos en que la ley otorga efecto devolutivo al recurso | V-54 |
| 11.2.3. Conclusiones acerca de los recursos otorgados por leyes especiales | V-55 |

Capítulo VI

ESTABILIDAD E IMPUGNABILIDAD

| | |
|---|-------|
| I. <i>Estabilidad</i> | VI-1 |
| 1. La estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos..... | VI-1 |
| 2. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa | VI-3 |
| 3. Requisitos de la estabilidad | VI-4 |
| 4. Acto administrativo | VI-5 |
| 4.1. Unilateralidad..... | VI-5 |
| 4.2. Individualidad..... | VI-5 |
| 5. Que de él hayan nacido derechos subjetivos | VI-6 |
| 5.1. No hay estabilidad de los intereses..... | VI-6 |
| 5.2. No hay estabilidad de los deberes..... | VI-7 |
| 5.3. Funciona a favor, no en contra, del administrado | VI-7 |
| 5.4. Debe declarar un derecho | VI-8 |
| 5.5. El derecho puede ser civil o administrativo | VI-9 |
| 6. Que sea notificado al interesado..... | VI-9 |
| 7. El problema de la regularidad del acto | VI-10 |
| 7.1. El acto anulable tiene estabilidad..... | VI-11 |
| 7.2. La estabilidad del acto nulo | VI-11 |
| 7.2.1. Requisitos de la estabilidad del acto nulo..... | VI-12 |

| | |
|---|-------|
| 7.2.1.1. “Prestaciones” o “derechos subjetivos” | VI-12 |
| 7.2.1.2. Acto “firme y consentido” | VI-12 |
| 7.2.2. La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable..... | VI-13 |
| 7.2.3. Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular | VI-14 |
| 7.3. La protección contra la revocación del acto estable | VI-15 |
| 8. Que se trate de un acto de la administración activa | VI-16 |
| 9. Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales | VI-17 |
| 10. Excepciones a la estabilidad | VI-18 |
| 10.1. Las excepciones normativas | VI-18 |
| 10.1.1. Connivencia dolosa | VI-18 |
| 10.1.2. Revocación a favor del interesado..... | VI-20 |
| 10.1.3. La revocación de los actos precarios | VI-22 |
| 10.1.3.1. Cargos sin estabilidad | VI-24 |
| 10.1.3.2. La revocación de permisos de estacionamiento | VI-24 |
| 10.1.4. La revocación de los contratos..... | VI-24 |
| 10.1.5. El caso de los permisos de construcción | VI-25 |
| 10.2. La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación. La revocación por oportunidad según el art. 18 | VI-27 |
| 10.2.1. Enunciación general | VI-27 |
| 10.2.2. Revocación y propiedad | VI-28 |
| 10.2.3. Revocación y estabilidad..... | VI-30 |
| 10.2.4. Revocación y expropiación..... | VI-32 |
| 10.2.5. La estabilidad en la función pública..... | VI-34 |
| 10.2.6. La revocación de la autorización para funcionar | VI-34 |
| 10.2.7. Conclusiones acerca de la revocación por mérito | VI-35 |
| II. Impugnabilidad | VI-35 |
| 11. Fundamento de la impugnabilidad | VI-35 |
| 11.1. En sede administrativa..... | VI-36 |
| 11.2. En sede judicial | VI-37 |
| 11.3. En sede arbitral internacional | VI-38 |
| 11.4. Comparación..... | VI-38 |

Capítulo VII

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PUBLICOS

| | |
|---|-------|
| 1. La presunción de legitimidad y el carácter de instrumentos públicos de los actos administrativos..... | VII-1 |
| 2. Actuaciones judiciales y actuaciones administrativas | VII-2 |
| 3. Los actos administrativos como instrumentos públicos..... | VII-3 |
| 3.1. Acto jurídico e instrumento del acto jurídico | VII-3 |
| 3.2. Acto jurídico e instrumento público..... | VII-3 |
| 3.3. Acto administrativo e instrumento público..... | VII-4 |
| 4. La “plena fe” del instrumento público y el acto administrativo | VII-5 |
| 5. Los efectos probatorios frente a terceros del acto administrativo-instrumento público | VII-6 |
| 5.1. La constatación del agente público..... | VII-6 |
| 5.2. Los casos de voluntario acatamiento..... | VII-8 |

| | |
|--|--------|
| 5.3. La cuestión penal..... | VII-9 |
| 5.4. La constatación con otros medios de prueba..... | VII-10 |
| 6. Los actos administrativos-instrumentos públicos no tienen fuerza ejecutiva en sede judicial..... | VII-10 |
| 7. ¿Los documentos administrativos, son instrumentos públicos? Necesidad de norma legal expresa..... | VII-11 |
| 8. El art. 979 del Código Civil no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas..... | VII-13 |
| 9. Los instrumentos públicos en la era digital..... | VII-14 |
| 10. Conclusiones..... | VII-17 |

Capítulo VIII

OBJETO Y COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

| | |
|---|---------|
| I. <i>Elementos y vicios del acto administrativo</i> | VIII-1 |
| 1. Elementos del acto administrativo..... | VIII-1 |
| 2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación..... | VIII-3 |
| 3. Vicios y nulidades..... | VIII-4 |
| II. <i>Vicios del objeto</i> | VIII-5 |
| 4. Objeto prohibido..... | VIII-5 |
| 4.1. En general..... | VIII-5 |
| 4.2. Distintos vicios del objeto..... | VIII-6 |
| 4.3. Objeto prohibido por provocar indefensión..... | VIII-9 |
| 4.4. Precedentes. Doctrina de los actos propios..... | VIII-10 |
| 5. Objeto violatorio de facultades regladas..... | VIII-11 |
| 5.1. Planteamiento general..... | VIII-11 |
| 5.2. Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución..... | VIII-11 |
| 5.3. Los conceptos jurídicos indeterminados. El caso de la discriminación .. | VIII-14 |
| 5.3.1. Un ejemplo del dilema: Igualdad y no discriminación..... | VIII-15 |
| 5.3.2. ¿Es esta una cuestión semántica?..... | VIII-16 |
| 5.3.3. Libertad y administración pública..... | VIII-16 |
| 5.3.4. Algunas conclusiones..... | VIII-18 |
| 6. Imprecisión u oscuridad..... | VIII-18 |
| 7. Imposibilidad de hecho..... | VIII-20 |
| 8. Irrazonabilidad..... | VIII-22 |
| 8.1. La contradicción del acto..... | VIII-22 |
| 8.2. La falta de proporcionalidad..... | VIII-23 |
| 8.3. La absurdidad del objeto..... | VIII-25 |
| 9. Inmoralidad. La ética pública..... | VIII-26 |
| 9.1. La ley inmoral..... | VIII-28 |
| 9.2. El acto inmoral..... | VIII-29 |
| 9.3. El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera..... | VIII-30 |
| 9.4. La degradación de la moral y la ética..... | VIII-32 |
| 9.5. La omisión de resolver como corrupción..... | VIII-32 |
| III. <i>Competencia</i> | VIII-33 |
| 10. Concepto y alcances..... | VIII-33 |
| 11. Competencia en razón del grado..... | VIII-33 |

| | |
|--|---------|
| 12. Competencia en razón de la materia..... | VIII-38 |
| 12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales | VIII-38 |
| 12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas | VIII-39 |
| 12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos..... | VIII-41 |
| 13. Competencia en razón del territorio..... | VIII-42 |
| 14. Competencia en razón del tiempo..... | VIII-42 |

Capítulo IX

VICIOS DE LA VOLUNTAD

| | |
|--|-------|
| I. <i>Vicios de tipo objetivo</i> | IX-1 |
| 1. Aspectos subjetivos y objetivos de la voluntad administrativa..... | IX-1 |
| 2. Enumeración de los vicios de la voluntad | IX-2 |
| 3. Vicios en el origen de la voluntad..... | IX-3 |
| 4. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto | IX-6 |
| 4.1. La garantía de defensa. El sumario previo | IX-7 |
| 4.1.1. De victimario a víctima. La difícil situación del sumariante.... | IX-10 |
| 4.1.2. La denegación inmotivada de prueba..... | IX-10 |
| 4.2. Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima | IX-11 |
| 4.3. Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia | IX-12 |
| 4.4. Compulsa y concurrencia de interesados: concurso y licitación..... | IX-12 |
| 4.5. Opinión, dictamen o informe sustancial..... | IX-13 |
| 4.5.1. En general..... | IX-13 |
| 4.5.2. La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo | IX-14 |
| 4.6. Otros vicios de procedimiento | IX-17 |
| 4.7. Efecto sinérgico de los vicios | IX-18 |
| 4.8. Circunstancias mitigantes | IX-19 |
| 5. Vicios en la emisión de la voluntad | IX-20 |
| 5.1. Actos simples dictados por órganos colegiados | IX-20 |
| 5.2. Actos complejos..... | IX-22 |
| 5.3. Actos que requieren autorización | IX-23 |
| 5.4. Actos que requieren aprobación..... | IX-24 |
| 5.4.1. En general | IX-24 |
| 5.4.2. Acto y proyecto de acto..... | IX-24 |
| 5.4.3. Atribuciones del órgano de control..... | IX-25 |
| 5.4.4. Efectos de la aprobación | IX-25 |
| 5.4.5. Revocación | IX-26 |
| 5.4.6. Competencia originaria..... | IX-26 |
| 5.5. Actos que requieren registro, inscripción, etc..... | IX-27 |
| II. <i>Vicios de tipo subjetivo</i> | IX-27 |
| 6. Desviación de poder..... | IX-27 |
| 6.1. Noción y fundamento | IX-27 |
| 6.2. Fundamento legal y antecedentes | IX-29 |
| 6.3. Casos de desviación de poder..... | IX-30 |
| 6.4. Aspectos probatorios | IX-33 |
| 7. Arbitrariedad..... | IX-34 |
| 8. Distintos casos de arbitrariedad..... | IX-36 |
| 8.1. Actos que omiten decidir | IX-36 |

| | |
|--|-------|
| 8.2. Decisiones que prescinden de los hechos | IX-37 |
| 8.3. La fundamentación normativa seria y su sustento fáctico. | IX-40 |
| 8.4. Actos ilógicamente motivados..... | IX-43 |
| 8.4.1. Falacias no formales | IX-44 |
| 8.4.1.1. El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc. | IX-44 |
| 8.4.1.2. La falacia de conclusión inatente..... | IX-45 |
| 8.4.1.3. El argumento <i>ad hominem</i> | IX-45 |
| 8.4.1.4. Otras falacias no formales | IX-46 |
| 8.4.2. Falacias formales | IX-49 |
| 8.5. Otras hipótesis..... | IX-51 |
| 9. Diferencia entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley | IX-52 |
| 10. Error..... | IX-53 |
| 10.1. El error como causal de nulidad..... | IX-53 |
| 10.2. Errores de menor gravedad | IX-54 |
| 10.3. Acerca del llamado error de derecho..... | IX-54 |
| 10.4. El error no invalidante | IX-55 |
| 11. Dolo, violencia, simulación..... | IX-55 |
| 11.1. Dolo..... | IX-55 |
| 11.1.1. Dolo del individuo..... | IX-56 |
| 11.1.2. Dolo del funcionario | IX-57 |
| 11.1.3. Dolo del individuo y del funcionario..... | IX-57 |
| 11.2. Violencia o intimidación | IX-58 |
| 11.2.1. Violencia sobre el individuo..... | IX-58 |
| 11.2.2. Violencia sobre el funcionario..... | IX-58 |
| 11.2.3. Observaciones comunes | IX-59 |
| 11.3. Simulación..... | IX-59 |
| 11.3.1. Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad | IX-62 |
| 11.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios | IX-63 |
| 11.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos..... | IX-64 |
| 11.3.4. Morosidad y simulación administrativa | IX-64 |

Capítulo X

FORMALIDADES

| | |
|---|------|
| I. <i>Formas de instrumentación y publicidad</i> | X-1 |
| 1. Introducción | X-1 |
| 1.1. Finalidad..... | X-1 |
| 1.2. Enunciación | X-2 |
| 1.2.1. Procedimiento previo al acto..... | X-3 |
| 1.2.2. Instrumentación. Fundamentación o motivación..... | X-5 |
| 1.2.3. Notificación | X-5 |
| 2. La forma escrita..... | X-7 |
| 2.1. Su exigibilidad | X-7 |
| 2.2. Su registro físico: el papel, o el soporte electrónico | X-8 |
| 3. Lugar y fecha | X-10 |

| | |
|---|------|
| 3.1. La fecha..... | X-10 |
| 3.2. Lugar..... | X-11 |
| 4. El número..... | X-11 |
| 5. El órgano y entidad de que emana el acto..... | X-12 |
| 6. La fundamentación o motivación..... | X-13 |
| 6.1. Terminología y alcances..... | X-13 |
| 6.2. Fundamentos..... | X-16 |
| 6.3. Consecuencias de su omisión..... | X-18 |
| 6.4. Requisitos de una fundamentación suficiente..... | X-18 |
| 6.5. La fundamentación previa, concomitante y ulterior..... | X-20 |
| 6.6. La fundamentación defectuosa como excusa de la anulación judicial..... | X-23 |
| 7. Parte dispositiva o resolutive..... | X-24 |
| 8. La firma del acto..... | X-25 |
| 8.1. Distintos tipos de firma..... | X-25 |
| 8.2. El acto sin firma alguna..... | X-25 |
| 8.3. Variantes de firma a ruego en la función pública..... | X-26 |
| 8.4. Algunas formas anómalas de certificación..... | X-27 |
| 8.5. La firma por sello..... | X-27 |
| 8.6. El correo electrónico sin firma..... | X-27 |
| 8.7. La firma electrónica o digital..... | X-28 |
| 9. Otras formas de instrumentación..... | X-29 |
| 9.1. Forma oral..... | X-29 |
| 9.2. Signos..... | X-30 |
| 9.3. Actos tácitos..... | X-31 |
| 9.4. El silencio..... | X-32 |
| 9.5. El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?..... | X-33 |
| 10. Formas de publicidad..... | X-34 |
| 11. Especies de formas de publicidad: publicación y notificación..... | X-35 |
| 11.1. ¿La publicidad no integra el acto?..... | X-36 |
| 11.2. Publicación..... | X-36 |
| 11.3. Notificación..... | X-37 |
| 11.3.1. Requisitos de validez..... | X-38 |
| 11.3.1.1. Transcripción íntegra del acto..... | X-38 |
| 11.3.1.2. Recursos, plazos y efectos..... | X-38 |
| 11.3.1.3. Vista de las actuaciones..... | X-39 |
| 11.3.1.4. Plazo de la notificación válida..... | X-39 |
| 11.3.1.5. Otros..... | X-40 |
| 11.4. La notificación verbal..... | X-40 |
| 11.5. La notificación espontánea..... | X-41 |
| 11.6. No cabe la notificación espontánea de un reglamento..... | X-41 |
| II. Otros criterios relativos a la forma. Crítica..... | X-41 |
| 12. La forma y la expresión de la voluntad..... | X-41 |
| 13. La distinción entre formas ad substantiam y ad probationem..... | X-42 |
| 14. La distinción entre formas esenciales y no esenciales..... | X-43 |
| 14.1. El criterio doctrinario y legal..... | X-43 |
| 14.2. Casos de nulidad por violación de formas..... | X-44 |
| 15. Crítica de la distinción entre forma y formalidad..... | X-45 |
| 16. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo..... | X-46 |
| 17. Argüendo: ¿quid si hablamos de formas esenciales?..... | X-46 |
| 18. El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros..... | X-47 |

*Capítulo XI***SISTEMA DE NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

| | |
|--|-------|
| I. <i>Finalidad de la teoría o sistema</i> | XI-1 |
| 1. Las nulidades son sólo relaciones entre otros conceptos..... | XI-1 |
| 2. Qué debe explicar un sistema de las nulidades..... | XI-2 |
| 3. Debe analizarse el régimen, no las denominaciones..... | XI-3 |
| II. <i>Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil</i> | XI-3 |
| 4. Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas..... | XI-3 |
| 5. Distintos casos o especies de nulidades. Criterio de comparación..... | XI-10 |
| 6. Nulidades absolutas y relativas del Código Civil..... | XI-10 |
| 7. Comparación con el derecho administrativo..... | XI-10 |
| 8. Actos nulos y anulables..... | XI-13 |
| 8.1. La solución tradicional..... | XI-14 |
| 8.2. La solución después del decreto-ley 19.549/72..... | XI-14 |
| 8.3. Conclusiones..... | XI-16 |
| III. <i>Nulidades administrativas en particular</i> | XI-16 |
| 9. Especies de nulidades administrativas..... | XI-16 |
| 9.1. El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas..... | XI-16 |
| 9.2. El supuesto de las sanciones de menor gravedad..... | XI-20 |
| 9.3. El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio..... | XI-21 |
| 10. Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo..... | XI-22 |
| 11. La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la administración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes..... | XI-22 |
| 11.1. Comparación con la nulidad..... | XI-25 |
| 11.1.1. La prescripción y la caducidad de la acción..... | XI-25 |
| 11.1.2. La estabilidad del acto..... | XI-26 |
| 11.1.3. La declaración de oficio..... | XI-26 |
| 11.1.4. La competencia judicial..... | XI-27 |
| 11.1.5. La presunción de legitimidad del acto nulo..... | XI-27 |
| 11.1.6. La audiencia de la administración..... | XI-28 |
| 11.1.7. La elección de vías..... | XI-28 |
| 11.2. Ejemplos de inexistencia de acto administrativo..... | XI-28 |
| 11.3. Conclusiones sobre el régimen jurídico de la inexistencia, vías de hecho o meros pronunciamientos sin virtualidad jurídica..... | XI-29 |
| 12. Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo..... | XI-30 |
| 12.1. Impropiiedad de remitirse al Código Civil para construir el sistema de las nulidades de los actos administrativos..... | XI-30 |
| 12.2. Fundamento lógico-jurídico..... | XI-31 |
| 12.3. Las nulidades como sanciones implícitas del orden jurídico..... | XI-32 |
| 13. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades administrativas..... | XI-33 |
| 13.1. Actos regulares..... | XI-33 |
| 13.1.1. Actos válidos..... | XI-33 |
| 13.1.2. Actos anulables..... | XI-34 |

| | |
|---|-------|
| 13.2. Actos irregulares | XI-34 |
| 13.2.1. Actos nulos | XI-34 |
| 13.2.2. Inexistencia de acto; vías de hecho; mero pronuncia- miento de la administración | XI-35 |
| 13.3. Concordancias y remisiones | XI-36 |
| 14. La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad | XI-37 |
| IV. <i>Vicios que determinan las nulidades del acto administrativo</i> | XI-39 |
| 15. La pretendida solución del decreto-ley | XI-39 |
| 16. Criterio de apreciación | XI-41 |
| 17. Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo | XI-42 |
| 18. La política jurídica de la jurisprudencia | XI-43 |

Capítulo XII

MODIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

| | |
|---|--------|
| 1. Introducción. Se deben analizar los actos a modificarse o extinguirse, no los llamados medios de modificación o extinción | XII-1 |
| 2. Extinción y modificación | XII-2 |
| 3. Modificación de actos válidos y nulos o anulables | XII-3 |
| 4. Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material | XII-4 |
| 5. Aclaración | XII-6 |
| 6. Reforma | XII-8 |
| 7. Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento | XII-8 |
| 7.1. Saneamiento administrativo y judicial | XII-10 |
| 7.2. Explicar al otro | XII-10 |
| 8. Ratificación | XII-11 |
| 9. Confirmación | XII-12 |
| 9.1. La confirmación en derecho privado y en derecho administrativo | XII-12 |
| 9.2. Lo atinente a la prescripción | XII-13 |
| 9.3. La confirmación en el decreto-ley 19.549/72 | XII-13 |
| 10. Comparación entre saneamiento, confirmación y ratificación | XII-14 |
| 11. Conversión | XII-15 |
| 11.1. Conversión por circunstancia sobreviniente | XII-19 |
| 12. Sustitución y reforma | XII-20 |
| 13. Improcedencia de la sustitución | XII-22 |
| 14. La orden judicial de sustitución | XII-24 |
| 15. La sustitución judicial a la ejecutoriedad administrativa | XII-25 |
| 16. La reelaboración del acto | XII-26 |
| 17. El acto expresamente sujeto a sustitución o reforma | XII-27 |

Capítulo XIII

EXTINCIÓN

| | |
|--|--------|
| I. <i>Introducción</i> | XIII-1 |
| 1. Concepto de extinción | XIII-1 |
| II. <i>Extinción de actos ilegítimos</i> | XIII-2 |
| 2. Distintos supuestos | XIII-2 |
| 3. Anulación y revocación por ilegitimidad | XIII-3 |

| | |
|--|---------|
| 3.1. Terminología..... | XIII-3 |
| 3.2. La suspensión como extinción..... | XIII-5 |
| 4. La ilegitimidad sobreviniente..... | XIII-6 |
| 4.1. Por cambio en el ordenamiento..... | XIII-6 |
| 4.1.1. Límites de la ilegitimidad sobreviniente..... | XIII-7 |
| 4.2. Por un cambio en la realidad..... | XIII-7 |
| 4.3. Necesidad de pronunciamiento expreso..... | XIII-8 |
| 4.4. Comparación con la revocación por inoportunidad..... | XIII-9 |
| 4.4.1. Autoridad competente..... | XIII-9 |
| 4.4.2. Caducidad y prescripción..... | XIII-10 |
| 4.4.3. Indemnización..... | XIII-10 |
| 4.5. Efectos en relación al tiempo..... | XIII-10 |
| 4.6. El caso de los actos precarios..... | XIII-11 |
| 4.6.1. Cambio normativo..... | XIII-11 |
| 4.6.2. Cambio fáctico..... | XIII-12 |
| 4.7. El caso de los actos de conocimiento..... | XIII-12 |
| III. <i>Extinción de actos legítimos</i> | XIII-12 |
| 5. Distintos supuestos..... | XIII-12 |
| 6. Extinción de pleno derecho de actos legítimos..... | XIII-13 |
| 6.1. Cumplimiento..... | XIII-13 |
| 6.1.1. Cumplimiento del término..... | XIII-13 |
| 6.1.2. Cumplimiento del objeto..... | XIII-13 |
| 6.1.3. Cumplimiento de la condición..... | XIII-14 |
| 6.2. Imposibilidad de hecho..... | XIII-15 |
| 6.2.1. Falta de sustrato personal..... | XIII-16 |
| 6.2.2. Falta de sustrato material..... | XIII-16 |
| 6.2.3. Falta de sustrato jurídico..... | XIII-17 |
| 7. Extinción de actos legítimos dispuesta por acto administrativo..... | XIII-17 |
| 7.1. Caducidad..... | XIII-17 |
| 7.2. Desuso..... | XIII-19 |
| 7.3. Revocación por razones de oportunidad..... | XIII-21 |
| 7.4. Rescate..... | XIII-22 |
| 8. Extinción por el particular de actos legítimos..... | XIII-23 |
| 8.1. Renuncia..... | XIII-23 |
| 8.2. Rechazo..... | XIII-25 |
| 8.3. Actos contractuales..... | XIII-26 |

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRÓLOGO

JORGE A. SÁENZ*

I

Quisiera que el privilegio que significa prologar este Tratado se transformara en una confidencia compartida con los lectores acerca de su autor, sus valores, sus objetivos, sus conductas, su metodología científica y la importancia de sus ideas para el desarrollo de las instituciones democráticas y el progreso social en la Argentina. Creo estar en condiciones para hacerlo. Soy un testigo privilegiado de la vida, la obra y la evolución del pensamiento de Agustín Gordillo. Más de cuatro décadas de diálogos y discusiones, de tarea docente en común en los claustros de las universidades públicas de Buenos Aires y de La Plata, y hasta haber compartido el “no estar” en la Universidad, cuando ambos fuimos expulsados (título honorífico si los hay) por la última dictadura militar de nuestros cargos de profesores titulares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a los cuales retornamos en 1985 –concurso público de antecedentes y oposición mediante– son, creo, títulos suficientes para opinar.

Lo primero que quiero decirles a los lectores es que Agustín Gordillo es un ser humano ejemplar, un gran científico, un gran profesor y un gran ciudadano. Trataré de explicar con claridad por qué lo afirmo tan enfáticamente.

Antes que nada, Agustín Gordillo ha demostrado ser, a través de estos cuarenta años, además de un maestro reconocido, un ser humano ejemplar. Y esta condición, que es la primordial, no viene

* Este es el prólogo a los cuatro tomos del tratado, que apareció por primera vez en el primer volumen de la edición mexicana de 2004 (UNAM, PORRÚA, FDA).

dada con las dotes intelectuales que por designio natural o divino lo distinguen, sino que depende de elecciones de conducta que no son fáciles en una historia académica como la nuestra, que no ha estado exenta de venganzas, injusticias y egoísmo, muchas veces alentados por los vientos de fronda del sectarismo y la mala política. La ejemplaridad se verifica, en el caso de un teórico brillante como Gordillo, cuando se puede constatar, a lo largo de esos cuarenta años, una coherencia entre la doctrina y la conducta. No hay desviaciones en la conducta pública o privada de Agustín Gordillo que pueda hacer decir a alguien que en los hechos haya desmentido lo que predicó acerca de la tolerancia con las ideas y las personas, la generosidad que debe tenerse en el aliento de las vocaciones docentes y científicas o que haya declinado la defensa de los derechos humanos y el imperio de la juridicidad.

Esta densidad humana en la calidad de Gordillo, que celebran y de la que están orgullosos sus amigos, sus colegas, sus alumnos y su familia, se encuentra ahora potenciada por los impulsos, sugerencias e ideas que incansablemente propone a las generaciones más jóvenes, transmitiéndoles con el ejemplo la importancia de preservar aquella unidad entre las ideas y las actitudes, que es invaluable para su formación.

También, y no es lo menos importante, debo señalar que ha trabajado y actuado con humildad y con respeto por los demás. Nunca le escuché a Agustín Gordillo en estos cuarenta años referirse despectivamente a algún colega o autor. Nunca lo observé en ninguna combinación espúrea para ganar una posición o para evitar que alguno la lograra. Las discrepancias las mantuvo en el plano de las ideas, y las expuso con franqueza y con fundamentos. No recurrió a la “espiral de silencio”, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones académicas o profesionales, públicas o privadas. Esta nunca fue una característica en la actuación de Gordillo, que por el contrario, lo repito, se ha comportado como un ser humano ejemplar uniendo su doctrina y su conducta, lo que me place testimoniar aquí.

Agustín Gordillo es además un gran científico. Ha sabido explicar porqué se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que toda verdad es provisoria, que toda afirmación está sujeta a discusión y refutación y que sólo ese proceso asegura el progreso de la

ciencia. Emprende en su obra una cruzada intelectual contra el ídolo de la certidumbre, fundado en las tesis de Popper y en la teoría del lenguaje que domina sólidamente, y esta estructura metodológica, transformada en convicción científica, aplicada con rigurosidad, hace que su actitud de tolerancia, pasó de lo que pudo ser en principio una elección moral a fundarse, además, en una tesis científica precisamente sobre la ciencia misma.

La asunción de esta tesis no es ajena, desde luego, a la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder. No debe perderse de vista, en este sentido, que el autoritarismo y el ejercicio del poder en el plano de la ciencia se manifiesta a través del dogmatismo, considerando equivocado (y a veces, como dije, hasta enemigo) a quien no piense como nosotros, desconociendo que la refutación y el error también integran la ciencia porque inevitablemente forman parte del camino de su progreso.

Esta categoría de gran científico del derecho, que lo ubica definitivamente entre los grandes juristas que ha producido América Latina y lo distingue como uno de los mejores del mundo, porque su obra es perfectamente equiparable a la de los autores europeos de mayor renombre, no ha impedido que Agustín sea, a la vez, un gran profesor. No encerró a sus lectores y discípulos en una catedral gótica de citas y catálogos de teorías e informaciones, a pesar de contar con la erudición suficiente para hacerlo. Creo que esto afortunadamente pasó porque Gordillo ha accedido a la categoría mayor de profesor, que es la de maestro. Así como cuando somos ayudantes decimos más de lo que sabemos citando de segunda mano a autores y fallos que no leímos, y sólo cuando llegamos a ser profesores decimos nada más que lo que sabemos, ganándonos el derecho a confesar lo que no sabemos, cuando se llega a maestro se dice sólo lo indispensable y necesario para la circunstancia. Se llega a dominar en ese momento de la madurez científica e intelectual el arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento completo de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o meramente decorativo. Gordillo ha llegado a esa etapa de su desarrollo docente y así es reconocido internacionalmente.

Esta característica de Agustín Gordillo es valorada fundamentalmente por sus alumnos de pregrado y posgrado, que adquieren en sus cursos un sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican, una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y

un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no sólo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Lo que llevo dicho sería incompleto si no dijera que Agustín Gordillo no sólo es un gran ser humano, un gran científico y un gran profesor, sino también que es un gran ciudadano. Y lo es porque ha elaborado una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales de los habitantes, marcando a fuego a las teorías jurídicas -y dentro del derecho administrativo a varias- que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, mas allá de la buena fe de sus autores.

Esta síntesis necesariamente breve de la personalidad de Gordillo, que por esa calidad de testigo privilegiado de su trayectoria que tengo, por el largo camino que recorrimos juntos, y en nombre de los acuerdos y desacuerdos que tuvimos y de las dudas y encrucijadas a las que nos enfrentamos, creí que podía y debía compartirla con ustedes, que están por acometer la aventura intelectual de discutir, acordar o discrepar con los innumerables argumentos y enfoques novedosos que el Tratado les pondrá por delante.

II

He dicho algo sobre la calidad científica del trabajo de Gordillo. Quisiera tomar un solo ejemplo, de los tantos que van a encontrar en las páginas de su obra: el tratamiento del concepto acerca de la función administrativa. Gordillo se ocupó en sus primeros aportes teóricos de delimitar metodológicamente el objeto de su ciencia, a partir de que le había adjudicado al Derecho Administrativo la finalidad de estudiar “el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”. Lo que quisiera comentar brevemente, a los fines limitados de esta introducción, son tres aspectos de esa elaboración doctrinaria, en tanto definen rasgos típicos de su estilo científico: el primero se refiere a la perspectiva utilizada para estudiar la cuestión, el segundo al procedimiento de confrontación del resultado de la investigación teórica con la realidad política nacional, y el tercero la vinculación de estos dos pasos con un tercero, que contiene sus propuestas sobre la instauración de

prácticas democráticas en la Argentina, con directa incidencia sobre el ejercicio de la función administrativa.

Respecto de la primera cuestión, debo destacar que el proceso de análisis sobre la función administrativa, si bien está centrado en una perspectiva normativa, no está limitado a ella. En sus obras tempranas está claro que el problema de las funciones del Estado, como empírica e históricamente las conocía en ese momento, con cometidos prestacionales y protectores legitimados por la eficacia, constituían una realidad más compleja que la tratada por la doctrina corriente, lo que motivó, creo, que no limitara su abordaje al de la perspectiva de la pureza positivista heredada de los fructíferos embates kantianos y neokantianos contra el cameralismo y sus sucesores.

Por el contrario, advirtió desde entonces, en una tendencia que se acentuó en su obra posterior, que el derecho es una ciencia que opera sobre un sector de la realidad y que no puede conocerse en profundidad ni pretenderse un cambio de esa realidad que sirva a la justicia, si la reflexión teórica se limita al plano del análisis normativo. Es notable cómo desde sus primeros trabajos considera al derecho como una disciplina humanística que no separa sino que integra las normas con los hechos históricos sobre la que opera y con los juicios valorativos que en la interacción de una y otra van construyendo la práctica social. Este permanente juego dialéctico entre los planos del ser, del deber ser y de la crítica axiológica, lo lleva a insistir en la necesidad de que la formación del jurista y su propia investigación científica estén apoyadas en el conocimiento de la economía, la filosofía, la sociología y la historia, que deben iluminar indefectiblemente la tarea de aplicación e interpretación del derecho a las situaciones concretas, y estar presentes para poder valorar en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso.

En esa línea, realizó la crítica de las tesis que eran de recibo en ese momento, sobre si la función administrativa es una actividad o es la organización que la desempeña o es un residuo. Agustín se alejó de esa discusión secular aunque no la rehuyó, planteando su propia posición, que ha demostrado a través del tiempo ser de una gran utilidad ordenadora y a mi juicio superior a muchas formulaciones europeas clásicas, donde la discusión, luego de muchos años se abandonó, al reputarse inviable la definición objetiva de administración (el fin de la polémica por agotamiento ha sido certificada nada menos que por el gran Giannini).

La definición que propone, como la verán desarrollada en el Tratado, es, dentro de su criterio científico que explica previamente, más bien de tipo estipulativo, es decir no intenta ser una verdad dogmática ni describir la esencia de la administración. Es producto de la investigación acerca de qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual por parte del derecho. De tal manera, la definición resulta mas nítida, mas clara y mas útil, ya que al partir de otro criterio que el subyacente en las definiciones dogmáticas clásicas de la función administrativa, nos coloca en una perspectiva diferente y explícita, y que, la compartamos o no, nos permite decidir críticamente, como lectores, si la lista de características que justifican que la palabra definida pueda aplicarse a un sector de la realidad es útil o conveniente para el desarrollo teórico de la ciencia.

El segundo aspecto que quería destacar es que Gordillo no aísla a esta reflexión teórica dentro de un sistema conceptual abstracto. Por el contrario, la confronta con la realidad, como es característica de toda su obra, que no limita sus aportes a la consideración de la legitimidad formal de las instituciones, tomándolas sólo como distribuidoras de funciones, sino que comprometidamente se expide sobre la legitimidad sustantiva del Estado, examinando en qué medida ese Estado y esa administración ponen en acto (o no), a través del ejercicio concreto de la función administrativa, antes conceptualizada, valores, ideas y proyectos colectivos, para saber a que tipo de práctica social sirven. No debe olvidarse, aún cuando no desarrollo por razones obvias este aspecto con la extensión que merece, la importancia que desde el punto de vista de las libertades públicas tiene la impugnación largamente argumentada que hizo Gordillo de las pretendidas funciones legislativas o jurisdiccionales de órganos pertenecientes a la organización administrativa.

En este orden de ideas, ubicó a la función administrativa, en la medida que comprende a la totalidad de las actividades del Poder Ejecutivo (además, pero secundariamente, de las de los otros poderes que no sean materialmente su función principal) en una posición subordinada a la legislación y a la jurisdicción, dentro del equilibrio teórico de los poderes diseñado por la Constitución. No obstante, verificó en la realidad el desequilibrio real, consistente en que los poderes legislativo y judicial están en los hechos subordinados al ejecutivo. Hace más de treinta años Gordillo explicaba que ello se debía a la necesidad política de los legisladores de contar con cargos públicos para atender a su clientela y sus corruptelas, nombramientos que sólo el Poder Ejecutivo podía proporcionar, además de señalar

agudamente que el liderazgo político del presidente anulaba también la función de control del Poder Legislativo y aún la del Poder Judicial, cuando aplica con excesiva benevolencia el self restraint y los diversos criterios limitativos de su atribución de juzgar la actividad de los otros poderes.

Este agudizado juicio de Gordillo no recibió la adecuada atención en la discusión académica, que prefirió quedarse en el nivel de las definiciones pretendidamente descriptivas de un orden institucional que no existía. La historia subsiguiente fue ciertamente nefasta: de la distorsión del sistema constitucional se pasó a su desconocimiento total con la instalación de las dictaduras de 1966 y 1976. Y como tampoco se tomaron en cuenta esas lúcidas críticas después de 1983, es que hoy vivimos bajo una situación de quiebra difícilmente remediabile del sistema de división de poderes, que compromete seriamente el futuro de la democracia representativa.

Inclusive no puede soslayarse que la relativización intensiva del sometimiento de la Administración a las órdenes judiciales, se vincula en la Argentina a tales vicisitudes, que jalonaron, a lo largo de varias décadas, la liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder entre el Legislativo y el Ejecutivo, que puede verificarse a través de la validación de los decretos-leyes (tesis de la continuidad), la utilización indiscriminada de la delegación legislativa (con legitimación por parte de la justicia, ratificación legislativa en bloque posreforma constitucional de 1994 y uso actual de su artículo 76) y de los decretos de necesidad y urgencia (legitimados ad nauseam por la Corte) y la limitación de la función del Congreso a aprobar los proyectos preparados y originados por el Poder Ejecutivo, muchas veces bajo una presión inadmisibile y la amenaza anticipada del ejercicio de la facultad de veto.

Y, por otro lado, en la constatación del dato de que el desarrollo del Estado implicó, además, la multiplicación normativa de origen administrativo, signo externo del cambio de su racionalidad interna. El resultado fue que la tajante distinción entre ley y acto de la administración aparece como superada, no por la teoría sino por la realidad, con la resultante de que el Ejecutivo, como poder tecnificado, pasa a ocupar el lugar decisivo, no solo en la función de elaboración legislativa, sino en todo el proceso normativo. Es, como quedó dicho, el programador de la actividad parlamentaria y emisor per se de normas generales en todos los ámbitos. Ello derivó en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de hecho que tiene

hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el “interés general”, frente a lo cual la reserva de los derechos del ciudadano quedó en la “administración de justicia”, en la que, según los criterios administrativos, ha devenido la verdadera naturaleza del “Poder Judicial” de la Constitución. Este desequilibrio flagrante de la organización constitucional de los poderes ha quebrantando de manera grave y difícilmente remediable el sistema mismo de la democracia representativa, lo que vuelve más valioso que nunca atender a las críticas y propuestas de Gordillo para remediarlo.

A ello va dirigido el último aspecto que quería destacar. La definición de la función administrativa y la insistencia en su posición subordinada respecto de la legislación y la justicia, integra una visión de las condiciones de lo que se conoce como estado de derecho y más particularmente como estado social de derecho. Gordillo atendió vigorosamente este problema destacando la falta de contradicción entre el estado de derecho clásico, en tanto defensor de los derechos individuales, y el estado de bienestar, como interventor activo para lograr la “libertad de la necesidad”. Ahora bien, pronunciarse sobre si en la Argentina contamos con un estado social de derecho, atendiendo a la práctica social respecto de la extensión y modalidades de ejercicio de la función administrativa, implica la adopción de criterios acerca de qué notas definitorias se convenga en considerar relevantes para definirlo y el punto en que se acuerde dejar de hacer distinciones, sobre todo después que el estado, de ser el gran demiurgo de la historia, pasó a ser el gran demonio de la historia.

En términos muy generales, a casi todas las etapas históricas del Estado argentino se las ha calificado frecuentemente como “de derecho” recurriendo para ello al expediente de definir sin confrontar con la realidad, con un enfoque formalista y tecnocrático de la estructura de los poderes públicos, que afirma la vigencia general del principio de legalidad, apareciendo sus violaciones como meras anomalías contingentes que encontrarán su remedio a través de los recursos administrativos y judiciales, aún con sus imperfecciones. De tal manera, si entre las instancias de la “idea del estado de derecho” y la “concreción histórica” de ese tipo de estado, nos limitamos a considerar relevante sólo a la primera, ello nos proporcionará necesariamente una versión incompleta y acaso engañosa de la cuestión que se está examinando, ya que esa perspectiva impide que se tomen en cuenta los vicios estructurales que impiden el goce efectivo de los derechos

y libertades de los ciudadanos, o sea la negación de los requisitos mínimos para que aquel tipo de estado se configure.

Por tal razón cobra una importancia decisiva en la metodología de nuestra materia esta característica de la obra de Gordillo, consistente en la confrontación de la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión, que no son inocentes desde el punto de vista de la valoración, toda vez que debe analizarse si son pertinentes los rasgos que se seleccionan cuando se agrupa un caso dentro de cierta categoría. La discusión sobre estos criterios de inclusión recibe de Gordillo un impulso más que decidido y nos invita a todos a participar en ella, al considerar que el Estado no es un dato dado sino una construcción, el producto y la expresión de una cultura y sus contradicciones, siendo el papel del intelectual elaborar teoría acerca de su funcionamiento y de su articulación con la sociedad civil, haciéndolo portador de proyectos colectivos que aseguren y que garanticen la integridad y la cohesión social.

En este orden, quiero destacar que Gordillo, verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (lato sensu), que problematizan su inclusión en la categorías de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa, volcó buena parte de su esfuerzo teórico en examinar las nuevas condiciones de ejercicio de las funciones estatales, básicamente la administrativa, a través de la participación de los ciudadanos en el espacio público, como actores eficaces en la formación de la voluntad general, colocándose en la línea más avanzada respecto de la concepción de la democracia.

Desde este punto de vista, la caracterización del estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser “condicional” en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones. Entre ellas quiero citar la abundante producción de Agustín acerca de la participación activa de la sociedad civil como requisito indispensable de la democratización, el estado de bienestar y su crisis, la exigencia de un principio fuerte de igualdad, la libertad positiva, los derechos económicos y sociales, las precondiciones sociales de la libertad, la extensión de la legitimación procesal para activar las decisiones jurisdiccionales, las reformas judiciales, la descentralización, la imperatividad de las normas internacionales, los medios para combatir la corrupción, la reivindicación del equilibrio constitucional de poderes, la impugnación a la delegación legislativa y a los decretos

de necesidad y urgencia y el control estricto sobre las concesiones de servicios públicos, entre otros. Lo que implica volver de la realidad a las ideas para corregir la gravísima distorsión de su realización histórica concreta. En especial, y para terminar, quiero recordar con gran reconocimiento sus trabajos desde hace treinta años acerca de la participación de los usuarios en las empresas de servicios públicos, la generalización del procedimiento de audiencias públicas y la defensa de los derechos de incidencia colectiva, aspectos que hoy están en el centro de la escena.

Los temas que he enumerado son tal vez los centrales del debate actual acerca de la reformulación del estado democrático de derecho. Gordillo los inserta, coordina y relaciona con los tópicos clásicos del Derecho Administrativo, cuyo tratamiento corriente excede largamente, porque estamos en presencia de un jurista completo e integrador, que domina el Derecho a secas, más allá de especializaciones acotadas artificialmente, cada vez más insostenibles. Es por esta característica del autor, precisamente, que ha podido acometer con tanta fortuna el desarrollo de un Tratado completo sobre la materia, que a partir de ahora quedará a merced de vuestras inteligencias críticas. Podría asegurar sólo una cosa: aunque no estén de acuerdo con una sólo de las reflexiones teóricas de Gordillo, el pasaje por la discusión de sus argumentos no será una operación cultural estéril, sino, por contrario, extremadamente enriquecedora. Así como en el teatro isabelino el prólogo estaba a cargo del actor que adelantaba el tema del drama, quise advertirles en estas páginas previas, lo inevitablemente arduo que resultará el trabajo intelectual de dialogar con Gordillo, mediante la lectura del Tratado, interacción que, a través de los acuerdos y refutaciones que surjan, promoverá sin duda alguna el progreso de nuestra ciencia.

10ª edición: *À propos de (presque) rien*

Tenía ya resuelto, estando en composición de vegetales esta presentación del viejo tomo 3 del Tratado, calificarlo de *décima* edición y no meramente *reimpresión*, porque *una* diferencia entre ambas obligaba a esa precisión y también advertencia liminar: Quien tenga la novena edición no tiene motivo para adquirir la *décima*, salvo que sea un amante de los acertijos.

Una de las cosas que aquí no están, y desmiente que sea una *décima* edición, es la necesaria reelaboración que requerirá el trabajo de MAIRAL que conocemos en borrador —sin su culpa— pero aún se halla en estado de reflexión previa a la publicación. Como no está publicado ni autorizada su cita, esta omisión es inculpable, aunque plagada de incertidumbre acerca de cómo me haré cargo de la reflexión cuando llegue el momento de hacerlo. Si Dios me da vida y MAIRAL publica el trabajo es un puente que enfrentaré más adelante en el tiempo.

La diferencia real pero *introuvable* excepto para el ojo de águila de quienes sobrevuelan las montañas, como mi dilecto prologuista del tratado y otras mentes amigas y preclaras como MAIRAL, fue concebida al unir en la memoria del escritor orillero dos senderos que se bifurcan: La obra de Borges concebida como sub-texto deliberado de un reciente libro con una lúcida exposición divulgando los últimos veinte años de la evolución científica del conocimiento del cerebro y la memoria humana.

Ese doble sendero es uno, el otro es como siempre los hechos a la luz del derecho.

No digo más, salvo que el adquirente de buena fe sólo debe comprar esta *décima* edición si no tiene la novena, a menos que esté dispuesto a sacrificar su peculio en la búsqueda, quizás infructuosa, de la insustancial pero deliberada diferencia que justifica semánticamente evitar la calificación de *reimpresión* inalterada.

Con este enigma para los que tienen la vocación de indagar, presentamos al amable pero advertido e informado lector lo que denominamos, con alguna licencia literaria, esta *décima* edición del tomo 3.

Agustín Gordillo

AGRADECIMIENTOS PARA LA 9ª EDICION (2007)

En esta edición tuvimos la distinción de contar con dos tipos de apoyo: uno, cuya coordinación general estuvo a cargo de la Dra. **SUSANA ELENA VEGA**, profesora de la carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la UBA. Este primer conjunto de colegas y amigos trabajó como grupo e hizo observaciones sistemáticas al libro, que revisó en su totalidad.

Un segundo tipo de apoyo vino como en anteriores ediciones de diversos colegas que a título individual nos hicieron también llegar sus comentarios y sugerencias puntuales.

La colaboración de todos ellos ha sido una ayuda invaluable para proceder a la reelaboración del libro en esta novena edición.

Advertirá el lector, asimismo, que hemos abandonado el *page maker* para utilizar sistemas más modernos de diseño gráfico, que permiten la numeración automática de notas, igual que en el *Word*. No ha sido necesario entonces como en anteriores ediciones numerar las notas según cada párrafo, lo que en su momento nos permitió introducir cambios y nuevas notas hasta último momento, sin necesidad de rehacer el capítulo. Ahora eso lo hace el programa por sí sólo y la numeración de las notas es corrida en cada capítulo y a pesar de ello mantenemos entonces la ventaja de poder corregir hasta último momento. No hemos numerado las notas corridas en todo el libro porque entonces las remisiones preexistentes se volverían una pesadilla para corregir ante cada nueva nota que se inserta. Ahora el problema se limita a cada capítulo y las referencias cruzadas, que son muchas.

Sin embargo, mantenemos la numeración de las páginas por capítulo, pues su finalidad se ha cumplido siempre satisfactoriamente, permitiendo al lector ubicar más fácilmente el capítulo que busca. Lo vimos hace muchos años en un libro alemán, y seguimos creyendo que es útil para el lector. Ayuda, desde luego, a comparar distintas ediciones, esa parte fatigosa de toda investigación cuando la numeración de páginas es corrida.

En cuanto al fondo, quizás la diferencia más importante, aunque sutil, es que hemos reajustado la definición de acto administrativo para hacernos cargo de la observación de MAIRAL, tal como explicamos en el texto: en lugar de definirlo como el acto que produce efectos jurídicos, modificamos el lenguaje para establecer que el acto sea apto para producir efectos jurídicos, eliminando así la posible inclusión de lo que MAIRAL llamó meros pronunciamientos administrativos.

No hemos conversado con MAIRAL sobre este cambio, de modo que no sabemos todavía si nuestro intento es ahora fructuoso, o aún no. En todo caso habremos de perseverar en la reflexión y el reanálisis, tomando aquella máxima según la cual *“Réflechir, c'est nier ce que l'on croit.”*

En suma y como no solamente es de estilo, sino que refleja la estricta realidad, debemos a muchas personas la ayuda que nos han brindado para repensar y rehacer esta edición, aunque por supuesto los errores nos son exclusivamente imputables. Pero es obvio que trabajar sobre la base de múltiples propuestas hace el esfuerzo no sólo más fructífero sino también más agradable y fácil, por lo que la obra ya va tomando los caracteres de una obra colectiva, como fuera siempre nuestra aspiración.

Nuestro máximo agradecimiento, pues, en primer lugar para el grupo que coordinara tan eficazmente la profesora SUSANA ELENA VEGA:

MARIANA AMONDAIN
MAXIMILIANO ANTONIETTA
ANA MARÍA BASSI
JOSÉ ESTEBAN BOGUT SALCEDO
LUCÍA BUJAN
FEDERICO CAMPOLIETI
FERNANDA CRESPO
LEANDRO HERNÁN FERNÁNDEZ
FRANCISCO FERRER
SANTIAGO GARCÍA MIRA
MARÍA CAROLINA GRACIARENA
SANDRA IOSUE
MARIA LILIA OLAGORTA
GRACIELA PERFETTI
JUAN DOMINGO POLI
ORLANDO PULVIRENTI

Como quedó dicho más arriba, muchos otros amigos y colegas nos enviaron a nuestro pedido sus sugerencias y comentarios, todos los cuales nos han sido también singularmente útiles:

JUAN ENRIQUE ABRE
ALEJANDRO ADRIAO
GALA BARBIERI
CLAUDIA CAPUTI
SANTIAGO CARRILLO
GUILLERMO CISERCHIA
MARCELINO CORNEJO
NICOLÁS DIANA
PEDRO MARTÍN ETCHEVERRIGARAY
MARÍA CECILIA GARCÍA
VIVIANA ELIZABETH IBBA DELLA ROCCA
DIEGO ISABELLA
NAHUEL JOANDET
CLAUDIA CECILIA LÓPEZ SEGADE
NATALIA MANASSERO
ALEJANDRO PÉREZ HUALDE
MARIO REJTMAN FARAH
CECILIA MARA RODRÍGUEZ
JULIETA RODRÍGUEZ PRADO
SERGIO RUIZ
MARÍA AGOSTINA SABATINO ARIAS
FEDERICO THEA
FLORENCIA TIMONIN
LEONARDO TOIA
MARIANA URDAMPILLETA
MARCELA VALDEZ
MATIAS VILLOLA
FRANCISCO VIQUE

A todos ellos, nuestro reiterado, cálido y sincero agradecimiento, una vez más.

Pero hay más. Muchos de ellos, junto a otros que también nos han ayudado en otros vols. o ediciones de este tratado, tenemos el privilegio de contarlos en dos consejos de redacción, uno para el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, y otro para la revista *RPA, Res Publica Argentina* de la Rap. Vaya pues mi renovado reconocimiento público a ambos cuerpos colegiados:

En el primero, el coordinador general es el Dr. **JOSÉ ESTEBAN BOGUT SALCEDO**, y sus integrantes son:

SANTIAGO AVILA
DARIO CIMINELLI
JAVIER FRANCISCO FERRER
HUGO GONZÁLEZ ELÍAS
PEDRO MIRÓ
KARINA PRIETO
ORLANDO PULVIRENTI
SERGIO RUÍZ
HERNÁN SPINA
MARIANA URDAMPILLETA
VALERIA VILTES

En el segundo, el vicedirector es el Dr. AGUSTÍN GARCÍA SANZ, y sus integrantes son:

SANTIAGO R. CARRILLO
NICOLÁS DIANA
MARCELO BRUNO DOS SANTOS
FRANCISCO J. FERRER
JOSEFINA PAZOS
KARINA PRIETO
ORLANDO D. PULVIRENTI
GUILLERMO SCHEIBLER

A todos ellos, decirles Gracias, Muchísimas gracias, es muy poco en relación a todo lo que generosamente brindan a estas publicaciones. Quiera el lector suplir la pobreza del lenguaje.

Agustín Gordillo

AGRADECIMIENTOS PARA LA 8ª EDICION (2004)

DANIELA ALETTI ha superado el rol que ya expliqué en los agradecimientos de la 8ª edición del tomo 4: ahora como Secretaria de la Fundación de Derecho Administrativo, cada vez con mayor dedicación y eficacia, logra estimular la creciente participación de nuevos o antiguos colegas y amigos, y coordinar las ingentes colaboraciones recibidas. En esta ocasión han participado intensamente, con muchos datos y jurisprudencia, dos grupos (no han trabajado grupalmente, es sólo una diferenciación interna que hacemos). El primero y más significativo por el nivel de esfuerzo puesto en esta edición está formado por:

MATÍAS JOSÉ ÁLVAREZ

LUIS FEDERICO ARIAS

LETICIA CALLA

DARIO CIMINELLI

AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ

ADRIANA LAURÍA

JUANA ESTER MOLINELLI

MIGUEL H. E. OROZ

ANA ELISA PASQUALINI

JOSEFINA PAZOS

JULIETA RODRÍGUEZ PRADO

JUAN ANTONIO STUPENENGO

LEONARDO MARCO TOIA

VALERIA E. ZAYAT

Pero ha trabajado más gente aún, aunque parezca exageración propia del autor. No lo es. Cabe agradecer un importantísimo segundo grupo de colaboraciones manifestadas en sugerencias, ideas o materiales, de:

RAFAEL ACUÑA

CLAUDIA CAPUTI

MARIANO LUCAS CORDEIRO

MARÍA SOLEDAD GARCÍA

ARIANA LORENA GARRIDO

ADRIÁN JAVIER GAVEGLIO

GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA

MARÍA ISABEL FULGHERI

MARIANA AYHESA ITURRALDE

MIRIAM MABEL IVANEGA

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

HÉCTOR A. MAIRAL

EDUARDO MERTEHIKIAN

MARÍA GABRIELA MINGRONE

LILIANA PLUS

DANIEL A. PRIERI BELMONTE

MÓNICA SILVANA SCOCCO

HERNÁN SPINA

JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

Agradezco a todos ellos la ayuda que me brindan para seguir reflexionando con la mirada nueva, e información nueva, que siempre me proporcionan. El ojo agudo del lector cuidadoso no dejará de advertir los cambios que cada edición siempre trae, gracias a tantas y tan generosas como calificadas contribuciones.

Agustín Gordillo

AGRADECIMIENTOS EN OCASIÓN DE LA SÉPTIMA EDICIÓN DEL T. 3

Participaron con aportes y sugerencias en la corrección de la presente edición mexicana de los cuatro volúmenes:

DANIELA ALETTI
LILIANA PLUS
MÓNICA SCOCCO

Y nos han ayudado también, generosa e intensamente, sea en nuestra formación personal, en las anteriores ediciones y en otras publicaciones y de múltiples otras maneras, o desde y para las actividades y los objetivos de la Fundación de Derecho Administrativo, entre otros:

| | |
|--------------------------------------|---|
| ADILSON ABREU DALLARI | GERALDO ATALIBA |
| DAFNE SOLEDAD AHE | MERCEDES AVELDAÑO |
| SEBASTIÁN D. ALANIS | CARLOS AYALA |
| JUAN JOSÉ ALBORNOZ | MARIANA AYHESA ITURRALDE |
| CARLOS ALCHOURRÓN | PATRICIO AYLWIN |
| CECILIA MARÍA ALLONA | MARÍA ISABEL AZARETTO |
| MATÍAS JOSÉ ÁLVAREZ | GUSTAVO BACACORZO |
| LUIS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO | ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO |
| CARLOS A. ANDREUCCI | JORGE BACQUÉ |
| PEDRO ENRIQUE ANDRIEU | ANA BADILLOS |
| GORDON ANTHONY | CARLOS F. BALBÍN |
| HÉCTOR AQUILES MAIRAL | CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO |
| LILIANA ARALDI | OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO |
| JOSÉ ARAUJO JUÁREZ | MARIO BANDÍN |
| MARTA ARCE | ANDRÉS BARBIERI |
| LUIS FEDERICO ARIAS | DAISY BARÓ |
| IVÁN AROSTICA MALDONADO | RUBÉN A. BARREIRO |

MARÍA JULIA BARRESE
 EDUARDO BAUZÁ MERCÈRE
 PHILIP H. M. BEAUREGARD
 FELICIANO BENVENUTI
 ROBERTO O. BERIZONCE
 CLOVIS BEZOS
 OSVALDO HÉCTOR BEZZI
 OSVALDO MÁXIMO BEZZI
 ALBERTO B. BIANCHI
 HOMERO BIBILONI
 RAFAEL BIELSA
 RAFAEL P. BIELSA
 SERGIO BIONDO
 DENISE BLOCH
 MARTÍN BÖHMER
 HERNÁN PÉREZ BOIANI
 NICOLÁS BONINA
 VANESA BORGOÑA
 JORGE TRISTÁN BOSCH
 CARLOS A. BOTASSI
 GUY BRAIBANT
 CHARLES BREITEL
 ALLAN-RANDOLPH BREWER CARÍAS
 MARCELO BRICHETTO
 MARIANO BRITO
 MARCELO BRUNO DOS SANTOS
 THOMAS BUERGENTHAL
 LUCÍA BUJÁN
 EUGENIO BULYGIN
 DANIEL ENRIQUE BUTLOW
 FERNANDO BUZZO
 ANA PAOLA CABEZAS CESCATO
 MARÍA VIRGINIA CAFFERATA
 PASCUAL CAIELLA
 JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
 LETICIA CALLA
 MARCO CAMMELLI
 FEDERICO CAMPOLIETI
 ARMANDO CANOSA
 ARIEL CAPLAN
 CLAUDIA CAPUTI
 LUIS ARMANDO CARELLO
 JORGE CARPIZO

ALEJANDRO CARRIÓ
 GENARO CARRIÓ
 CÉSAR CASAKIN
 ROBERTO CASORLA YALET
 HERNÁN CELORRIO
 ROSAURA CERDEIRAS
 PAOLA CABEZAS CESCATO
 CARLOS CHACÓN
 LUIS ENRIQUE CHASE PLATE
 MARIO P. CHITI
 NIDIA KARINA CICERO
 RUBÉN M. CITARA
 CARLOS PINTO COELHO MOTTA
 JULIO R. COMADIRA
 ANALÍA CONDE
 YOLANDA CONSUEGRA GÓMEZ
 MARIANO LUCAS CORDEIRO
 RAÚL CORONADO
 ALBERTO BITTENCOURT COTRIM NETO
 CHRISTIAN COURTIS
 JULIO CÉSAR CUETO RÚA
 ANA CUEVAS REY
 FERNANDO CUPO
 ALICIA I. CURIEL
 NÉLIDA MABEL DANIELE
 JORGE DANÓS ORDÓÑEZ
 INÉS D'ARGENIO
 MARÍA CLAUDIA DAVERIO
 GAY DAVIS MILLER
 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
 CARMEN DE LA PAVA
 FEDERICO DE LORENZO
 SYLVIA DERISI DE MAC MAHON
 FLORENCIA GARCÍA DE SALTERAIN
 GUSTAVO JUAN DE SANTIS
 ORLANDO R. DE SIMONE
 BLANCA A. H. DE VILLAVICENCIO
 RAÚL DE ZUVIRÍA ZAVALETA
 CHARLES DEBBASCH
 CARLOS DELPIAZZO
 NICOLÁS DIANA
 EDGARDO DÍAZ ARAUJO
 MANUEL MARÍA DIÉZ

- SELVA DIPASQUALE
 ALMIRO DO COUTO E SILVA
 MARTÍN DONDIZ
 LIONEL ALAIN DUPUIS
 AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
 RAFAEL ENTRENA CUESTA
 RODOLFO PIZA ESCALANTE
 JUAN CARLOS ESGUERRA
 CAROLINA FAIRSTEIN
 EDUARDO FALCÓN
 OSCAR FAPPIANO
 LUIS FARIÁS MATA
 ISMAEL FARRANDO
 JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ
 TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
 JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
 MIGUEL ÁNGEL FERRARA
 SÉRGIO FERRAZ
 MARCELO FERREIRA
 BARTOLOMÉ FIORINI
 GREGORIO FLAX
 ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS
 SPYRIDON FLOGAÍTIS
 OSCAR FREIRE ROMERO
 PATRIK FRYDMAN
 PABLO ADRIÁN GARBARINO
 MARIANO I. GARCÍA CUERVA
 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
 FLORENCIA GARCÍA DE SALTERAIN
 AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ
 HERNÁN GARGIULO
 ARIANA GARRIDO
 FERNANDO GARRIDO FALLA
 YVES GAUDEMET
 ADRIÁN JAVIER GAVEGLIO
 MARÍA ANGÉLICA GELLI
 YASH P. GHAI
 CELIA GOLDMAN
 SANTIAGO GÓMEZ
 MARÍA CECILIA GÓMEZ MASÍA
 DANIEL GÓMEZ SANCHÍS
 ENRIQUE GOMEZ-REINO
 RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC
- GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA
 HUGO R. GONZÁLEZ ELÍAS
 FLORENCIA GONZÁLEZ OLDEKOP
 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
 GASTÓN GORDILLO
 GUILLERMO A. GORDO
 M. CAROLINA GRACIARENA
 EROS ROBERTO GRAU
 IGNACIO GRIMBERG
 IBERÊ GRIMONI
 ENRIQUE GROISMAN
 OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO
 RICARDO GUIBOURG
 GRACIELA GÜIDI
 JAVIER GUIRIDLIAN LAROSA
 GERHARD GUNZ
 JUAN CARLOS GUTIÉRREZ
 PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO
 HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE
 LINN A. HAMMERGREN
 ROY L. HEENAN
 DIETER HELMUT SCHEUING
 VÍCTOR R. HERNÁNDEZ MENDIBLE
 CLAUDIO HOISTACHER
 TOMÁS HUTCHINSON
 SILVINA INDART
 MIRIAM INSAUSTI
 SANDRA M. IOSUE
 MARÍA PAOLA IOVANNA
 MARIANA AYHESA ITURRALDE
 MIRIAM MABEL IVANEGA
 MARÍA JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS
 MARCOS KAPLAN
 AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
 GUILLERMO WALTER KLEIN
 RICARDO KOOLEN
 PHILINE LACHMAN
 PABLO FERNÁNDEZ LAMELA
 CARLOS MARCELO LAMOGLIA
 ELOY LARES MARTÍNEZ
 MARÍA LAURA LEDE
 HELGA LEVED
 JEROME I. LEVINSON

JUAN FRANCISCO LINARES
CARLOS AUGUSTO LO TURCO
FERNANDO M. LODEIRO MARTÍNEZ
ANA CRISTINA LOGAR
ADELINA LOIANO
MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN
MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA
ENRIQUE G. MABROMATA
JUAN JOSÉ MAC MAHON
MANOS MAGANARIS
HORACIO ENRIQUE MAIDANA
JORGE LUIS MAIORANO
HÉCTOR A. MAIRAL
ELISENDA MALARET GARCÍA
CARLOS ENRIQUE MAMBERTI
PABLO MÁNTARAS
LUIGI MANZETTI
MIGUEL A. MARAFUSCHI
MIGUEL S. MARIENHOFF
JUAN JOSÉ MARTIARENA
ANTONIO A. MARTINO
LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER
SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
DANIEL HUGO MARTINS
ISMAEL MATA
DIEGO MAY ZUVIRÍA
JOSÉ HÉCTOR MEEHAN
EDUARDO MERTEHIKIAN
CLAUDIA A. M. MILANTA
MARÍA EVA MILJIKER
JONATHAN M. MILLER
MARÍA VALERIA MOGLIANI
JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER
GUILLERMO MONCAYO
MARCO GERARDO MONROY
LUIS MONTAGNARO
LAURA MERCEDES MONTI
SANDRA MORELLI RICO
AUGUSTO MARIO MORELLO
JORGE LEANDRO MORICET
NATALIA MORTIER
TOSHIO MUKAI
GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
ALFONSO NAVA NEGRETE
MARÍA MARTA NEUMANN
ALEJANDRO NIETO GARCÍA
EVA NIETO GARRIDO
MAURICIO OBARRIO
MARCO ODELLO
MARÍA LILIA OLAGORTA
FLORENCIA OLDEKOP
MIGUEL OROZ
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RICARDO MIGUEL ORTIZ
EDUARDO ORTIZ ORTIZ
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
MIGUEL ÁNGEL ORTIZ PELLEGRINI
OSCAR OSZLAK
EDUARDO OTEIZA
BERNARD PACTEAU
EUGENIO LUIS PALAZZO
ANTONIO PANTELIS
ROLANDO PANTOJA BAUZÁ
KATERINA PAPANIKOLAOU
LUCIANO PAREJO ALFONSO
ANA ELISA PASQUALINI
LUCIO PEGORARO
HERNÁN PÉREZ BOIANI
DARDO PÉREZ GILHOU
ALEJANDRO PÉREZ HUALDE
ENRIQUE PÉREZ OLIVARES
HUGO PÉREZ ROJAS
MARÍA FERNANDA PÉREZ SOLLA
PABLO ESTEBAN PERRINO
EDUARDO A. PIGRETTI
ALESSANDRO PIZZORUSSO
ARISTIDE POLICE
PACUAL POLITI
JULIÁN PRATO
DANIEL A. PRIERI BELMONTE
OSVALDO A. F. PRITZ
HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ
JULIO RAFFO
LUIS MARTÍN REBOLLO
MANUEL REBOLLO PUIG

JOSÉ RAFAEL REGODESEBES
 MARÍA GRACIELA REIRIZ
 MARIO REJTMAN FARAH
 GUSTAVO ADOLFO REVIDATTI
 CAMILO RICCI
 INÉS E. ROCCA
 VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ
 JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ
 MARIANO RODRÍGUEZ FERRARIS
 JULIETA RODRÍGUEZ PRADO
 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
 RODOLFO ROQUEL
 HENRY ROSON
 ALEJANDRO ROSSI
 DONALD C. ROWAT
 EZEQUIEL RUBINSTEIN
 JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
 MARA RUIZ
 ALBERTO RUIZ ELDREDGE
 ALEJANDRO MARIO RUIZ SCHULZE
 ROBERTO P. SABA
 DANIEL ALBERTO SABSAY
 ESTELA SACRISTÁN.
 JORGE A. SÁENZ
 JUAN IGNACIO SÁENZ
 HERNÁN SÁENZ JIMÉNEZ
 VIVIANA SEVILLE SALAS
 MARCELO SALINAS
 JORGE LUIS SALOMONI
 ALBERTO M. SÁNCHEZ
 FABIO FÉLIX SÁNCHEZ
 MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
 HORACIO SANGUINETTI
 SILVANA MARISA SANTORO
 ENRIQUE J. SARAVIA
 DIEGO SARCIAT
 CONSUELO SARRIA OLCOS
 GUILLERMO M. SCHEIBLER
 ULRICH SCHEUNER
 LEOPOLDO SCHIFFRIN
 HANS SCHNEIDER
 ROLANDO SCHNEIDER
 PETER H. SCHUCK

PABLO SEGURA
 O. GABRIEL SENA BERTERRETICHE
 EMILIO MARCELINO SENDIN
 DOMINGO JUAN SESÍN
 ENRIQUE SILVA CIMMA
 MARÍA GRACIELA ALFANO
 MARTÍN SILVA GARRETÓN
 OSVALDO E. SISELES
 MORTON H. SKLAR
 NELSON SOCORRO
 ROBERTO CARLOS SOLÁ
 MARÍA GABRIELA SORBELLO
 DANIEL FERNANDO SORIA
 MIRTHA SOTELO DE ANDREAU
 GUSTAVO SPACAROTEL
 EPAMINONDAS P. SPILIOPOULOS
 PHILLIPOS SPYROPOULOS
 ERICA STEIN
 GABRIELA STORTONI
 JUAN ANTONIO STUPENENGO
 ENRIQUE LUIS SUÁREZ
 CARLOS ARI SUNDFELD
 ÁLVARO TAFUR GALVIS
 CARLOS E. TAMBUSI
 GUIDO SANTIAGO TAWIL
 FRANCISCO TINAJERO VILLAMAR
 LEONARDO MARCO TOIA
 CHRISTIAN TOMUSCHAT
 JOAQUÍN TORNOS
 FLORENCIO TRAVIESO
 JUAN ANTONIO TRAVIESO
 CARLOS R. TRIBIÑO
 ARTHUR B. TRUDEAU
 JULIO ALBERTO TULIÁN
 CARLOS R. TURBIÑO
 DANIELA UGOLINI
 MARÍA EUGENIA URQUIJO
 ALEJANDRO USLENGHI
 DIEGO VALADÉS
 LÚCIA VALLE FIGUEIREDO
 CARLOS A. VALLEFÍN
 ESTELA VAN AKEN
 LUCIANO VANDELLI

JORGE REINALDO VANOSSI
SUSANA VEGA
AIXA VIDAL
JAIME VIDAL PERDOMO
JOSÉ VILANOVA
SALVADOR VILLAGRA MAFFIODO
ALEJANDRA GARCÍA VILLASUR
MARÍA ALEJANDRA VILLASUR GARCÍA
BLANCA R. DE VILLAVICENCIO
JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
H.W.R. WADE
PER WALSOE

LORIN S. WEISENFELD
RICHARD WERKSMAN
LUZIUS WILDHABER
GEOFFREY WILSON
JORGE WITKER
ROBERTO CASORLA
EUGENIO R. ZAFFARONI
WEIDA ZANCANER
MARÍA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
EDUARDO A. ZANNONI
VALERIA E. ZAYAT
ALBERTO ZUPPI

A todos ellos, nuestro más sincero y especial agradecimiento.

A. G.

PROLOGO A LA SEXTA EDICIÓN DEL T. 3

Luego de las primera y segunda edición colombiana y primera edición venezolana del año 2001, participaron en la corrección de las presentes nuevas ediciones peruana y brasileña de los cuatro volúmenes:

JUAN JOSÉ ALBORNOZ
DANIELA ALETTI
MATÍAS JOSÉ ALVAREZ
LILIANA ARALDI
FERNANDO NICOLÁS BONINA
CARLOS ALFREDO BOTASSI
KARINA CICERO
LETICIA CALLA
ROBERTO CASORLA YALET
MABEL DANIELE
HERNÁN GARGIULO
ARIANA GARRIDO

SANTIAGO GOMEZ
SANDRA IOSUE
MARÍA PAOLA IOVANNA
HORACIO ENRIQUE MAIDANA
MARÍA EVA MILJIKER
ANA ELISA PASQUALINI
RODOLFO PETER
MARIO REJTMAN FARAH
GUILLERMO SCHEIBLER
LEONARDO MARCO TOIA
SUSANA VEGA
JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

A ellos, nuestro más sincero agradecimiento.

A. G.

PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN

Hay quienes trabajan tan bien y con tanta responsabilidad en aportar elementos al autor que éste a veces no da abasto para tomar debidamente en cuenta todo el material. Es lo que nos pasó con los aportes que en un fructífero lapso de tres años, anterior a la edición de 1999, nos hiciera un dilecto grupo de ex-discípulos. Ahora que hemos avanzado más en ese caudal selecto pero casi inagotable de reflexión e información cuidadosamente seleccionada y ordenada que nos proporcionaran, corresponde objetivamente que expresemos, con renovado énfasis, nuestro reiterado agradecimiento a aquel núcleo que, bajo la inspiración y coordinación de DIEGO SARCIAT, trabajó en equipo con tanta intensidad y dedicación:

CECILIA MARÍA ALLONA

EDUARDO FALCÓN

CLAUDIO HOISTACHER

SILVINA INDART

MARÍA EVA MILJIKER

MIGUEL OROZ

JULIÁN PRATO

Con ese material y apoyo documental seguimos trabajando en esta edición. Nos ayudaron ahora con la lectura y revisión del libro:

ADRIÁN JAVIER GAVEGLIO

MARÍA PAOLA IOVANNA

MARÍA GABRIELA SORBELLO

Para esta quinta edición pedimos sugerencias y críticas a otros autores del mismo tema, como lo hicimos en el tomo 4. Obtuvimos una cálida y generosa

respuesta. Me han honrado ahora con sus comentarios, que he utilizado para repensar la obra, mis distinguidos amigos y colegas:

CARLOS A. BOTASSI

JULIO RODOLFO COMADIRA

HÉCTOR AQUILES MAIRAL

¿Será necesario decir que no puede imputárseles error alguno nuestro?

A todos ellos, mis efusivas gracias.

Agustín Gordillo

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN (1999)

1.— Estaba almorzando a fines de 1998 con SPYRIDON FLOGAÏTIS, con quien me une antiguo respeto y afecto, cuando me preguntó, a modo de introducción luego de casi veinte años sin vernos: “¿Y, cómo están las cosas en la Argentina? ¿Siempre siguen centrando el derecho administrativo en torno al acto administrativo?”

Las palabras de FLOGAÏTIS me hicieron tomar conciencia de que lo que estaba haciendo no era una edición más de este mismo tomo, y que debía de algún modo rendir cuentas de la pregunta, al menos ante mí mismo: tocaba hacer una suerte de introspección. No es tampoco intrascendente que la 1ª y 4ª edición se hallen en el contexto de un gobierno constitucional y con un cierto ámbito de libertad, la 2ª y 3ª bajo gobiernos de facto.

2.— Al fin del milenio la justicia ejerce con mayor plenitud su rol frente a la administración. El derecho se halla transmutado por los pactos y la justicia supranacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos), la nueva Constitución de 1994 y los tratados internacionales que recepta en su artículo 75 inc. 22; los nuevos pactos internacionales que se siguen celebrando, como la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), que expresamente se entrelaza con la inequidad, la ineficiencia, la falta de transparencia, etc., y su imprescindible control judicial nacional —o extranacional.

Es toda una nueva cosmovisión del poder.

También avanza la jurisdicción extranjera en un creciente derecho internacional que abarca a los sujetos y al poder en los delitos de lesa humanidad (*Regina v. Evans*); al lavado de dinero —el rastro continuo, imborrable e imprescriptible de la corrupción, soborno transnacional y otros delitos conexos— se extiende también la jurisdicción extranjera y se le asocia en la forma que indica el Preámbulo de la CICC, que explicamos en el cap. XVI del t. 1. Es el nuevo derecho de gentes, que desde nuestra Constitución de 1853 se admite aquí como de jurisdicción extranacional (art. 118).

Esta cosmovisión también aparece en materia de acto administrativo. Por eso es que a los ya lejanos debates de comienzos del '60 hay que darles el escenario del nuevo milenio, en que la presión social se hace sentir a partir de una Constitución más participativa, audiencias públicas, entes regulatorios independientes del Poder Ejecutivo, una inserción global distinta, etc.

Es para establecer el nexo de este tercer volumen con el estadio actual de nuestra historia que incorporamos la *Introducción*, una suerte de resumen de problemas en vías de extinción.

3.— Reiteramos nuestro reconocimiento a quienes nos ayudaron en anteriores ediciones, y agradecemos además en esta ocasión las sugerencias y aportes de:

CECILIA MARÍA ALLONA
MARÍA ISABEL AZARETTO
CARLOS A. BOTASSI
CLAUDIA CAPUTI
SELVA DIPASQUALE
EDUARDO FALCÓN
CAROLINA GRACIARENA
CLAUDIO HOISTACHER
SILVINA INDART
MARÍA EVA MILJIKER
MARÍA VALERIA MOGLIANI
MIGUEL OROZ
JULIÁN PRATO
EZEQUIEL RUBINSTEIN
DIEGO SARCIAT

A todos ellos y a los que ojalá vengan luego, muchas gracias.

Agustín Gordillo

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN (1969)

Huelga referirme aquí a la personalidad del autor y de la que me ocupé en el prólogo de la primera edición. El Dr. GORDILLO, profesor de derecho administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata y profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ha publicado ya, después de su primera edición de “El Acto Administrativo”, tal conjunto de obras de gran valor, que es considerado actualmente un autor de primera línea en la ciencia del derecho administrativo.

Una característica señalada ya por mí en la primera edición, se mantiene acentuada en ésta: la preocupación del autor por esclarecer cuestiones de teoría general del derecho que van implícitas en la teoría del acto administrativo. Fruto de esa actitud es típicamente el capítulo I en el cual se ocupa de las definiciones y clasificaciones en la ciencia del derecho. El autor se vale de una corriente asaz interesante del actual pensamiento jurídico, que motivó entre nosotros un muy valioso trabajo de GENARO RUBÉN CARRIÓ titulado “Derecho y Lenguaje”.

Dice CARRIÓ en su libro, que los hombres se afanan sin razón en buscar el significado “esencial”, “intrínseco”, “real” o “verdadero” de las palabras como si en ellas residiera un valor propio, independiente de las reglas de uso que les asigna tal función y que los filósofos y científicos deben explicar. Las palabras, por el contrario, expresan sólo lo convencionalmente establecido por el lenguaje común o el científico y no están ligadas a exclusivas esencias conceptuales determinadas como verdaderas y únicas.

De allí que el Dr. GORDILLO considera que el científico está autorizado para asignar cierto significado meramente estipulativo al vocablo “acto administrativo”, significado cuyo valor no será un valor de verdad sino de funcionalidad o utilidad teórica. Lo mismo opina —fundado en la corriente filosófica referida— con respecto a las definiciones, clasificaciones y divisiones en el derecho.

Con ese enfoque propone una definición de acto administrativo que no responde, sin duda, a la noción dominante. Para ello desarrolla en los capítulos II, III

y IV, un análisis de los datos que integran el concepto definido el que obedece a un criterio —ya señalado por otros autores— que prescinde del elemento “orgánico”. Para GORDILLO no sólo la Administración dicta actos administrativos. También lo hacen los otros poderes e incluso ciertas personas que no son órganos administrativos. No es, pues, la índole administrativa del órgano que dicta el acto lo que nos da el elemento decisivo para su definición.

En esta materia es de vivo interés el desarrollo de su tesis de que el acto administrativo, para ser tal, necesita producir efectos directos o inmediatos aunque ellos no sean “definitivos”.

El autor sostiene que hay acto administrativo no sólo cuando la decisión tiene efectos fuera de la Administración, sino también cuando lo tiene dentro del ámbito de ella: por ejemplo los que se refieren a sujetos no diferenciados de la Administración, a funcionarios y entes administrativos, denominados por la teoría dominante “actos de la administración”.

Tesis del autor en esta materia liminar de su trabajo es la de que los actos regidos por el derecho privado, que dicta la administración, son también actos administrativos. No admite la distinción entre actos administrativos dictados por la administración y actos privados dictados por la administración. Advierte que todo acto que dicta el organismo administrativo tiene ciertos elementos de derecho público (competencia, voluntad y formas) que lo diferencian substancialmente del acto privado de un particular.

Y vale la pena señalar también que, a juicio del autor, la “licitud” —a diferencia de lo que ocurre con tal acto jurídico privado— no es dato del acto administrativo. Hay así actos administrativos lícitos e ilícitos.

Un aspecto importante de la tesis del autor es la eliminación de los reglamentos y de los contratos del ámbito conceptual del acto administrativo. Éste es siempre un acto de alcance individual. Aquí, en este aspecto, es donde el autor aplica con más rigor su tesis de que las definiciones tienen que ser, no búsqueda de esencias verdaderas sino de resultados prácticos de utilidad para la comprensión y sistematización de los fenómenos estudiados. El autor se encarga de señalar cuáles son las razones prácticas por las que conviene eliminar del significado del vocablo “acto administrativo” los reglamentos y los contratos.

En síntesis, la definición de acto administrativo que sustenta GORDILLO es la siguiente: “Acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.”

He referido su tesis fundamental respecto a lo que es acto administrativo. No es mi propósito comentar aquí la totalidad de la obra. Pero hay muchos aspectos de ella que son clara muestra de la posición sistemática del autor y de su método de construcción jurídica. Por ejemplo el capítulo dedicado a la presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo.

El autor declara “que no se trata de indagar apriorísticamente qué notas conceptuales creemos que debe darse al acto, sino de investigar el derecho positivo a fin de averiguar cómo está regulado.” Este modo de pensar campea en todo el libro. Lo que al autor le interesa es saber cuáles son las notas que en el derecho positivo argentino tiene el acto administrativo y no cuál es la opinión de tal o cual tratadista extranjero que hace su dogmática para el derecho de su propio país. El modo en que GORDILLO estudia el referido tema de presunción de la legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad del acto es claro ejemplo de lo que un jurista puede y debe hacer cuando hace ciencia positiva de buena ley.

En el deseo de que estas líneas no excedan de las que un prólogo debe tener, resisto a la tentación de glosar algunos capítulos que por su riqueza son dignos de encomio. Por ejemplo, los capítulos sobre “Estabilidad e Impugnabilidad”; “Los Actos Administrativos como Instrumentos Públicos”; “Modificación del Acto Administrativo”. “Extinción de los Efectos del Acto Administrativo” y otros varios.

Para terminar sólo me resta repetir algo que ya expresé sobre GORDILLO en mi prólogo anterior. Su obra trasunta un sentido “político-arquitectónico” de profundo respeto por la libertad individual, de claro repudio por todo lo que sea exceso arbitrario de autoridad, cesarismo y prepotencia fiscal. Sabedor de los vicios, fallas e insuficiencias de nuestra organización administrativa, siempre se halla presente en el autor una valoración de esos defectos para buscar, entre dos o más soluciones posibles, la más justa y la más honestamente político-jurídica en cuanto respeta la libertad individual y deja a la autoridad administrativa poder suficiente y legítimo para velar por los intereses públicos.

Ya en otra obra anterior GORDILLO, refiriéndose a los funcionarios cómodos que por rutina o temor todo lo resuelven a favor del Estado dijo: “Más lamentable es que esas actitudes no suelen ser desembozadas: nadie dice abiertamente que el Estado lo es todo y el individuo nada; nadie posiblemente lo piensa en el fondo seriamente. Incluso es posible que se exprese con vehemencia acerca de los «abusos» de los poderes públicos y del «respeto» por las garantías individuales... pero ¿de qué vale esa elocuencia, si cuando se trata de dar solución a un problema concreto —a una pequeña cuestión que no decide la vida o la muerte de un individuo, pero que entraña un verdadero conflicto entre autoridad e individuo— se olvidan las declamaciones y se resuelve fácilmente que ese individuo en ese caso no tiene razón? ¿De que valen aquellos «principios», si luego en cada materia y cuestión de detalle, se los olvida, se los contradice, se los destruye? Éste es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho administrativo.”

En toda la obra del autor resalta esa preocupación por la prepotencia fiscal, por la decisión fácil, arbitraria y de cajón, que frena toda justicia en la actividad administrativa y la hace un paradigma de sinrazón y frivolidad.

Tal cual GORDILLO nos presenta su libro, ha logrado en vigor estructurar un conciso tratado —no un mero ensayo— sobre el acto administrativo, de alto valor teórico y práctico.

JUAN FRANCISCO LINARES

JUAN FRANCISCO LINARES:
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN
(1963)

Es siempre interesante observar el ingreso de un jurista joven y de talento al campo del saber dogmático del derecho. Por ser ese saber un conocimiento polémico en el que el error no es trasto arrumbado sino parte viva de lo que se conoce y debe conocerse, la incorporación de un nuevo científico comporta la participación de un justador más que levanta, aun con sus equivocaciones, el nivel de la ciencia Jurídica. Ningún jurista puede así quedar indiferente ante la promoción de un investigador que viene a traer su pensamiento y hasta su vida misma al diálogo entrecruzado con que la ciencia levanta lentamente la obra humana del saber sobre un modo humano de obrar. Difícilmente puede, pues, substraerme al interés que forzosamente debe despertar la obra científica del doctor AGUSTÍN GORDILLO. Bien dotado intelectualmente, con una profunda vocación que lo impulsa, no se ha esquivado a los temas fundamentales del derecho administrativo. A esos temas epistemológicos que constituyen la frontera entre la ciencia del derecho administrativo y la teoría general del derecho. Publicó así anteriormente, aparte de otras monografías sobre diversos tópicos, una *Introducción al Derecho Administrativo* en la que analiza asuntos como estos: concepto de la personalidad jurídica, derecho subjetivo, acto reglado y acto discrecional, función administrativa, fuentes de derecho administrativo. Y ahora, en esta obra, trata del acto administrativo y de su nulidad. Estos dos libros podrían constituir un volumen con plena unidad y autonomía referente a cuestiones capitales de la materia. Pero veamos el que motiva este prólogo.

Comienza por el tema del acto de gobierno. Analiza la cuestión de si el acto de gobierno del Poder Ejecutivo tiene alguna diferencia esencial frente al acto administrativo. Llega a la conclusión de que no la tiene. Para el autor el acto de gobierno, como figura diferenciada del acto administrativo, es sólo el intento,

fundado en razones históricas circunstanciales propias de ciertos países —no del nuestro— para liberar de control jurisdiccional determinados actos administrativos. Concluye en que en nuestro derecho el mal llamado acto de gobierno del Poder Ejecutivo es controlable judicialmente, con ciertas limitaciones. La demostración de su tesis es de un vigor impresionante. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca del estado de sitio y su exigencia de razonabilidad en el acto del Poder Ejecutivo le sirve de sólido fundamento.

Su concepto restringido de acto administrativo le hace excluir a los actos bilaterales y a algunos unilaterales que parte de la doctrina acepta como actos administrativos. En esta materia la discusión está siempre abierta.

La teoría de la invalidez del acto administrativo toma gran parte de su libro. Es una construcción digna de todo encomio, efectuada sobre la base de la jurisprudencia judicial argentina y que, por su sistema, aportes personales y claridad de exposición merece cuidadosa lectura. El capítulo III es un modelo de estudio sobre asunto tan complejo, sobre todo por el modo en que demuestra el juego autónomo de las nulidades del acto administrativo frente a las del código civil. Esta autonomía se funda a mi juicio —y el autor no toca este punto— en que por el sentido o por el substrato de la conducta en que el acto administrativo consiste, no admite, sin desacierto, que las normas civiles sean aplicables a las nulidades de tales actos. Pero de ningún modo se ampara en la razón de que las normas civiles están destinadas a regir sólo los casos entre particulares o sólo los casos civiles o porque el derecho administrativo no tenga nada que ver con el civil. Este argumento es o una petición de principio o no dice nada.

El capítulo IV trata de los vicios del acto administrativo como causa de invalidez. Tal vez este punto debió ser encarado como penúltimo. De cualquier manera es, en su contenido, un agudo análisis del tema, hecho por segunda vez en el país con tal detenimiento.

El autor no milita en academias ni en anti-academias y no parece afecto a ir por lo trillado. Al día en la doctrina comparada, sabe seleccionarla sin recurrir en erudición baladí; y sabe también valerse de la realidad objetiva que le ofrece la jurisprudencia judicial de nuestros tribunales. Es consciente de que un fallo claro y justo con autoridad vale más que cualquier opinión científica, como dato para la construcción sistemática, sin dejar por ello de valorar y criticar la sentencia cuando procede, por su carencia de fuerza de convicción.

No quiero terminar este prólogo sin decir algo sobre el profundo sentido político arquitectónico encerrado en el trabajo del doctor GORDILLO. Es el sentido de justo equilibrio en todo aquello no previsto por ley expresa en donde pueden entrar en conflicto la libertad y la autoridad. Independiente, dotado de una vigorosa capacidad de análisis y de síntesis y de un fino sentido jurídico, profesor de derecho administrativo en dos universidades, abogado de la Procuración del Tesoro de la Nación, se advierte en él una serena equidistancia de lo que pudiera

ser pasión sectaria, prejuicios políticos, ideología totalitaria o individualista. No puede menos de celebrarse que el derecho público lo haya atraído con sus vastas extensiones de tierra ignota.

JUAN FRANCISCO LINARES

INTRODUCCIÓN

SUMARIO

| | |
|--|--------|
| 1. Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo | Int-1 |
| 2. El modelo autoritario de acto administrativo..... | Int-7 |
| 3. La prevalencia de un interés o bien sobre el otro..... | Int-9 |
| 4. El eje de la tutela judicial efectiva o la “jurisdicción revisora del acto” | Int-11 |
| 5. El control de los hechos. Confusión de jurisdicción ordinaria y extraordinaria | Int-15 |
| 6. El incumplimiento de las garantías del ciudadano y la legalidad..... | Int-16 |
| 7. Una “respuesta coherentemente autoritaria” | Int-17 |
| 8. El sistemático incumplimiento de la Constitución..... | Int-18 |
| 8.1. En general | Int-18 |
| 8.2. La cuestión en el derecho público provincial..... | Int-19 |
| 8.3. La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo | Int-20 |
| 9. Invocar la seguridad jurídica a favor del Estado | Int-22 |
| 10. Prevenir o coadyuvar a la corrupción | Int-23 |
| 11. <i>Quo vadis?</i> | Int-24 |

INTRODUCCIÓN

1. *Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo*

Diversos temas han tenido a través del tiempo un carácter estelar o fundante en el derecho administrativo: poder de policía,¹ servicio público,² contrato administrati-

¹Nuestra posición crítica —siguiendo a ANTONIOLLI— viene desde “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 227, Buenos Aires, Depalma, 1960; *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. V, “El «poder de policía»,” y comparten MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 835 y nota 237; OLIVEIRA, FARLEI MARTINS RICCIO DE, y CERQUEIRA CAMPOS, ALEXANDRA, “Poder de policía: anotações à margen de Agustin Gordillo,” en el libro de FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord. y co-autor), *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustin Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 151-95. La significación política y jurídica es destacada por FERRAZ, SÉRGIO, “A criatividade de Agustin Gordillo,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 298-308; comp. IVANEGA, MIRIAM, “De nuevo acerca del poder de policía,” *LL*, 2007-B, 344 y sus referencias, en especial CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Algunos creen que estas disquisiciones son semánticas y que no importan; otros lo advierten, y cuando en el t. 2 mostramos que se puede hablar de *regulación*, más neutro que policía o poder de policía, lo adoptan: así CICERO, KARINA, *Desafíos de la regulación*, *JA*, 2006-III, nº esp., 30-VIII-2006, y sus autores En otro ej., parecido, acerca de la significación de calificar como decreto-ley a lo que otros llaman “Ley 19.549/72,” ver GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72. Un debate epistolar y generacional,” en *LL*, 2006-F, 892; MILJKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL*, 2007-A, 777; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate GORDILLO-CAMPOLIETI,” en *Res Publica Argentina*, *RPA* 2007-1: 83-90, Buenos Aires, Rap, 2007, quien remite a “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *Res Publica Argentina*, *RPA* 2005-1: 99-119; *supra*, t. 1, cap. I, § 3 a 5 e *infra*, notas 14 y 54.

²Como en las definiciones francesas que siguiera BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 37. *Supra*, t. 1, cap. V, “El derecho administrativo,” § 6.3, “No se refiere principalmente a los servicios públicos.” Hemos transitado por: a) la noción restrictiva en “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *LL*, 106: 1187, año 1962, reproducido en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963; b) la negación total (desde *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, hasta *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984), para c) volver a la noción limitada (este *Tratado*, t. 2, cap. VI, “Servicios públicos,” preanunciada en el prólogo a la 2ª ed. del t. 1); la doctrina continúa debatiendo en torno al lugar del tema en la materia, con nuevos aportes: MAIRAL, “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 359, Buenos Aires, Depalma, 1993; BARRA, RODOLFO, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público,” *LL*, 1982-B, 363 y la demás doctrina (MAIORANO, LINARES, etc.) que recordamos en el t. 2, cap. VI, “Servicios públicos,” § 1, “Origen y evolución,” notas 1.1 y ss. y sus referencias.

vo.³ Hasta la emergencia se ha constituido en un *leit motiv*⁴ de nuestros tiempos.⁵ Algo parecido ocurre con el acto administrativo y el “contencioso administrativo;” se originan en la revolución francesa⁶ y nos llegan trasvasados con el peso de haber nacido como privilegios del funcionario⁷ o compromisos con el poder⁸ y no

³Ver las críticas de MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, pp. 3-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35; “La teoría del contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, CA, 2000, pp. 209-14; “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655; “El aporte de la crítica a la eventual evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849; “La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano,” *ED*, Serie Especial 2000/2001, pp. 525-42; “Los defectos de la contratación pública,” *Revista de Derecho Público, Contratistas del Estado. Procedimiento de selección*, 2006-1: 167-84; “Government contracts under Argentine law: A comparative law overview,” *Fordham International Law Journal*, vol. 26, n° 6, Junio de 2003, pp. 1716-1753; VEGA, SUSANA ELENA, “Política, economía y derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato...*, *op. cit.*, pp. 153-8, que explica cómo política, economía y derecho se desencuentran en las normas y la realidad del contrato administrativo.

⁴En palabras de DANIEL SABSAY, “un comodín que debilita las instituciones:” *La Nación*, 18 de febrero de 2007, Sección “Economía & Negocios,” p. 2, quien al señalar las diferencias entre la constitución real y formal sigue la línea que también explicamos en *La administración paralela. El para-sistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, cuarta reimpression, 2001; BOTASSI, CARLOS, “Estado formal y real en la Argentina,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 357-80; MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, “A luta contra a «Administração Paralela»,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 281/98.

⁵Ver PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” en OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustin Gordillo*, *op. cit.*, pp. 329 a 356 y sus referencias; del mismo autor, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877, especialmente el último párrafo, respecto a la posible configuración de la hipótesis del art. 29; YACOVINO, CECILIA, “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *op. loc. cit.* Desde la Fundación de Derecho Administrativo intentamos prevenir ese desarrollo convocando diversos seminarios que trataron del *Derecho Administrativo de la Emergencia*, abordándose en ellos una importante variedad de temas, no precisamente para desarrollar disparatadas ideas como las que aquí se critican, sino al contrario para mostrar cómo todas debían ser encauzadas en el derecho administrativo del estado democrático de derecho. Ver MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, III*, *op. cit.*; SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005; ZAYAT, VALERIA E. (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, V*, Buenos Aires, FDA, 2007. Ver también GALDÓS, JORGE MARIO, “El caso Massa y la responsabilidad del Estado por daños,” en ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *¿Quo usque tandem? La emergencia y el caso Massa*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 55-69. En otro enfoque, nuestro artículo “Si las palabras fueran energía eólica...”, *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, UNAM, México, 2005, pp. 107-112.

⁶Es la ley del 22 Frimario del año VII, que exime de la obligación de registro e impuesto respectivo a una gran parte de los “actos de administración pública.” VIDAL, ROGER, *Étude générale de l'enregistrement des actes administratifs*, París, Dalloz, 1942, pp. 9-13, por oposición a los “actos de gestión pública,” que deben tributar y ser registrados.

⁷Tal fue la percepción de DICEY, según recuerda GARNER, JAMES W., “La conception anglo-américaine du droit administratif,” en *Mélanges Maurice Hauriou*, París, 1929, pp. 337 y ss., 359, 342, quien la morigera, p. 344 y ss.

⁸Ampliar en SCHMIDT-DE CALUWE, REIMUND, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, pp. 47-9 y ss.: una “legalización del Estado de Policía.”

como una forma de control;⁹ por ello ajenos al *common law*.¹⁰ No desconocemos el valor de la revolución francesa¹¹ en el progreso hacia los derechos humanos,¹² pero algunas de sus particularidades hoy carecen de justificación y se van desmantelando,¹³ en particular su descontrol en el “contencioso administrativo.”

Tampoco la tienen ya la doctrina de facto y la admisión de la usurpación del poder y sus productos,¹⁴ como por ejemplo la severa restricción a la acción de amparo,¹⁵ los actos o cuestiones de gobierno (políticas, institucionales, no justi-

⁹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, del 13 de Julio.)*, t. I, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 632, “Al menos desde la perspectiva de las garantías del administrado. Sólo si existe un acto administrativo previo es posible realizar una actividad material que limite los derechos de los particulares.”

¹⁰ Ver también SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954; FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, prefacio de JEAN RIVERO, París, L.G.D.J., 1986; VÉLEZ GARCÍA, JORGE, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*, Bogotá, Arboleda, 1994.

¹¹ *Supra*, t. I, cap. II, § 2.1, “La evolución inconclusa.”

¹² Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1972, 1921, etc.; *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, 1974, 1979; *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., etc.

¹³ Nos remitimos al t. 1, caps. II, III, VII, VIII; t. 2, caps. V a VII, XIII a XVI, etc. En sentido similar GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas - La Ley, 2006, pp. 547-50.

¹⁴ DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 93-119, para quien “El problema radica en establecer el límite a la función técnica del jurista cuando lo que se trata es de sostener un sistema jurídico cuya base fundamental —su Constitución— ha sido violada por aquellos que gobiernan con el único sustento de la fuerza como elemento de legitimación.”

¹⁵ Que algo se logró vigorizar durante la emergencia, pero con ingente esfuerzo: Ver AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1227; *RAP*, 288: 191-6; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, I, *op. cit.*, pp. 41-51; nuestros arts. “El estado de necesidad individual, contracara de la emergencia pública,” *LL*, 2002-A, 981; “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217. “Justicia federal y emergencia económica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, Rap, 2003, pp. 117-22; “La sociedad civil vs. el poder político,” nota al fallo de la SCJBA (Corte de Conjuces), *Flores*, *LL*, 2003-E, 263; “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.” Ese esfuerzo judicial continúa: CABA, CCA y T, Sala II, *Barila*, 2007. Dicen CAPLAN, ARIEL R., LODEIRO MARTÍNEZ, FERNANDO y SCHEIBLER, GUILLERMO, “Tras el amparo porteño: el desafío de reglamentar sin restringir,” *LL*, 2006-D, 1052: “[...] legisló el hasta entonces pretoriano instituto del amparo y dictó el decreto-ley 16.986. Esta norma, para llamarla de alguna manera, no fue consagrada por el Congreso de la Nación que había sido disuelto, no contó con el necesario debate académico —las universidades estaban intervenidas, sus mejores docentes expulsados o renunciados— ni fue discutido por la prensa censurada, ni tampoco tuvo el aporte de los distintos partidos políticos disueltos y confiscados. [...] Así, [...] el instituto del amparo destinado a proteger los derechos constitucionales fue ¿reglamentado? mediante un mecanismo ungido por la ruptura del sistema constitucional que estaba llamado a preservar. [...] No habría imaginarse acciones de amparo restableciendo las instituciones depuestas, restituyendo la libertad de cátedra, la autonomía universitaria, la libertad de prensa, la libertad política y todos los derechos y garantías conculcados por el dictador reglamentario. Nada de ello fue posible, entre muchas otras cosas, porque ... además ... se habían vencido los quince días para interponerlas.”

ciables, etc.),¹⁶ la extensión de la discrecionalidad, las “zonas de reserva” de la administración,¹⁷ las leyes y actuaciones secretas,¹⁸ etc.

El aspecto negatorio o limitador del control judicial de la actividad administrativa en la construcción del acto administrativo y más específicamente del “contencioso administrativo,”¹⁹ constituye un disvalor para los países que seguimos en general el modelo constitucional norteamericano de división de poderes, frenos y contrapesos, o fractura del poder.²⁰

¹⁶ Tema éste que si bien debiera estar superado (t. 2, cap. VIII, “Los «actos de gobierno»”) reaparece esporádicamente: BERTANI, FERNANDO N., “¡Quién quiera oír, debe poder oír!” nota al fallo *Anton*, CCA y T, CABA, Sala I, *LL*, 2006-E, 301-4 y el voto en disidencia de CARLOS F. BALBÍN. La mayoría no se hace cargo de sus argumentos y no ensaya siquiera fundar, aún en razones de seguridad pública, su solución favorable al secreto de una de las sesiones en que se consideraba el juicio político a IBARRA por el drama de *Cromañon*. Son, como siempre, los argumentos que no se dan en la sentencia (ver nuestra *Introducción al Derecho*, op. cit., cap. V), a los que, para no explicitarlos, son tan útiles estas teorías a favor del poder absoluto e incondicionado. En general la justicia es harto remisa en controlar los actos administrativos de los legisladores, que integran el Consejo de la Magistratura que los puede remover... Ver ROBLEDO, DANIEL, “La transparencia en el Poder Legislativo,” *LL*, 2006-F, 98; RAMÍREZ CALVO, RICARDO, “La Constitución en el desván. El Consejo de la Magistratura y el Poder Judicial,” *ED*, 20-XII-2006, pp. 11-15; LANDE, CAROLINA, “La agonía de la independencia judicial,” *LL*, 2007-A, 233; URDAMPILLETA, MARIANA, “¿Quién se anima a ponerle el cascabel al Poder Legislativo?” *LL*, 2007-A, 244; TOIA, LEONARDO, “El Consejo de la Magistratura y su reforma: ¿Hacia dónde queremos ir?” *RAP*, 330: 45.

¹⁷ Ver D'ARGENIO, INÉS, “La «zona de reserva» de la administración en materia de Derechos Sociales,” *LL*, 2006-C, 510-21, nota a *Reina*, CCA La Plata, *LL*, 2006-C, 520-8; “La «zona de reserva» de la administración en materia de Derechos Sociales (II). La disidencia de las juezas de la CSJN,” *LL*, 2006-D, 231-2, nota a *Rodríguez, Karina*, CSJN, *LL*, 2006-D, 231-3; “La «zona de reserva» de la administración en materia de Derechos Sociales (III),” *LL*, 2006-F, 67-8; nota a *P., A.R.*, Sala I, CABA, *LL*, 2006-F, 69-72; criticamos la llamada “zona de reserva de la administración” en el t. 1, *Parte general*, FDA, Buenos Aires, 2003, 8ª ed., cap. VII, § 7. Sin embargo, hay otros problemas de interpretación en materia de discriminación y derechos sociales, que explicamos *infra*, cap. VIII, § 9.5. “El caso de la discriminación,” ampliar en nuestro art. “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404.

¹⁸ Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. IV, “Vistas y traslados,” § 4.2, “El caso de los sumarios,” y su referencia de la p. IV-11 y nota 4.5 en materia de sumarios por lavado de dinero y activos de origen delictivo; § 13 a 18, especialmente notas 14.6 y 14.7 en materia del debate sobre las leyes y decretos-leyes secretos; p. IV-29 y sus demás referencias, incluso nota 17.18; cap. VI del mismo libro, “Apertura a prueba. Medios de prueba,” § 18, “Inadmisibilidad de pruebas «secretas,» «reservadas» o «confidenciales,»” p. VI-19. La contracara de la reserva es el libre acceso a la información pública: UGARTE, JOSÉ MANUEL, *El derecho de acceso a la información. Su vigencia en Argentina, con un panorama de derecho comparado*, Buenos Aires, Foro Social para la Transparencia/La Isla de la Luna, 2007; BASTERRA, MARCELA I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

¹⁹ Ello no significa que se deba suprimirlos, sino reencauzarlos como técnica de control. Comp. en sentido similar, aunque crítico, BOLAÑOS, MARCELO, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa,” *ED*, 187: 951, 977.

²⁰ Que ése es el sistema a imitar en materia constitucional parece claro: GARCÍA-MANSILLA, MANUEL y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006; nuestro artículo “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2001, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos moderno?” en *Res Publica Argentina*, *RAP* 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006 y sus referencias; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, *Serie de Estudios*. Claro que las diferencias empíricas, como allí explicamos, son abismales.

Han ganado aceptación instituciones nuevas como la participación y el consiguiente acceso a la información,²¹ audiencias públicas,²² la legitimación en los derechos de incidencia colectiva,²³ los efectos *erga omnes* de la sentencia,²⁴ las cautelares autónomas y anticipatorias, etc.²⁵ Una mejor tutela de los derechos sociales²⁶ y del usuario y consumidor,²⁷ de los inmigrantes incluso ilegales,²⁸ un sensible progreso en la recepción del derecho internacional,²⁹ tanto más.

Hasta hemos dado, como sociedad, el hace pocos años impensable paso de receptar el juzgamiento imprescriptible e imborrable de los crímenes de lesa humanidad,³⁰ que tal vez en un futuro no muy lejano comprenda no solamente el terrorismo, el lavado de dinero, el narcotráfico, sino también la corrupción misma

²¹ *Supra*, t. 1, cap. II, § 4.2.2.3, “La participación administrativa;” DANIELE, NÉLIDA MABEL, “Responsabilidad del Estado y transparencia,” en D’ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 159-184; SCHEIBLER, GUILLERMO, “Participación: una ciudadanía activa para una administración transparente,” mismo libro, pp. 255-282; ISACCH, SIMÓN F., “La transparencia en la función administrativa: el acceso a la información,” igual obra, pp. 411-418; SCHREGINGER, MARCELO JOSÉ, “La transparencia desde la óptica judicial,” ídem, pp. 503-540 y las referencias de todos ellos.

²² *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” Ampliar, con particular énfasis en la CABA, en ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO M., “Audiencias públicas: Sólo para entendidos,” *LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo) 1-9 y sus referencias.

²³ *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” cap. IV, “El interés legítimo.”

²⁴ *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XIV, § 4, “Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual.” CCA y T, Sala II, *Barila*, 2007.

²⁵ *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XIII, § 9.8, “La tutela autosatisfactiva o anticipatoria,” pp. XIII-38/9; “Los grandes fallos de la actualidad” en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; t. 2, caps. II, III, XI, etc.

²⁶ Ver DANIELE, NÉLIDA MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 543-87; reproducido en *RPA* 2007-1: 31-68; LOIANNI, ADELINA, “Los derechos económicos sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma,” *LL*, 2006-F, 1057; CABA, Sala II CCAyT, *M., J.C., LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), 23, con nota de INÉS D’ARGENIO.

²⁷ Nuestro art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 818.

²⁸ Nuestro art. “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *LL*, 2004-B, 1123-33; CARRILLO, SANTIAGO R., “El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871,” *LL, Sup. Adm.*, 2007 (marzo), 35. Existe discriminación, sin duda, contra muchos inmigrantes de países vecinos, pero al menos en este punto normativo y en la prestación de servicios hospitalarios y otros servicios sociales, somos fieles al Preámbulo de nuestra Constitución cuando invitamos a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.” Es algo de lo que podemos estar moralmente orgullosos. Mayor tutela aún se otorga a los refugiados, ley 15.869/61 y decreto-ley 17.468/67; ver también www.acnur.org

²⁹ GRACIARENA, M. CAROLINA, *La inmunidad de jurisdicción de los laudos del CIADI*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 107/120. Nuestros arts. “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Rap*, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400; “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” en *Doctrina Pública*, XXVI-2: 213-26, Buenos Aires, Rap, 2005.

³⁰ DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., “Sinceridad y justicia: 18 años después,” nota a CSJN, *Simón*, en *LL, Sup. Adm.*, 2005 (setiembre), 66-75; nuestro art. “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506; “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3.

que es muchas veces parte inseparable de todos ellos y merece en cualquier caso tal castigo autónomamente.³¹

Pero falta aún consolidar la responsabilidad del funcionario³² y del Estado,³³ la seguridad jurídica misma,³⁴ el Estado de Derecho en suma:³⁵ por la excesiva concentración de poder en el ejecutivo,³⁶ la virtual abdicación del poder legislativo,³⁷ etc.³⁸

Al ser tantos los desfases y las tareas pendientes no se puede restar importancia a ninguno de los aspectos que hacen a esa ecuación nunca armónicamente

³¹ Ver ley 26.268 de julio de 2007 y nuestros arts. en *LL*, 1997-E, 1091; *JA*, 2000-IV-1269.

³² Ver *supra*, tomo 2, cap. XIX.

³³ Ver *supra*, tomo 2, cap. XX; AHE, DAFNE SOLEDAD y MILJKER, MARÍA EVA, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado” en *LL*, 2007-A, 753; VEGA, SUSANA ELENA y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado. ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?” *RAP*, 335: 47-73, Buenos Aires, 2006; entienden que no hay una norma general de responsabilidad del Estado, aunque sí un criterio jurisprudencial que sostiene tal responsabilidad.

³⁴ Ver los trabajos de MAIRAL citados, y nuestros arts. “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091-1102; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?,” *LL*, 2005-A, 905-921; “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, *RPA*, 2006-2: 59-102, www.respublicaargentina; MILLÓN QUINTANA, JOAQUÍN y MOCOROA, JUAN M., “El presidencialismo sin *happy ending*: A propósito de la ley 26122 y los decretos de necesidad y urgencia,” *JA*, 2007-I, fasc. 8, 21-II-2007, pp. 12-26.

³⁵ Ver nuestro art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. A partir de ese momento se ha mejorado en algunas cosas, empeorado en otras. Ver las demás referencias de la nota 5 de esta “Introducción.”

³⁶ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El sistema presidencialista argentino y el control de la actividad administrativa,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 515–542; actualizado bajo el mismo título en *RPA*, 2007-1: 7-28; nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” *op. loc. cit.*; MILLÓN QUINTANA, JOAQUÍN y MOCOROA, JUAN M., “El presidencialismo sin *happy ending*: A propósito de la ley 26122 y los decretos de necesidad y urgencia,” *op. loc. cit.*; THEA, FEDERICO G., “Ley que incomoda, ley que se deroga. Algunas reflexiones sobre las internas abiertas”, en *LL*, *Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

³⁷ Otro ejemplo en PULVIRENTI, ORLANDO, “¿Luz roja para el Código de Tránsito?” *LL*, 14-III-07, pp. 1-3. Los vicios constitucionales de la concentración del poder ejecutivo, en desmedro del legislativo y judicial, se han repotenciado recíprocamente, como los vicios del acto administrativo que explicamos *infra*, cap. IX, § 4.7., “Efecto sinérgico de los vicios,” cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros;” cap. XI, § 16, 17 y 18. ZAFFARONI ha hablado de la “administrativización” del derecho penal, *supra*, t. 1, cap. VIII, § 7.1 y bien se puede hablar de la “administrativización” del derecho constitucional, tomando la calificación peyorativa que generan los cultores del poder. Ahora estamos viendo la repotenciación sinérgica de vicios constitucionales: a) Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de la enmienda,” *LL*, 2006-A, 1082. b) Lo mismo ocurrió con las normas fundadas en la emergencia, como se explica más arriba en las remisiones de la nota 5. c) Otro tanto acaeció con las leyes de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo: GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa (Acerca de la reforma a la ley de administración financiera),” *LL*, *Sup. Const.*, 2006 (agosto), 18-25; d) especialmente presupuestaria: AMBROSINO, SILVANA, “Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo,” *LL*, *Sup. Adm.*, 2005 (septiembre) y las referencias de *supra*, nota 4, a nuestro libro de 1982, e) todo ello en el contexto explicado en nuestro art. “La constitucionalidad...”, *op. loc. cit.* La conclusión puede verse en la nota siguiente.

³⁸ Lo cual lleva a lo que expone convincentemente PÉREZ HUALDE, “La postergación institucional,” *op. loc. cit.*

alcanzada entre autoridad y libertad. Cada tema es una trinchera más en la defensa de nuestros derechos y la construcción de un Estado democrático de Derecho. Tanto el derecho español constitucionalizado, como el argentino y otros, todos con tendencia hacia la globalización, no podían sino haber comenzado a cambiar.

Así por de pronto se acepta que el fundamento de la justicia administrativa no es hoy la función revisora del acto administrativo; que la tutela judicial procede contra cualquier tipo de comportamiento u omisión administrativa; que lo central es la pretensión procesal, no el acto impugnado.³⁹ El derecho del individuo, no la potestad de la administración. *In dubio pro libertatis, no in dubio pro administratione*. No es tarea fácil, pues tiene una falla tan originaria como el pecado mismo, en el sentido que SANTO TOMÁS enfatizó la ausencia de justicia original o natural: *Peccatum originale materialiter quidem est concupiscentia; formaliter vero, defectus originales iustitiæ*.⁴⁰ Dado que ese defecto original sigue viviente entre nosotros, todavía resulta necesario insistir en lo mismo. Es que, como dijo en otro tiempo y lugar STASSINOPOULOS: “Nada hace al hombre más desgraciado que la privación de sus derechos. El recuerdo del ambiente triste en el cual se encontraba Grecia aún recientemente, durante el período en que estábamos privados de nuestras libertades, está aún en nosotros vivo y doloroso. Todo esfuerzo que ayude al individuo a conservar sus derechos a la vida así como su goce libre y razonable debe pues ser considerado útil y bendito [...] Es en ese esfuerzo que se inscribe la presente obra. Ella está dedicada al hombre que lucha por sus derechos y por su libertad.”⁴¹ Éste es el carácter fundamental que debe tener el derecho administrativo. Éste es el punto que divide las aguas, entre los cultores del poder y los que privilegian la libertad.

2. *El modelo autoritario de acto administrativo*

En materia de acto administrativo y de lo “contencioso administrativo” todo vuelve a lo mismo y como dijera REAL, “Los latinoamericanos no necesitamos modelos absolutistas ni bonapartistas. Por el contrario, con toda evidencia nos

³⁹ AA. VV., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 2000: BOTASSI, CARLOS A., “Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo,” p. 215 y ss.; D’ARGENIO, INÉS A., “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial,” p. 57 y ss.; ORTIZ, RICARDO M., “El nuevo fuero contencioso administrativo,” p. 37 y ss.; SORIA, DANIEL F., “Apuntes sobre el régimen de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” p. 113 y ss.

⁴⁰ *Summa Theologicæ*, I-II qu. 82,3. Ver también la comparación que efectúa URDAMPILLETA, MARIANA, “El estado: el último Juez,” en *LL*, 2007-B, 483, nota al importante fallo de la Sala I del CCA y T, CABA, *Frávega*, 2006, pp. 53-9, también con nota de PULVIRENTI, ORLANDO, “Planchando el artículo 94 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires,” *LL*, 2007-B, 481.

⁴¹ STASSINOPOULOS, MICHEL, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, LGDJ, 1976, prólogo, pp. 14-5, cit. por REAL, ALBERTO RAMÓN, “La fundamentación del acto administrativo,” en AA. VV., *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Rosarinas, 1980, p. 433 y ss., p. 451.

sobra producción propia, exportable, de tales modelos.⁴² No obstante, se importó de la Constitución francesa de 1958 la doctrina de la “zona de reserva” de la administración; de la dictadura brasileña, la teoría de los actos institucionales, etc.: siete o mil cabezas de *Hidra*, nuevas y más teorías que postulan o receptan que la administración actúe *ab lege soluta*.⁴³ En el acto administrativo la *Hidra* asoma todas sus cabezas y es tarea de múltiples HÉRCULES tratar de cortarlas: a ellos, en la Justicia, apelamos, para que sean *justicia administrativa* y no *contencioso administrativa*.

En nuestro país se produjo una involución política que ahora está terminando. Luego del pensamiento liberal de juristas como BIELSA, FIORINI, DIEZ, nos pareció el camino natural —aunque MARIENHOFF había tratado el dominio público en una óptica *pro administratione* (1960)— y lo seguimos desde el año 1958, en que lo tuvimos de maestro a BIELSA, en el énfasis constitucional de éste, su pensamiento político liberal, pragmatismo con búsqueda de justicia, etc., magüer inevitables diferencias instrumentales, que se incrementan por el cambio ulterior del derecho objetivo y del mundo.⁴⁴

Las sucesivas dictaduras militares fortalecieron durante un largo tiempo las teorías autoritarias del poder, tal como se advierte fácilmente en cualquiera de los grandes temas que estamos mencionando. La vida en democracia, a partir de 1983, ha sido fértil en muchos campos a la liberalización del derecho administrativo, pero quedan todavía demasiados resabios que superar. La responsabilidad inicial, por supuesto, es de quienes abusan, en democracia o fuera de ella, del

⁴² REAL, *op. loc. cit.*

⁴³ Tomamos la expresiva denotación que emplea FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.

⁴⁴ En esa línea y tiempo pretérito publicamos entre otros “*La crisis de la noción de poder de policía*” (1960), “*Estructuración dogmática del Estado de derecho*” (1960), *Introducción al derecho administrativo* (1962), *El acto administrativo* (1963), *Estudios de derecho administrativo* (1963), *Procedimiento y recursos administrativos* (1964) y el *Proyecto de Código Administrativo*, 1964. En ese período, compartiendo como adjunto de MARIENHOFF su cátedra de Derecho Administrativo I° en la UNLP, seguimos *pari passu* en nuestras conversaciones y mesas examinadoras la elaboración durante el año 1963 de su primer tomo, terminado en 1964 y aparecido en 1965 y del t. II, escrito en 1964/5 y aparecido en 1966, incluyendo el tema del acto administrativo. MARIENHOFF tuvo una noción de obra “finalizada” para su tratado y no reajustó el contenido ni las fuentes posteriores a lo que escribió en esos años, salvo agregados tipográficos citando leyes posteriores pero sin rehacer el texto; tuvo además en esos años de elaboración del t. I y II la generosidad y amplitud de espíritu de recordar, a favor o en contra, aquellas citadas *previas* obras nuestras como la *Introducción* (1962), *El acto administrativo* (1963), *Estudios de derecho administrativo* (1963) y *Procedimiento y recursos administrativos* (1964) y aún otras contemporáneas a esa etapa de su obra, pero por lo expuesto no ya las *posteriores*, nuestras ni ajenas: BARRA, COMADIRA, LINARES, MAIRAL, etc. Por nuestra parte escribimos nuevas ediciones de *El acto administrativo*, en 1969 y luego en 1979 ya como parte de este *Tratado de derecho administrativo* empezado a publicar en 1974. En la situación que describimos en *La administración paralela* (1982), era de esperar que circularan mejor las tesis *pro administratione*. Recién con la democracia, la Constitución de 1994, los tratados de derechos humanos, la globalización del derecho y la justicia, se advierte un freno judicial creciente a esa administración *ab lege soluta*, como parte actual de la lucha contra la corrupción. Ver ARIAS, LUIS FEDERICO, “De la corrupción, el Derecho y otras miserias,” en D'ARGENIO, *op. cit.* en nota 21, pp. 381-410..

poder público legislativo y administrativo; pero la principal responsabilidad reside en los autores y cultores del derecho público que, en lugar de señalar tales apartamientos, los aplauden en el “contencioso administrativo,” o callan en el control de la hipertrofia del poder.⁴⁵

3. *La prevalencia de un interés o bien sobre el otro*

Es increíblemente frecuente la utilización del “anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro.”⁴⁶ Venimos luchando contra él desde 1962, pero al parecer con escaso eco vernáculo.⁴⁷ Ello implica en nuestro país hacer funcionar criterios apriorísticos a favor del funcionario o agente público y su acto y estar por principio en contra del particular a quien afecta. A favor del poder, en contra del individuo. A contramano de la historia actual. No se lo utiliza como una exigencia caso por caso de la individualización concreta del interés público, ni mucho menos como un límite implícito, que es, de la norma a la discrecionalidad administrativa.⁴⁸ Se confunde, como siempre, pretendiendo que la administración pública, haga lo que haga, es siempre fiel tutora del interés público y el particular su enemigo, contraparte, contracara.⁴⁹ Se cree que administración y sociedad son lo mismo y que nada diferencia el interés de la administración del interés público.⁵⁰ Es una variante sofisticada pero no sustancialmente distinta de aquellas frases que se vieron en el derecho administrativo absolutista: *quod regis placuit legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire*.⁵¹ Allí había al menos una teoría sobre el origen divino del poder monárquico, acá hay una simple complacencia al poderoso de turno pero a los niveles más indeciblemente pequeños. Esa gran falacia importa también no advertir que las arbitrariedades administrativas no controladas judicialmente en tiempo oportuno, son el caldo

⁴⁵ Para el estado actual de la jurisprudencia ver MILANTA, CLAUDIA A. M., “Reflexiones en torno a la transparencia en la función pública y al control judicial suficiente en materia administrativa,” en D'ARGENIO, *op. cit.*, pp. 185-216.

⁴⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 1263, quien agrega “o la posibilidad de obtener en su día una indemnización sustitutoria de una sentencia que resulta inejecutable.”

⁴⁷ Ver nuestra construcción de 1962, *LL*, 106: 1187, *cit. supra*, nota 2, reproducida en *Páginas de Ayer*, La Ley, año 5, n° 10, 2004, pp. 29-39; *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” § 5.1 “La inefable felicidad colectiva,” § 5.2, “Interés público e interés individual,” § 5.3, “El interés público no es el interés de la administración pública,” pp. VI-31/7; seguida por ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, 1989; *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

⁴⁸ Lo señala FAZIO, GIUSEPPE, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milán, Giuffrè, 1966, §3, pp. 7-9.

⁴⁹ Continúa en la actualidad la cuestión que iniciamos en 1962, *supra*, notas 3 y 47; VEGA, “Los contratos administrativos y la crisis actual en materia de solución de controversias,” en ZAYAT (coord.), *op. cit.*, pp. 41-63, esp. p. 51, donde critica la idea de una oposición entre el interés público y el privado, rayano en la incompatibilidad de ambos, donde los “buenos” enfrentan a los “malos.”

⁵⁰ Ver las referencias de la nota 47, *supra*.

⁵¹ Ver *supra*, t.1, cap. II, § 1, “El derecho administrativo en el Estado de policía.”

de cultivo de la corrupción⁵² que tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional Contra la Corrupción mandan prevenir y no consumir y del déficit fiscal, que la comunidad internacional exige controlar.⁵³ El uso de aquel sofisma presentado como pseudo paradigma proviene de la época del Estado de policía medieval⁵⁴ y se lo viste de diversas maneras iguales: es sostener, sin argumentación, que en el caso de un acto individual y concreto (no hablamos aquí de una norma general) prevalece siempre el del funcionario disfrazado de administración y no el del individuo. Es afirmar apodócticamente y por ende no demostrar que el poder representa siempre y necesariamente para el caso concreto, como principio natural derivado de la naturaleza y la esencia de las cosas, todo lo bello, lo bueno y lo verdadero, el interés público, el bien común, el buen orden de la comunidad, o la frase que se quiera elegir. Puesto que no se lo deriva de Dios sino de un funcionario o empleado público autóctono,⁵⁵ es el más ilógico argumento de autoridad.⁵⁶ Para quienes razonan así, parecería que el funcionario nunca descende a la categoría de hombre, está siempre en una esencia sobrenatural.⁵⁷ La Administración, así con mayúscula, es ya más, su OLIMPO. Son semidioses o enviados de Dios quienes nos gobiernan o administran.⁵⁸ Si estamos en el poder, ellos somos Nosotros.⁵⁹

⁵² Ver nuestros arts. en *LL*, 1997-E, 1091; *JA*, 2000-IV,1269; *AAVV*, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

⁵³ Ver *supra*, t.1, caps. IV, VII, XI, § 8.3, “El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural;” *Después de la reforma...*, *op. cit.*, cap. IV, “El contrato de crédito externo.”

⁵⁴ A pesar de que esto está largamente demostrado, hay autores que lo niegan. Para un desarrollo ver *supra*, t. 2, cap. V y nuestro art. “Policía y Poder de Policía,” *op. loc. cit.* y los demás autores recordados en las notas 1 y 14. Es otra manifestación del discurso del poder: *supra*, tomo 1, cap. I, 3 a 5; ver YACOVINO, “Otra mirada...,” *op. loc. cit.*; DIANA, “La fuerza de las palabras...,” *op. loc. cit.*

⁵⁵ Al cual se endiosa con el manto del bien común como propio de su esencia.

⁵⁶ También lo señala BIANCHI, ALBERTO, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 593. Ver también URDAMPILLETA, *op. loc. cit.*

⁵⁷ Es esto un residuo explicable históricamente, aunque no contemporáneamente, por el origen del derecho público: STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law,” *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia, 1998, p. 621 y ss.; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten,” 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres,” en JORGE MIRANDA (ed.), *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68. Hemos desarrollado el punto en *An Introduction to Law*, e *Une introduction au droit*, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público, Londres, Esperia, 2003. La edición castellana se encuentra en **www.gordillo.com** y en edición papel como *Introducción al Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

⁵⁸ Ver URDAMPILLETA, *op. loc. cit.*

⁵⁹ Un parecido juego de palabras, en 1962 (*Introducción al derecho administrativo*, Perrot, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 73), nos valió la incomprensión de MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, 1965, repetida hasta su 4ª ed., 1993, p. 430, nota 504, que sin embargo comparte luego la continuación ininterrumpida de nuestro razonamiento —de nuestra misma p. 73 de aquel entonces— en su p. 450 y nota 547 de la 4ª ed. Así son con frecuencia las discusiones en nuestro derecho administrativo, juegos de palabras incomprensidas por los interlocutores, e incomprensibles para los lectores. Por ello, en referencia a una cuestión contemporánea, hemos dicho “El problema no es Él o Ella. El problema somos Nosotros.” Ver nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” *op. loc. cit.* y demás referencias de esta *Introducción*.

Por eso, cuando no somos sino parte de la sociedad civil tenemos el *deber* ciudadano de contribuir eficazmente a su control. Omitir este deber es tan grave como abusar del poder cuando se lo tiene. En un caso *a)* concreto, particular, individual, que enfrenta un funcionario a un individuo, *b)* planteado en un esquema económico y político liberal, no estatista ni intervencionista⁶⁰ y *c)* con vigencia de múltiples tratados internacionales para la tutela de los derechos humanos, *d)* además globalizado, inclusive con fuerte tutela jurisdiccional tanto en el orden supra nacional como internacional,⁶¹ ese argumento de autoridad es exactamente a la inversa: es la autoridad moral del *derecho* y la *justicia* lo que debe prevalecer, no la del puro y desnudo *poder* desligado de la ley, *ab lege soluto*.

Se adopta así en nuestro país una posición de partida a favor del funcionario o empleado público de una administración transmutada en “Olimpo,” o en cambio imparcial e independiente: en lugar de *in favorem libertatis*,⁶² *in dubio pro administratione*, generalmente bajo el manto de que ello sirve al interés público o al bien común, como si al “bien común” no interesara la tutela de la libertad individual.

4. *El eje de la tutela judicial efectiva o la “jurisdicción revisora del acto”*

Nos vino del origen francés del derecho administrativo iberoamericano que el contralor de la actividad administrativa tuviera como eje el control del acto administrativo: como estrella del proceso. Era el llamado “carácter revisor” del acto administrativo que tenía la justicia procesal administrativa,⁶³ hoy en vías de superación.⁶⁴

⁶⁰ Los años 2006 y 2007 presentan una ráfaga de signo contrario, en algún caso comenzado a desandar, que a todo evento no estimamos seguro haya de mantenerse más allá de algunos pocos años más. Ver, entre otros, ELIASHEV, Nicolás, “Peajes y subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1: 11-17; “Debates sobre la regulación económica del sector eléctrico. ¿Desintegración desintegrada?” *RPA*, 2006-3: 15-25; nuestro art. “Si las palabras fueran energía eólica...,” *LL*, 2004-C, 1557, reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-12; también en D’ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, op. cit.*, pp. 35-40.

⁶¹ *Supra*, t. 2, cap. XVII.

⁶² Principio hartamente conocido, pero erráticamente aplicado. Entre quienes *le hacen honor* en forma sistemática ver MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 707.

⁶³ MAIRAL, *Control...*, t. I, *op. cit.* § 211, p. 345 y ss.; TAWIL, GUIDO S., “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial,” *ED*, 128: 958; “El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” *LL*, 1995-E, 473; “Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa: primera aproximación,” *RAP*, 133: 11.

⁶⁴ BOTASSI, “El nuevo proceso contencioso administrativo provincial. Su incidencia sobre la ley de procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 433-4; GAVEGLIO, ADRIÁN J., “Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” *JA*, 2000-III, 1127, esp. pp. 1128 y 1130 *in fine*; más referencias *infra*, cap. I, nota 17, p. I-5.

Al “dejarse frontalmente de lado el carácter pretendidamente «revisor» de la justicia administrativa,”⁶⁵ cambian muchas soluciones del derecho: en primer lugar, el agotamiento de la vía pasa a ser una excepción;⁶⁶ el eje del sistema de control es el acceso a la tutela judicial efectiva. Dentro de ésta, el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado. “*En el nuevo sistema, es la pretensión procesal, con sus variables admitidas y no el acto administrativo denegatorio de derechos, el objeto del proceso,*” expresa el mensaje de elevación del actual código procesal administrativo bonaerense,⁶⁷ luego varias veces recortado en sucesivas contrarreformas inconstitucionales. Del esquema tradicional, aunque ya empieza a mostrar fisuras, queda todavía mucho en pie, p. ej. aplicar los plazos de caducidad al particular que quiere impugnar un acto nulo de nulidad absoluta y manifiesta, mientras que a la administración se le permite *sine die* procurar corregir su propio acto en sede judicial. Al individuo 90 días, a la administración, la eternidad.⁶⁸ Sin embargo, son muy pocos los casos en que la administración recurre a la justicia con dichos fines, mediante la interposición de la acción de lesividad; proceder avalado por la jurisprudencia mayoritaria.⁶⁹ Los límites impuestos a la potestad revocatoria de la administración se encuentran así hoy seriamente amenazados. Para el particular el

⁶⁵ GAVEGLIO, *op. cit.*, p. 1130. Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 16, *Ramírez*, 07-I-2004 (consentido por la parte actora) y causa 238, *Alvarellós*, 02-III-2004, firme.

⁶⁶ GAVEGLIO, *op. loc. cit.*; SCJBA, *Gaineddu*, JA, 2003-III, 252. La ley 13.101 restableció el agotamiento de la vía, aunque con excepciones legales y jurisprudenciales. Ver ISABELLA, DIEGO P., “El agotamiento de la vía en la nueva justicia administrativa bonaerense no es exigible en todos los casos,” en nota a CCAA de San Martín, *Comper*, LL, 2004-F, 1027; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, § 18 y ss., p. 80 y ss. Para el orden nacional *infra*, t. 4, cap. XII, “El reclamo administrativo previo.”

⁶⁷ Lo recuerda PERRINO, PABLO ESTEBAN, “Las pretensiones procesales en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense,” *ED*, 180: 878; en sentido similar Corrientes, Formosa. En la misma orientación amplia del control judicial, que no enfatiza el control revisor del acto sino la pretensión procesal, ver también *Viceconte*, CNFed. CA, Sala IV, LL, 1998-F, 102, *Labatón*, Sala V, LL, 1998-F, 345, etc.; *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva.” Comp. REJTMAN FARAH, MARIO, “El proceso contencioso administrativo. Algunos debates abiertos,” LL, 2007-B, 902.

⁶⁸ Ver *infra*, t. 4, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento administrativo;” REJTMAN FARAH, “La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, p. 807 y ss.; nuestro art. “El tiempo en la decisión jurídica,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y SANTIAGO SÁNCHEZ, JAVIER (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM-IIIJ, México, 2007, pp. 146-58; también disponible en www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf

⁶⁹ CNFed CA, Sala II, *Gordillo c/ Anses*, 14-III-06, con nota de VEGA, SUSANA E., “La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad,” LL, 2007-B, 451; comp. REJTMAN FARAH, “¿Es posible declarar judicialmente la invalidez de oficio de un contrato administrativo?” JA, 2006-IV. Hay más, y peor: Como dicen SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” LL, 2007-B, 453, “El asombro llevó a los griegos a la filosofía. Rogamos al lector coloque su alma bajo el influjo de dicho estado y se pregunte, con nosotros, sobre las causas que hacen posible que un juez se encuentre con que una de las partes ordena medidas cautelares durante un proceso sobre el que se supone resulta exclusivo director.” Es que en dicha provincia, con un control judicial varias podado por el legislador pero existente al fin, no ha quedado al poder desnudo otra salida que lo que los autores llaman un “Apocalipsis legislativo.”

acto nulo se equipara al acto anulable, eliminándose en la práctica la categoría legal del acto absolutamente nulo.⁷⁰ La administración no tiene ese problema y mantuvo en la jurisprudencia antigua el privilegio de invocar *sine die* su propia torpeza. Hay algunas reacciones, con todo, que pueden estar presagiando un cambio. Resta esperar.⁷¹

Ciertamente, también hay constantes retrocesos, fundamentalmente los originados con motivo de la reforma introducida al instituto genérico del reclamo administrativo previo por parte de la ley 25.344, que lo introduce en el orden nacional con la excusa de la emergencia económico-financiera, que nada tenía que ver con él.⁷²

Estas modificaciones, contenidas en un texto tan confuso como contradictorio y en último análisis malicioso, implican una clara afectación al derecho constitucional y supranacional a la tutela judicial efectiva, por cuanto:

a) se establece la interposición del reclamo administrativo previo como regla;

b) se derogan la mayoría de las excepciones a su interposición, lo que obligará a la jurisprudencia a sostener, no obstante, la vigencia a su respecto de la excepción constitucional implícita referida al “ritualismo inútil;”⁷³

c) se autoriza la ampliación de los plazos para que la administración resuelva el reclamo;

d) se establece la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 para demandar al Estado;⁷⁴

e) se pretende imponer a los jueces comprobar de oficio el cumplimiento de

⁷⁰ CSJN, *Alcántara Díaz Colodrero, LL*, 1997-A, 70, con nota de CAPUTI, MARÍA CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 71, 80; CSJN, *Gypobras, LL*, 1995-E, 473, con nota de TAWIL, “El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema;” JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado,” *RDA*, n° 3, Buenos Aires, 1990.

⁷¹ Ver *infra*, el § 4.7 del cap. XI, sus notas y remisiones.

⁷² La ley 25.344 ha modificado los arts. 30 a 32 del decreto-ley 19.549/72, mediante el argumento de contener esta ley de emergencia, no obstante dicho carácter, disposiciones de “carácter común” y permanentes que como tal no caducan en los plazos allí fijados para la duración de la emergencia, art. 1°, 3° párr. Ampliar *infra*, t. 4, cap. VIII, § 13.2 y cap. XII.

⁷³ La prohibición del ritualismo inútil subsiste no obstante la ley 25.344: CNFed. CA., Sala II, *Castillo*, 2001, *RAP*, 278: 114; CNFed. CA., Sala I, *Young*, 2001, *RAP*, 278: 115; CNFed. CA., Sala III, *Berrafato* 2001, *RAP*, 278: 112; CNFed. CA, *Ramos*, 2001, con nota de VOCOS CONESSA, JUAN MARTÍN, “La doctrina del exceso ritual manifiesto ¿seguirá vigente a pesar de la Ley 25.344? *LL*, 2002-F, 974; CNFed. CA, Sala IV, *Adidas*, 2002; entre muchos otros. Ver LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, “Una excepción a la regla del reclamo administrativo previo,” *LL*, 2003-D, 480.

⁷⁴ La CSJN había establecido la improcedencia de los plazos de caducidad en la vía reclamatoria. *Fallos*: 312: 1017; 314: 1147, entre otros. Ver *infra*, t. 4, cap. XII, § 15.1, p. XII-29.

los requisitos de admisibilidad de la acción; pero sin abandonar la no aplicación normal, ni menos de oficio, de las normas de rango superior;⁷⁵

f) Se pretendió una vez más en la historia argentina instaurar el silencio como generador de plazos de caducidad,⁷⁶ lo que ha llevado desde luego a la necesaria aunque no siempre oportuna ni sólida corrección jurisprudencial.⁷⁷

La doctrina que se caracteriza por defender al poder calla o habla de temas y fallos de otro siglo, que es lo mismo que callar. El conjunto de estas medidas refleja un retroceso en la tutela judicial efectiva. Lejos de procurar el aseverado objetivo de mejorar la etapa de reconsideración de las cuestiones en sede administrativa, para eventualmente evitar la instancia judicial contra el Estado, estas reformas tienden no sólo a obstaculizar y demorar el acceso del particular a la justicia, sino también a intentar que caduque dicha acción, en violación manifiesta de la Constitucional nacional y de los pactos internacionales con jerarquía constitucional que garantizan medios rápidos y sencillos de acceso a la justicia. Por otra parte, y en lo que respecta a la situación en que se encuentran las sentencias condenatorias contra el Estado, en ellas el particular se enfrenta además con el obstáculo de la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución del presupuesto. Como ironiza MAIRAL, sería interesante saber qué dineros estatales no están afectados a la ejecución del presupuesto.⁷⁸ Quienes pergeñaron esas normas ya no están en el poder, pero no hacen autocrítica de

⁷⁵ *Infra*, nota 94; CSJN, *Gorordo, LL*, 1997-D, 714; REJTMAN FARAH, “Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada “habilitación de instancia,” *LL*, 1999-E, 185; *Resch, RAP*, 327: 152, año 2004, con nota de JUAN LIMA, FERNANDO E., “Una «duda» recurrente: el examen de oficio de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa,” *RAP*, 329: 183; *Sisterna*, 2006, *RAP*, 333: 67, con notas de JUAN LIMA, “Una de suspenso (silencio administrativo, vigencia de la Ley 25.344 y habilitación de la instancia judicial),” *RAP* 333: 67; y BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en «offside» al administrado,” *LL*, 2006-E, 313.

⁷⁶ MAIRAL, HÉCTOR, “El efecto de la crisis económica en el Derecho,” *Revista del Régimen de la Administración Pública, RAP, Doctrina Pública*, XXVI-2: 239-245. VEGA, SUSANA ELENA, en CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia permanente. Comentario al derecho Argentino de la Emergencia: Ley 25.344. Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, cap. IV, pp. 127-172

⁷⁷ Ver USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, “Algunas consideraciones en torno a la reforma del Proceso Administrativo,” *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo II*, 2003-2: 11-44; BUJÁN, NÉSTOR, H., “Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de instancia judicial a la luz de las reformas de la Ley 25.344,” pp. 45-110; el fallo *Sisterna* sugirió *obiter dictum* que luego de la ley 25.344 el plazo de caducidad es aplicable al reclamo previo, tanto cuando el particular obtuvo una decisión denegatoria expresa como en caso de silencio; CNCont. Adm. Fed., Sala II, *Seidel, LL*, 2006-E, 284, con nota de CAMPOLIETI, FEDERICO, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad.”

⁷⁸ MAIRAL, HÉCTOR, “El efecto de la crisis económica...,” *op. cit.*, p. 244. La inembargabilidad de los fondos públicos afectados a la ejecución presupuestaria (se trate de dinero en efectivo, depósitos en cuentas bancarias, títulos valores emitidos, y cualquier otro medio de pago que utilizado para atender erogaciones previstas en el presupuesto) está contenida en el art. 131 de la ley complementaria permanente de presupuesto 11.672 y corresponde a los arts. 19 y 59 de la ley 24.624; la ley 25.973 extiende este privilegio de inembargabilidad a las provincias, los municipios y la CABA, dando por tierra, una vez más, con la pretendida responsabilidad patrimonial, nacional y local, del Estado. Ampliar *supra*, tomo 2, cap. XX, § 2.3: “La responsabilidad interna disminuida.”

las normas que dictaron, ni propugnan su derogación. Critican a quienes se benefician de las normas que hicieron para ellos, no advirtiéndoles que iban a ser usadas por los que les habrían de seguir en el poder. Siempre ocurre lo mismo en la historia argentina. También permanecen fuera de la posible revisión judicial las resoluciones de la administración dictadas en las denuncias de ilegitimidad, cuando el reclamo del particular es rechazado como consecuencia de haber sido analizado el fondo de la cuestión.⁷⁹ Leyes y actos inconstitucionales no tienen problemas para ser aplicados por jueces que así desconocen el derecho constitucional y de los tratados, no por supuesta ignorancia culposa, sino por actos conscientes, voluntarios y deliberados de inaplicación.⁸⁰ Eso lleva un nombre en los códigos de fondo y hasta tiene previsión y condena constitucional expresa. Pero hace falta el esfuerzo colectivo, el control social de la ciudadanía activa, para sostener la Constitución; con el puro texto escrito no basta si sólo lo manejan los hombres del poder ante una sociedad pasiva y callada o peor aún, embriagada del poder ajeno.

5. *El control de los hechos.*

Confusión de jurisdicción ordinaria y extraordinaria

Es decisivo si se efectúa un control judicial normal de los hechos determinantes de la discrecionalidad administrativa, que puedan llevarla a la discrecionalidad cero,⁸¹ o que el control judicial se ejerza sólo ante lo manifiestamente arbitrario, como si fuera siempre algo excepcional, invadiendo terreno ajeno en lugar de ejerciendo jurisdicción propia. Administrar o juzgar, he aquí la cuestión. Algunos

⁷⁹ CNFed. CA., Sala II, 18-VIII-2005, *Poletti*, con notas de VILLOLA, L. MATIAS, "La autolimitación de la justicia en el control del acto administrativo", *LL*, 2006-E, 299; y de OLAGORTA, MARÍA LILIA, "Denuncia de ilegitimidad, una nueva voz se reitera", en preparación. Ver también la postura crítica de REJTMAN FARAH, "La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo," *op. cit.*, esp. p. 817. A su vez, la Sala II de la CCAyT de la CABA, *Frávega*, 2006, declaró la inconstitucionalidad del art. 94 de la ley local y admitió, en el caso, la revisión judicial de la decisión de la denuncia de ilegitimidad: PULIRENTI, ORLANDO D., "Planchando el art. 94 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires", en *LL*, 2007B, 481.

⁸⁰ Ver *infra*, § 8; mi art. "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio," *LL*, 2004-E, 1231; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, "El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber," *ED*, 181: 1092. La CSJN dijo que los jueces deben controlar de oficio la constitucionalidad de las normas, y que una norma declarada inconstitucional por ella no puede ser aplicada por un tribunal inferior sin explicar qué razones le llevan a una diferente conclusión en el caso. SAGGESSE, ROBERTO M. A., "La teoría de los actos propios y el control de constitucionalidad de oficio," *LL, PET*, 30-IX-04, p. 8. Los tribunales inferiores han recogido el guante y cada vez más *le replican fundadamente*.

⁸¹ *Infra*, cap. IX, § 8; CFed. Mar del Plata, *Cipriano*, *LL*, 1998-F, 338, comentado en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 100, "Control de razonabilidad," p. 202. Es la solución que nos viene del derecho español cuando existe una única solución justa, *v. gr.* FERNÁNDEZ, *op. cit.* y *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, 1998; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, *op. cit.*, pp. 485-93, esp. p. 491; pp. 496-B/C y ss.; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, 19ª ed., p. 316; GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 438, etc.

piensan que enmendarle la plana jurídicamente a la administración es administrar y no juzgar: pareciera que la cuestión ha quedado zanjada definitivamente en que ello es precisamente juzgar.

En esto es indispensable evitar la confusión entre el alcance de la revisión judicial ordinaria y extraordinaria. Cuando la revisión judicial es extraordinaria tiene algún sentido afirmar que el control es también excepcional y se ejerce sólo ante lo manifestamente arbitrario, lo absurdo casi, el verdadero sinsentido; pero es igualmente un sinsentido, una arbitrariedad judicial manifiesta, extender el lenguaje y la técnica del control extraordinario al control ordinario. Existen, en efecto, diversos supuestos de jurisdicción llamada *extraordinaria*, por ende limitada, en que tanto a nivel nacional como provincial⁸² el tribunal considera que solamente debe controlar supuestos de arbitrariedad, ilegalidad o inconstitucionalidad *manifiestas*. (Como se hace también en el amparo, a guisa de considerarlo igualmente excepcional y no normal como mandan los pactos internacionales.) No puede confundirse un amparo o un recurso extraordinario con la jurisdicción *ordinaria* o normal: es una violación de la jurisdicción no ejercer en forma *plena* el control de razonabilidad de los actos administrativos, *sea ella o no manifiesta*. Cuando hay pronunciamientos que rechazan la impugnación ordinaria de un acto administrativo fundándose en que él no adolece de arbitrariedad manifiesta, allí se confunde la jurisdicción ordinaria —que se debe ejercer siempre— con la extraordinaria que otros tribunales ejercen en otros supuestos. Es inatento la referencia a fallos o precedentes de jurisdicción extraordinaria (amparo, recurso extraordinario) cuando se debe hacer revisión ordinaria del acto.

6. *El incumplimiento de las garantías del ciudadano y la legalidad*

Las garantías y derechos frente al acto administrativo son incumplidos por la administración y ese incumplimiento es cohonestado por la justicia. Ello se advierte por doquier: *a)* audiencia previa como requisito de indispensable cumplimiento, o la permisión de “subsanción” judicial ulterior;⁸³ *b)* necesidad no saneable de fundamentar razonablemente el acto, o no;⁸⁴ *c)* dictamen jurídico

⁸² *V. gr.*, SC Mendoza, Sala I, *Cotonaro, LL*, 1998-D, 83. Ver sin embargo *infra*, § 8.2. También cabe apuntar la incidencia interna del orden supranacional, que ha llevado a la CSJN, p. ej., a otorgar el alcance de vía ordinaria al recurso de casación penal, previsto internamente como extraordinario: *Casal y Martínez Areco*, ambos del 20-IX-05. Ver GRACIARENA, *op. loc. cit.*

⁸³ *Infra*, cap. IX; *supra*, t. 2, cap. X, § 10 y cap. XI. Con todo, hay casos en que la ausencia de sumario previo sumada a la no expresión de causa o motivo suficiente, dio lugar a la anulación judicial del acto: CSJN, *Cedale, Fallos*, 321-2: 1970, *ED*, año 1998; *Solá, DJ*, 1998-2, 231, año 1997. Estos dos casos retoman la línea de *Doyarzabal*, 295: 344; *Honecker*, 303: 779; *Vilche*, 304: 1891; *Orozco de Muñoz*, 305: 115; *Loza*, 305: 628; *Palmucci*, 306: 2009; *Quiroga*, 307: 207 y otros recordados en *Cedale*. STCorrientes, *Benítez de Machado, DJ*, 1998-2, 61, año 1997. En el derecho administrativo internacional la falta de audiencia es siempre insanable.

⁸⁴ *Infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.” En el derecho administrativo internacional se requiere una instancia previa, independiente: si el administrador quiere apartarse de sus conclusiones, debe fundarlo. Ello también es insanable.

de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, previo e ineludible, o ausencia no invalidante de él.⁸⁵

7. Una “respuesta coherentemente autoritaria”

Expresa MAIRAL que el art. 12 del decreto-ley 19.549/72⁸⁶ “da a todos los interrogantes analizados en este capítulo una respuesta coherentemente autoritaria.”⁸⁷

a) Presunción de legitimidad amplia, en lugar de restringida;⁸⁸ b) reconocimiento o no de efectos suspensivos a los recursos contra los actos administrativos;⁸⁹ c) ejecutoriedad forzosa en todo caso o sólo con ley razonable en el caso particular.⁹⁰

El régimen de la CABA, si bien contiene previsiones diferentes,⁹¹ a veces tiene disposiciones más gravosas para el particular.⁹² No ha de ser casualidad que fueran las mismas autoridades locales las que luego, desde la Nación, dictaran la referida ley nacional de emergencia. Esa sistematicidad que acertadamente señala MAIRAL se extiende a otros campos, como ahora veremos.

⁸⁵ *Infra*, cap. V, § 7; cap. X, § 6. Continuando con las apostillas de las notas anteriores, en el derecho administrativo internacional como organismo independiente, previo, siempre analiza la parte legal del problema.

⁸⁶ Remitimos a los arts. de MILJIKER y YACOVINO citados *supra*, nota 1; DIANA, *supra*, nota 14.

⁸⁷ MAIRAL, *Control judicial...*, *op. cit.*, t. II, p. 773. Esto es parte de lo que el mismo autor llamó “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005.

⁸⁸ *Infra*, cap. V. En efecto, si bien la doctrina niega presunción de legitimidad al acto nulo, la jurisprudencia lo equipara al anulable en materia de plazo para impugnarlo judicialmente, no anulación de oficio, etc.

⁸⁹ *Infra*, cap. VI, § 10.

⁹⁰ *Infra*, cap. V, § 7 y doctrina que allí se cita.

⁹¹ El art. 12 de la CABA contempla expresamente la necesaria intervención judicial cuando debe utilizarse la coacción contra persona o bienes de los administrados, al igual que la nacional, pero la justicia local ha establecido acertadamente que ello no justifica prescindir del debido proceso legal: CCAyT C.A.B.A., Sala II, 05/X/06, *Padilla, LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), 45; pero en cambio detalla los casos en que la administración estaría facultada a utilizar la fuerza contra la persona o los bienes del particular sin intervención judicial, lo que desde luego es también inconstitucional. Ver GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 167-170.

⁹² Otras disposiciones de dicho ordenamiento local dan una solución de tipo autoritario: el art. 17 incorpora, en materia de revocación del acto nulo, como excepción a la procedencia de la acción de lesividad, que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, excepción ésta no contenida en el régimen nacional del decreto-ley 19.549/72. Este latiguillo es utilizado por la administración local con alcances más que amplios para justificar la revocación de actos en sede administrativa. Así, hemos explicado en el cap. VI, § 10.1.1, que el conocimiento del vicio como excepción a la estabilidad del acto, requiere connivencia dolosa acreditada y no mero conocimiento, criterio que ha sido receptado, *mutatis mutandis*, por la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 245: 280, reviendo el criterio tradicional de 234: 588 y otros, como se explica en el dictamen 285/06 publicado en *LL, Sup. Adm.*, 2007 (Mayo), 70-6, donde se destaca el sustento constitucional de la presunción de inocencia, no solamente para el derecho penal sino para todo el ordenamiento jurídico; con nota de ALONSO REGUEIRA. A su vez, el art. 18 referido a la revocación del acto regular, excluye *a priori* el rubro lucro cesante, pero la CSJN, *in re El Jacarandá, ED, Derecho Administrativo*, 2005, p. 209, resolvió que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación, no habiendo como principio fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante. Esta solución se basa, obviamente, es la garantía constitucional de la propiedad.

8. El sistemático incumplimiento de la Constitución

8.1. En general

La Constitución es violada en muchas materias y entre ellas en el régimen del acto administrativo, no solamente por la administración⁹³ y por el legislador que a veces la autoriza, sino también por la justicia, cuando no anula esas conductas inconstitucionales. Así: *a)* se postula que la inconstitucionalidad se declara sólo como *última ratio*, no como aplicación normal del ordenamiento;⁹⁴ *b)* se aplican leyes inconstitucionales, si las partes no lo plantean a la jurisdicción.⁹⁵ Se argumenta que el juez actuaría en violación del principio de congruencia, pues no puede cambiar las pretensiones interpuestas por las partes ni modificar los términos en que ha quedado trabada la litis, dado que lo contrario importaría conculcar la garantía de defensa en juicio y las reglas del debido proceso. Pero no es cierto, pues cuando la administración impone una exoneración y el ex agente la ataca, ni él ni la administración proponen como alternativa una cesantía. La justicia la resuelve sin embargo,⁹⁶ por razones de economía procesal, sin que sienta los pruritos que dice tener cuando evita declarar la inconstitucionalidad de una ley o ejerce esa extrema prudencia de que hace gala para aplicar el orden jurídico superior; sólo comparable a su arrojo en aplicar el orden inferior normativo *inconstitucional*, invocando paradójicamente el debido proceso. Esa doctrina, como recuerda SAGÜÉS, es inconstitucional, hace triunfar la regla inferior sobre la superior. En algún caso se acusó por prevaricato a un magistrado federal que desconoció una expresa cláusula constitucional; no se advierte cuál es la diferencia cualitativa ni cuantitativa de ese caso con esta otra sistemática inaplicación de la Constitución y de los tratados internacionales. No negamos los grandes progresos que nuestra magistratura ha hecho.⁹⁷ Pero ello no quita que reste aún mucho camino por recorrer y que los ciudadanos no tengamos otra instancia que

⁹³ Respecto a la administración frente a la ley inconstitucional *supra*, t. 1, 8ª ed., pp. VII-14.

⁹⁴ *Infra*, cap. V; GORDILLO, *Cien notas...*, op. cit., § 91, "Una historia que no cierra: reparación histórica vs. *ultima ratio*," pp. 189-91. Se sostiene uniformemente que la caducidad del acto administrativo por incumplimiento del particular es una *ultima ratio* del orden jurídico (*infra*, cap. XIII, § 7.1); pero esa solución es discordante con la aquí mentada.

⁹⁵ Con ello se incurre en autocontradicción: afirmar que el juez conoce y aplica el derecho, ¡*salvo la Constitución!* Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 336; SAGÜÉS, "El control...", op. cit.

⁹⁶ CSJN, *Molinelli, Fallos*, 267: 77, JA, 1967-III, 186, reiterando *Nassiff*, 259: 268, año 1964.

⁹⁷ Ver nuestro "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la justicia," LL, 1997-F, 1318; "Los grandes fallos de la actualidad," en *Después...*, op. cit., cap. XI; "Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine," LL, 2002-B, 344, nota al fallo *Quintana*, de la SCJBA, 2001; "«Corralito.» Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia," LL, 2002-C, 1217; JOANDET, L. NAHUEL, "Es preferible dar la buena solución y explicarla mal, que darla mal y explicarla bien," en prensa, nota a *Mato*, CApel. CA de la Plata, R.A.P. *Pcia. de Bs. As.*, IV/44, noviembre de 2006. Claro que la magistratura misma está bajo la influencia, a su vez, del Consejo de la Magistratura, que ha pasado a tener mayoría política. Ver RAMÍREZ CALVO, RICARDO, "La Constitución en el desván. El Consejo de la Magistratura y el Poder Judicial," ED, 20-XII-2006, pp. 11-15; LANDE, CAROLINA, "La agonía de la independencia judicial," LL, 2007-A, 233.

precisamente la judicial para impetrar justicia. Los entes reguladores, en otra experiencia, deben soportar estoicos los reclamos ciudadanos por las falencias de los servicios privatizados (que son más imputables al concedente que al ente regulador) y tratar de corregir las disfunciones del sistema. Así también deben los jueces de hoy y mañana seguir tratando de depurar un sistema autoritario e inconstitucional⁹⁸ como el que hemos recibido a través de golpes de Estado, gobiernos autoritarios, desconocimientos y violaciones de la Constitución tan frecuentes como para parecer finalmente normales. La jurisprudencia de antaño no pudo escapar al contagio de los gobiernos inconstitucionales. La actual debe continuar en el reexamen de lo recibido de otrora que no se ajusta al Estado de Derecho que debiéramos tener: uno de tales puntos es el aplicar o inaplicar la Constitución. No existe explicación alguna que pueda justificar, en un magistrado judicial, el voluntario incumplimiento de la Constitución nada menos que desde el sitial de la justicia.

La ausencia de invocación de la norma por las partes no puede privar al orden jurídico de su aplicación por el juez en los procesos ordinarios. No ha de confundirse lo que es requisito del recurso extraordinario (para que haya más debate previo a la instancia excepcional) con el deber normal de aplicar la Constitución, la invoquen o no las partes en la causa que someten a sus estrados. Lo hacen a veces, cuando se trata de negar validez a decretos de necesidad y urgencia que rebajan salarios en situación calificada como de emergencia o necesidad pública.

8.2. *La cuestión en el derecho público provincial*⁹⁹

Las constituciones provinciales han sido mucho más avanzadas que la jurisprudencia nacional, y establecen que las normas contrarias a la Constitución “no podrán ser aplicadas” por los jueces: Mendoza (art. 48), Santa Cruz (art. 17) y Tucumán (art. 24). La Rioja (art. 9°) habilita la declaración de inconstitucionalidad de oficio; pero Neuquén (art. 16), en forma análoga a Mendoza, Santa Cruz y Tucumán, aclara que los jueces *deben* declarar inconstitucionales las normas contrarias a la Constitución. San Juan (art. 11) y San Luis (art. 10) van más allá en el mismo sentido y aclaran que las normas contrarias a la Constitución “carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio aún cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas.” Esta necesaria vista previa a las partes contesta una de las críticas que hemos recordado, pues el deber de los jueces de declarar de oficio la inconstitucional-

⁹⁸ Hemos afirmado además que los jueces “son el instrumento más útil y más inmediato de la reforma política:” ver nuestro art. “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, II/13: 7-12, abril de 2004. Lo enfatizamos, por lo demás, en la definición misma del derecho administrativo: *supra*, t. 1, cap. V, al incluir el control judicial como parte sustancial del concepto de derecho administrativo en un Estado de Derecho.

⁹⁹ Agradezco a ALEJANDRO PÉREZ HUALDE por la información y primera redacción de este punto 8.2, que he introducido gracias a un mail que generosamente me enviara comentando un borrador de esta *Introducción*. Desde luego, tanto la redacción como la responsabilidad finales me pertenecen.

lidad no puede ser ejercido sin que el análisis de las circunstancias fácticas se efectúe previa oportunidad de las partes para expresarse. Río Negro habilita la declaración de inconstitucionalidad de oficio (art. 196) aún cuando no existiera “lesión actual” (art. 207 inc. 1).

Desde el constitucionalismo provincial, como se advierte, aparece el lineamiento que debiera aplicarse a nivel nacional.

8.3. *La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo*¹⁰⁰

De igual modo, si la administración aplicó una multa y ni ella ni la parte sancionada piden que se la cambie por una sanción menor, ello no impide a la justicia por iguales razones de economía procesal, disminuirla,¹⁰¹ o incluso cambiar la multa por apercibimiento;¹⁰² a una suspensión en la matrícula, sustituirla por advertencia delante del Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de Capital Federal; a una exclusión de la matrícula, cambiarla por una suspensión, que ninguno pidió. Nadie vió nunca problema alguno en estos casos, ni tampoco desde luego lo hay. Igualmente, si un acto administrativo otorga un subsidio que el tribunal considera no se adecua a la ley, naturalmente que puede y debe reformar el acto administrativo en el sentido correspondiente;¹⁰³ ello ocurre a diario en materia de jubilaciones, pensiones, retiros, haberes, etc.¹⁰⁴ Es moneda corriente en materia de control de la administración pública.

Los ejemplos siguen *ad infinitum*¹⁰⁵ y lo que demuestran no es que esté mal sustituir una sanción mayor por una menor y distinta, sino que es *falso* que el principio de congruencia, las pretensiones de la partes en la traba de la litis,

¹⁰⁰ *Infra*, cap. XII, “Modificación del acto administrativo,” § 12, “Sustitución y reforma.”

¹⁰¹ Es el caso más frecuente, p. ej. MARIENHOFF, MIGUEL S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público,” *LL*, 1989-E, 963; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, cap. II, pp. 73 y 77. Algunas salas declararon la inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 24.393 que impone una multa igual al triple de la tarifa del medio de transporte utilizado (Sala IV, *Lufthansa*, 21-VIII-97 y 23-IX-97) y aplicaron en su lugar, en sede judicial, la multa del mínimo legal, Sala II, *Lufthansa*, 5-V-98 y 12-VI-98. La CSJN rechazó el recurso extraordinario contra la sentencia que consideró que la desigualdad no era en el caso inconstitucional: *Lufthansa*, *LL*, 2000-B, 401.

¹⁰² Ver CNFed. CA, Sala III (MORDEGLIA, MUÑOZ, ARGENTO: por error material la publicación consigna “Sala II”), C., O. O., *LL*, 1998-A, 298, año 1997; *Grittini*, *LL*, 1998-C, 338, año 1997.

¹⁰³ Es el caso del subsidio previsto por la ley 22.674, Sala III, *Leyes*, 21-VIII-98 y de las causas fundadas en la ley 24.043 y ulteriores: *in re Birt*, que comentamos en *LL*, 1995-D, 292, reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 33-6; es el comienzo del fin de una tendencia adversa al reconocimiento de los derechos lesionados por el último gobierno militar: “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas”, *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

¹⁰⁴ Aún en los viejos códigos. El razonamiento es explicado en D’ARGENIO, “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial,” *op. cit.*, § 19, pp. 67-8.

¹⁰⁵ Ver MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, *op. cit.*, t. II, p. 659, nota 281 y jurisprudencia que cita; p. 909: “el Poder Judicial que puede anular dicho acto puede, *a fortiori*, modificarlo eliminando el vicio de que adolece. En el caso de sanciones ello implicará reducir su monto o modificar su tipo.” Otros ejemplos en PERINO, MICHELE M.G., *Osservazioni sull’accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1953, p. 59. Ampliar *infra*, cap. XII, “Modificación del acto administrativo” de este mismo vol. 3.

la defensa en juicio o el debido proceso sean excusas válidas para desaplicar la Constitución aplicando una norma inconstitucional; es al revés, lo exigen.¹⁰⁶ Si se puede de oficio modificar o sustituir un acto administrativo por otro que ninguna parte pidió y bien está que se lo haga en los casos mentados, entonces también y con mucha mayor razón se puede y debe desaplicar la norma inconstitucional que ninguna parte pidió fuera desaplicada, pues *el juez conoce el derecho y lo aplica, o lo desconoce en el doble sentido de la palabra*. Una sentencia que no aplica la Constitución es peor que una sentencia que no aplica la ley, el peor caso de arbitrariedad judicial.

En un país que ha sufrido tantas rupturas del orden constitucional no se debiera mantener como doctrina nacional, ni jurisprudencial, el verdadero prevaricato que el pasado introdujo en nuestro sistema. No se puede encuadrarlo en el justo término medio aristotélico: no hay un aplicar mucho o demasiado la Constitución y un aplicarla poco.

No hay un aplicarla en un justo medio: ¿a veces sí, a veces no? ¿algunas normas sí, otras no? La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional y el *ius gentium* se cumplen o se incumplen, eso es todo.¹⁰⁷ No se puede fundar en razones procesales la consciente no aplicación del orden constitucional, en la deliberada aplicación *de una norma inconstitucional*. Otros tribunales advierten, con razón, que la potestad judicial de suplir el derecho no invocado o erróneamente invocado por las partes, *incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución*.¹⁰⁸

De todas maneras conviene reiterar que el planteo que hacemos referido al deber que le corresponde a la judicatura, no es en modo alguno anterior al deber que le cabe a los autores, pues son estos, con sus eventuales doctrinas de apoyo sistemático al abuso del poder, los que son en verdad responsables primarios del deterioro histórico y creciente del derecho público argentino, que no cesa ni del legislador ni mucho menos del administrador. Pero ya dijo Montesquieu que es natural que el poder tienda a abusar del poder: es que sus límites los debe poner la sociedad civil, ayudando a los jueces a ejercer el control y no, al revés, obstaculizándolo u oponiéndose a él.

A un juez se le puede y debe pedir, desde luego, que diga el derecho, pero debe dársele también, entonces, el apoyo de la sociedad civil a través de quienes escriben y publican, en su apoyo cuando actúan correctamente, en lugar del ominoso silencioso con que más de uno suele “manifestarse” ante todo lo que tiene actualidad y genera compromiso, o peor, la activa defensa de todas las tesis

¹⁰⁶ Así lo dice el Tribunal Supremo español: “En tales casos la sustitución no sólo será posible sino *imprescindible* “por exigencia del principio de efectividad de la tutela judicial que quedaría claramente burlado si los tribunales no decidieran respecto de aquello que la Administración pudo y debió resolver,” como recuerda GONZÁLEZ NAVARRO, t. 3, *op. cit.*, p. 438.

¹⁰⁷ O como dice SUNFELD, CARLOS ARI, *Ato administrativo inválido*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 23, “Una norma se conforma, o no se conforma, a la jerárquicamente superior.”

¹⁰⁸ TOral Criminal Federal n° 3, *Miraldi, LL*, 2000-D, 766.

contrarias a la Constitución y a la defensa de los ciudadanos frente al poder. Es la misma opción que se plantea en todos los temas que estamos recordando una vez más en esta “Introducción” y que se repiten a lo largo de toda la obra del derecho administrativo.

9. *Invocar la seguridad jurídica a favor del Estado*

Es infrecuente invocar la seguridad jurídica a favor de los derechos y garantías de los individuos; es más común que se lo haga a favor del acto administrativo. La seguridad es para el funcionario, para el Estado, como razón de Estado. Ello ocurre en materia de permitir o no la impugnación de actos nulos luego del período de caducidad de la acción judicial,¹⁰⁹ en que la seguridad se invoca para el acto del ocasional funcionario público de turno y no para el ciudadano; lo mismo en cuanto a la suspensión o no del acto,¹¹⁰ su estabilidad,¹¹¹ inconstitucionalidad de la revocación por razones de oportunidad, de derechos adquiridos, etc. La revocabilidad o irrevocabilidad en sede administrativa del acto que confiere o reconoce derechos subjetivos¹¹² ha sido planteada como cuestión axiológica y política, desde ángulos opuestos.

Para algunos autores se trata de “un pensamiento netamente liberal, que [...] ha dado además la adecuada protección de los derechos constitucionales en juego;” “un justo valladar a la discrecionalidad de la Administración Pública.”¹¹³ Para otros autores, al contrario, era en su momento un esquema “injustificadamente individualista.”¹¹⁴ La segunda opinión, publicada por primera vez en 1981, tal vez hubiera merecido una reevaluación al haber cambiado posteriormente los parámetros entonces existentes en la sociedad. Pues cabe recordar, en efecto, que en la actualidad se han producido y repotenciado recíprocamente varios fenómenos diversos: la liberalización de la economía, la apertura de los mercados y en general el modelo liberal vigente desde la reforma del Estado,¹¹⁵ con más la

¹⁰⁹ CAPUTI y SACRISTÁN, *op. loc. cit.*

¹¹⁰ *Infra*, cap. VI, § 7.2.2, “La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable” y 7.2.3, “Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular” y cap. XIII, § 7.3, la revocación por razones de oportunidad procede solamente si el acto fue otorgado expresa y válidamente a título precario: cap. VI, § 10.1.3, “La revocación de los actos precarios.”

¹¹¹ Ver *infra*, cap. VI, donde se cita la seguridad jurídica como fundamento de la estabilidad del acto a favor del individuo, no de la prohibición de que éste lo impugne.

¹¹² VEGA, “La desprotección del particular...,” *op. cit.*, nota a *Gordillo*; en contra, CRESPO, FERNANDA, “La anulación de los actos administrativos irregulares ¿Resabios de la confusión entre derechos adquiridos y derechos ejercidos?” *LL, Sup. Adm.*, en preparación.

¹¹³ BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *op. cit.*, nota al fallo *Hernández*, resuelto coincidentemente en tres instancias.

¹¹⁴ COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1981, pp. 176 y 192; 2ª ed., 1998.

¹¹⁵ Algunos confunden la *crítica* al sistema con su *existencia* o vigencia, o sus *efectos*. No hace falta ser “neo-liberal,” como se dice ahora, para comprender que las soluciones jurídicas difícilmente pueden escapar a esta nueva realidad.

consagración de los derechos humanos enfatizada desde la Constitución de 1994.¹¹⁶ En este nuevo sistema jurídico no parece excesivo o injustificado individualismo la protección de los individuos y la seguridad jurídica de sus derechos frente al poder,¹¹⁷ más allá de que anhelemos un pleno Estado de Bienestar cuando ello sea materialmente posible, lo cual es cuestión diversa. Otra manifestación del mismo criterio general es la preferencia por las soluciones menos gravosas para la invalidez del acto, o al contrario la simple imparcialidad del tercero desinteresado del proceso.¹¹⁸

10. *Prevenir o coadyuvar a la corrupción*

Así como hay países gravemente amenazados por el narcotráfico, otros lo están por la corrupción.¹¹⁹ La forma de prevenir o responder a estas amenazas a la sociedad no depende solamente de la política legislativa o gubernativa,¹²⁰ depende también de que los jueces apliquen las directrices *preventivas* que les manda claramente, como principios jurídicos imperativos, la Convención Interamericana Contra la Corrupción.¹²¹ No se trata de sostener, por cierto, que cada vez que no se han cumplido las medidas preventivas hay necesariamente corrupción (lo cual sería un falacia formal de razonamiento y por implicancia también informal): puede haber simplemente negligencia, ineptitud, despilfarro de fondos públicos, sin corrupción.

¹¹⁶ *Supra*, t. 1, caps. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo” y VII “Fuentes nacionales del derecho administrativo;” *Después de la reforma...*, *op. cit.*, cap. I.

¹¹⁷ Ver también cap. V, § 7.2, “Derecho nacional y comparado,” donde nuevamente se vincula otra institución (la ejecutoriedad), con la seguridad jurídica, pero a favor del acto y no a favor de los derechos de los individuos.

¹¹⁸ *Infra*, cap. XI, § 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

¹¹⁹ Sobre el crecimiento de la corrupción organizada y el financiamiento de la política en nuestro país, ver “Axel en la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *op. cit.*

¹²⁰ Sin embargo, desde la legislatura y el gobierno se puede hacer más. Ver nuestros arts. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; Ángel Estrada, *JA*, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-31; “La modernización de la administración pública,” en *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, *opus* No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71.

¹²¹ Ver nuestros arts. citados *supra*, nota 29. Estas convenciones están pasando por ahora por la prueba de fuego del silencio y la omisión, como también le tocó en su momento pasar a la Convención Americana de Derechos Humanos y luego a los tratados internacionales de derechos humanos, por fin a la Constitución de 1994. Es una técnica conocida en “derecho,” como recuerda ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, “Cómo desbaratar la protección del consumidor,” *LL*, 1999-A, 783. La protección al consumidor se desbarata del mismo modo que la tutela constitucional. Afortunadamente no todos optan por la omisión: Juzg. CA N° 1 de La Plata, *Ecodyma*, 2004. El Juez aplicó los principios de transparencia y concurrencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a los fines de conceder una medida precauteladora, la cual si bien fue revocada, no fue cuestionada por la Fiscalía de Estado en cuanto a la aplicación del tratado.

Pero si la corrupción se descubriera en ese caso, más tarde y el juez no hubiera controlado *oportunamente* la estricta aplicación de las medidas *preventivas* que la Convención impone como principios jurídicos generales, su inaplicación preventiva del derecho contra la corrupción constituiría casi una hipótesis de *mala praxis* digna al menos *prima facie* de atención por los órganos constitucionales de contralor del Poder Judicial. En tal caso la sentencia que dictó no será tal vez corrupta, pero fue una sentencia que por negligencia o impericia no supo aplicar el derecho encaminado a prevenir la corrupción. Eso es, lo decimos respetuosamente, *mala praxis* judicial. Considerar o no vicio del acto administrativo la violación de las medidas preventivas previstas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, es una opción que no debiera justificar la duda de nadie y sin embargo la tiene de casi todos. También existe, a nivel interamericano, un mecanismo de seguimiento¹²² cuyas recomendaciones en su mayoría no han sido aún recogidas; ellas pueden ser consultados en www.oas.org.

11. Quo vadis?

La *Hidra* tiene más de siete cabezas y harán falta varios HÉRCULES en el ámbito judicial para cortarlas. Pero hace falta un esfuerzo social concertado,¹²³ en primer lugar, para que ello suceda y es *la doctrina la que tiene la responsabilidad moral primaria* para posibilitar esa construcción crítica.¹²⁴ Todo eso construye el Estado —de Derecho, o no— que tenemos.

¹²² Ver “Bases para un proyecto de Plan de Acción para la implementación de las recomendaciones formuladas por el Comité de expertos del Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción a la República Argentina,” REJTMAN FARAH, (consultor nacional), Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, 2006.

¹²³ Ver NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, comentario n° 16, “La justicia,” p. 85; nuestro art. “Axel en la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *op. loc. cit.*; “La sociedad civil vs. el poder político,” nota al fallo de la SCJBA (Corte de Conjuces), *Flores, LL*, 2003-E, 263; “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer;” “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos,” *LL*, 2002-A, 954; “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3; “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 818-823; “La modernización de la administración pública,” *op. cit. supra*, nota 120; “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...”, *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, n° 3, p. 230 y ss.; traducido al portugués y publicado en la *Revista de Direito Público*, n° 75, San Pablo, 1985, pp. 76 a 81; traducido al castellano y publicado en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 105: 16, bajo el título “Un Ombudsman para la Argentina. Sí, pero...”

¹²⁴ Como lo explicamos en GORDILLO / FLAX y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., cap. I y en el prólogo de nuestro libro *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984.

CAPÍTULO I

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PARTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

| | |
|--|------|
| 1. Recapitulación. El objetivo del análisis no es definir el acto administrativo sino sistematizar la actividad administrativa | I-1 |
| 2. Acto jurídico y acto administrativo | I-2 |
| 3. La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos | I-3 |
| 4. Continuación. El concepto subjetivo de acto administrativo | I-6 |
| 5. Los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa | I-6 |
| 6. La oposición de los criterios de función administrativa y acto administrativo | I-7 |
| 7. Crítica del concepto orgánico o subjetivo | I-7 |
| 8. Continuación | I-9 |
| 9. La posible pérdida de conexidad entre las nociones de función administrativa y acto administrativo | I-10 |
| 10. El acto administrativo como manifestación del ejercicio de la función administrativa | I-11 |
| 11. El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales | I-11 |
| 12. Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales.. | I-16 |
| 12.1. Las corporaciones profesionales..... | I-16 |
| 12.2. Las asociaciones dirigidas | I-18 |
| 12.3. Los concesionarios y licenciatarios | I-19 |
| 12.4. Sociedades del Estado | I-22 |
| 12.5. Medios de transporte público | I-23 |
| 12.6. Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado | I-23 |

| | |
|--|------|
| 13. Clubes de campo y barrios cerrados | I-26 |
| 14. Conclusiones..... | I-30 |

Capítulo I

**EL ACTO ADMINISTRATIVO
COMO PARTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

1. Recapitulación. El objetivo del análisis no es definir el acto administrativo sino sistematizar la actividad administrativa

Ya hemos adelantado¹ que las palabras y clasificaciones y las consecuentes definiciones, carecen de un valor dogmático de verdad o falsedad que pueda determinarse apriorísticamente. Interesa analizar la realidad que el mundo nos presenta, para determinar luego, en función de sus características, cómo es más útil clasificarla y definirla.² La definición de acto administrativo no es una búsqueda de esencias:³ debe estudiarse el fenómeno administrativo buscando *una clasificación* que lo sistematice y explique. Ello puede llevarnos a dar una noción de acto administrativo, pero ésta no es el objetivo último del análisis. Nuestra investigación pues, tiene por contenido el estudio del total de la actividad administrativa. Este fue el criterio con que encaramos las anteriores ediciones de *El acto administrativo* y debemos confesar una suerte de éxito, pues la definición que propusimos desde 1963 ha generado razonable aceptación.⁴

¹ *Supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho.”

² La aplicación de estos principios de teoría general es importante, pues muchos entienden hallar la verdad absoluta al proponer definiciones o clasificaciones. Comp. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 193, p. 233: “La utilidad de una teoría, para saber a qué atenerse, es un buen indicio de su verdad. Porque la verdad es también útil, aunque lo útil de por sí no sea la verdad científica, pero sí un fuerte indicio de que ella está presente y develada en todo o en parte a través de su aplicación teórica y técnica.”

³ Ver igual problemática en materia de servicios públicos en el t. 2, cap. VI. El planteamiento metodológico general se lo encontrará en *supra*, t. 1, cap. I.

⁴ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 2, *Urriolabeitia*, 2004, ejecutoriada. Ver BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo,” en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (Dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 159. Cabe advertir, con todo, que desde esta novena edición introducimos la precisión que explica el punto 1 del capítulo II.

2. Acto jurídico y acto administrativo

La búsqueda de una sistematización adecuada del total de actividades regidas por el derecho administrativo se torna fundamental en esta materia, porque no existe ningún marco legal de referencia que permita utilizar clasificaciones o definiciones preestablecidas. No existe una definición legal de función administrativa,⁵ ni tampoco de acto administrativo;⁶ en el derecho civil, en cambio, al existir una definición legal del acto jurídico, se hace en parte innecesaria esta problemática, pues al estar dado legalmente un ordenamiento metodológico determinado, él se torna automáticamente de uso convencional y constituye una base sencilla de trabajo, con prescindencia de que su sistematización sea más o menos conveniente. Esa circunstancia ha tentado siempre a más de un jurista enfrentado con los problemas del derecho administrativo, sugiriéndole adoptar la clasificación y definición propia del acto jurídico del derecho privado, sólo que trasladándola al derecho público.

Esta ha sido, más de una vez, la actitud de parte de la jurisprudencia; es también, casi intuitivamente, la que adoptan los abogados no especializados en el derecho administrativo: ello se debe a una formación muy detallada en derecho privado, producto de los programas de estudio clásicos de las distintas universidades, y a una escasa formación en derecho administrativo.⁷ Pero debe tenerse presente que esa tendencia, con todo de parecer fácil, lleva a errores, porque lo que hay que sistematizar y explicar en derecho administrativo (a través de la noción de acto administrativo) es muy distinto de lo que hay que sistematizar en derecho civil (a través de la noción de acto jurídico);⁸ a ello debe agregarse que el margen de aplicación del derecho civil a la administración pública es cada vez más reducido en el mundo moderno, a punto tal que puede sostenerse que en el presente el derecho civil no es aplicable, en principio, a ningún campo de la actividad

⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 22.3, “Funciones administrativas de órganos no estatales.”

⁶ Algunas legislaciones provinciales de procedimiento administrativo han adoptado expresamente la definición que propusieramos desde la primera edición (1963) de este libro.

⁷ Basta comparar que mientras el derecho administrativo tiene también una parte general, una parte de obligaciones, una parte de contratos, una parte de derechos reales, a más de otros grandes sectores propios, la Facultad le dedica una sola materia obligatoria del ciclo básico común, cuando el derecho civil le dedica una materia para la parte general, otra materia para las obligaciones, otra materia para los contratos, otra materia para los derechos reales, etc. Para un panorama comparativo general, ver *supra*, t. 1, cap. VIII, § 2, “Relaciones con el derecho privado” y § 3, “Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.”

⁸ Ya decía que si bien en cuanto a su estructura general hay una cierta identidad conceptual entre acto jurídico y acto administrativo, no puede pensarse que exista “identidad completa, pues llevada ésta a sus últimas consecuencias sería una anomalía, dadas las diferencias sociales entre el derecho público y el derecho privado.” BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 2, nota y p. 3; 6ª ed., p. 17, nota 2. Un desarrollo exhaustivo de las diferencias entre acto jurídico y acto administrativo —que obligan a la diferenciación metodológica— puede verse en ALESSI, RENATO, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 218 y ss.

administrativa.⁹ Esta afirmación puede ser discutible,¹⁰ pero la tendencia es clara hacia la restricción de la aplicación del derecho civil en el plano administrativo.¹¹ Fundamentalmente, la sistematización propia del derecho civil¹² no explica ni ordena ninguno de los grandes problemas que preocupan al derecho administrativo:¹³ no toma en cuenta —como no puede ser de otro modo— la división de poderes y funciones, la estructura de la administración pública, la naturaleza del órgano y su actividad, etc.; todo esto debe analizarlo y sistematizarlo el derecho administrativo. Por lo tanto, en el resto del cap. comenzaremos a estudiar los problemas del ordenamiento de la actividad administrativa y señalaremos los elementos a tomar en cuenta para una noción de acto administrativo.

3. *La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos*

Partir, como lo hemos hecho ya desde anteriores ediciones de esta obra¹⁴ del concepto de función administrativa, elimina distintas variantes que se han

⁹ Ver *supra*, t. 1, cap. VIII, § 3, “Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.” Hemos dicho “en principio” en el sentido de “como regla general;” pero aún así es una afirmación que merece ser matizada. La CSJN, *Metalmecánica S.A.*, 1976, ED, 71: 463, ha reiterado, p. ej., que el derecho civil se aplica a la administración en forma *subsidiaria* al derecho administrativo (con cita de 183: 234; 190: 142; 191: 490; 205: 200; 237: 452). Ello ocurre particularmente en materia de daños. De todas maneras, conviene estar advertido que se trata de un terreno minado en el que es indispensable consultar la jurisprudencia sobre el tema puntual. Vale en este sentido recordar, por su exquisita ambigüedad, parte del cons. 8° de *Metalmecánica*: “conviene recordar lo que dijo la Corte en otra oportunidad, que las reglas del Código Civil, «si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo, sino al derecho privado nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina» («Fallos», 190-142).” El último fallo citado es *Los Lagos S.A.* A su vez, la CNFed. CA, Sala III, *La Huella, LL*, 2000-E, 547, cons. VIII, ha dicho “que las reglas fijadas por el Código Civil, sólo concernientes a las relaciones privadas, no rigen en derecho administrativo de modo directo ni supletorio [...], sino que pueden llegar a ser aplicadas tan sólo por razón de analogía, es decir: con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de esta última disciplina.” Ver también *Anitúa*, CNFed. Sala IV, *LL*, 2002-F, 988, con nota de VALDEZ, MARCELA, “Justicia por analogía.”

¹⁰ Ver nota anterior. La controversia es casi permanente: ver el fallo anotado y la nota de FANELLI EVANS, GUILLERMO E., “Daños a terceros en servicios públicos privatizados,” *LL*, 1998-F, 146.

¹¹ Ver t. 1, cap. VIII, § 3.

¹² Hechos jurídicos y no jurídicos; hechos jurídicos naturales y humanos, hechos jurídicos humanos involuntarios y voluntarios, hechos jurídicos humanos voluntarios lícitos e ilícitos, para recordar la más conocida.

¹³ El derecho procesal sólo es el instrumento para efectivizar los principios propios de la materia, derecho material o sustantivo, que instrumenta. Por eso algunos jueces dicen que con la Constitución les basta; por ello en los tribunales internacionales se hace un estatuto del tribunal, con pocas normas sustanciales, y se deja al tribunal establecer el rito. Comp., en otra cuestión, RODRÍGUEZ, CECILIA MARA, “El estado actual de la jurisprudencia sobre la recusación sin expresión de causa como «procedimiento de elección del magistrado» en la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 2007-A, 480.

¹⁴ Nos referimos a *El acto administrativo*, 1963 y 1969, que desde 1979 constituye el presente t. 3 de este *Tratado*.

dado para configurar al acto administrativo y que por fundarse en elementos accidentales antes que en un análisis global de la realidad administrativa, sólo pueden ser imperfectas e incompletas. En tal sentido, es claro que debe ser desechado el criterio que toma en cuenta, para dar la noción de acto administrativo, la jurisdicción que deberá entender de la revisión del acto. En ese criterio se excluye del concepto del acto administrativo a ciertos actos emanados de otros órganos estatales que los administrativos, en virtud de que ellos —en algunos países— no son impugnables ante el juez en “lo contencioso administrativo.”¹⁵ Es éste un principio formalista, carente de fundamentación científica y supeditado no sólo al cambio de una ley de “lo contencioso administrativo” sino incluso al cambio de la jurisprudencia en la materia: Al querer buscar la noción de “acto administrativo,” entonces, no debemos estar tratando de hallar una noción que responda exclusivamente a los actos que pueden ser llevados ante el Tribunal de la materia.

En otro ejemplo, nuestro derecho público tiende en ocasiones a asignar una consecuencia demasiado categórica al hecho de que determinada causa no suscite la jurisdicción originaria de la CSJN, p. ej. responsabilidad del Estado provincial, y otra muy distinta que el derecho aplicable sea necesariamente derecho público local, con exclusión total de los parámetros nacionales del Código Civil y, desde luego, *la misma Constitución nacional*, que en cuanto la garantía de la propiedad se protege no sólo contra los particulares y el Estado nacional sino también contra los estados provinciales.

Esto no presenta problemas en materia de acto administrativo, donde toda la materia es similar en el derecho público comparado del país, tanto a nivel nacional como provincial, pero sí presenta algunas facetas interesantes en otros temas, como por ejemplo en el mencionado de la responsabilidad extra contractual del Estado.¹⁶

El tribunal que deberá entender, o el órgano estatal que lo hará en su lugar, son aspectos sin duda importantes en la vida profesional, pero de ningún modo puede exclusivamente en base a ellos darse una noción de alcance sistemático.

¹⁵ Esto es así p. ej. en Uruguay, aunque como bien lo señala SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953; 4ª ed., puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, p. 391, ello no es argumento suficiente para obtener la conclusión de que los actos dictados por los poderes legislativo y judicial no constituyen actos administrativos.

¹⁶ Ver, desde distintos enfoques, MILJIKER, MARÍA EVA y AHE, DAFNE SOLEDAD, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado,” *LL*, 2007-A, 753; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO y BUSTELO, ERNETO N., “Barreto: La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales,” en *LL*, 2006-E, 264; VEGA, SUSANA ELENA y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado. ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?” *RAP*, 335: 47-73, Buenos Aires, 2006.

El pregonado carácter público local de la responsabilidad del Estado provincial (a los efectos de la improcedencia de la instancia originaria de la CSJN) no impide su revisión por la CSJN en el recurso extraordinario, aplicando no otra cosa que los mismos parámetros jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado, que mencionan las normas del Código Civil.

Tampoco el acto es lo que determina la jurisdicción, sino la materia que habrá de regir la pretensión o derecho que se invoca.¹⁷ Además, en el derecho argentino no podría afirmarse que la actividad administrativa de los otros poderes no fuere impugnante ante la justicia con competencia en materia administrativa, primero porque ninguna norma lo impide, y segundo porque la legislación procesal vigente admite claramente la posibilidad de demandar a la Nación ante los estrados judiciales, sea por actos, hechos o contratos administrativos.¹⁸ Ya es normal en nuestra jurisprudencia que los actos administrativos del Congreso de la Nación y del Poder Judicial sean impugnables por la misma vía judicial que los actos emanados de la administración.

La solución no varía, a nuestro entender, aunque exista una norma que consagre la solución criticada, por cuanto la revisión judicial es sólo una parte de la revisión de los actos administrativos: ya hace mucho que tiene acentuada importancia, por diversos motivos,¹⁹ la impugnación y revisión del acto en la propia sede administrativa; lógico es entonces que si se ha de tomar en cuenta la posibilidad de atacar al acto, se tome un criterio que en lo posible explique ambos tipos de control del acto y no sólo el judicial, en atención a la importancia jurídica y práctica que ha asumido la revisión administrativa.²⁰

Por lo demás, ha de quedar en claro que en nuestro sistema constitucional, por imperio de los arts. 18, 109 y 116 de la Constitución, no puede en caso alguno excluirse la revisión judicial plena de cualquier acto estatal.²¹ Menos aún podrá considerarse, por lo tanto, un recurso específico aplicable para atacar el acto: negar el carácter de acto administrativo a un determinado acto, en virtud de

¹⁷ Esto es ya pacífico, pero no absoluto, en la jurisprudencia nacional (CNFed. CA, Sala IV, *La Internacional S.A.*, 19-VI-98, cons. II; *Manzioni*, 10-IX-92; *La Primera de San Isidro S.A.*, 24-VIII-93 y otros) y ha sido recogido por el código de la Provincia de Buenos Aires. Pero a veces aparecen fallos que aún aplican lo que en la antigüedad se llamaba la calidad “revisor del acto administrativo” como tipificante y limitante de la jurisdicción procesal administrativa. En el orden nacional aún existiendo un acto administrativo que se impugna, puede no corresponder la jurisdicción procesal administrativa (CSJN, *Movimiento Scout Argentino*, 1980, *Fallos*, 302: 545, cons. 7°), si lo principal de la impugnación se refiere al derecho comercial, incluso aunque hayan de juzgarse también aspectos regidos por el decreto-ley 19.549/72 (*La Internacional S.A.*, cons. IV y VI). En la C.A.B.A. la jurisdicción procesal administrativa está dada de acuerdo al art. 2, por el sujeto, “cualquiera que sea su fundamento [...] tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.”

¹⁸ Ver *supra*, t. 2, cap. XIII.

¹⁹ Lo explicamos *supra*, t. 2, caps. IX, “Principios del procedimiento,” XIV, “Problemas del acceso a la justicia” y XV, “Control administrativo y judicial.”

²⁰ No significa esto desconocer la importancia que debe tener la revisión judicial del acto, la cual es un pilar fundamental del derecho administrativo (tal como ya lo expusimos en este *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. V, § 2, “La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa” y 3, “El contenido de la protección judicial;” t. 2, cap. XIV), pero sí dar una visión más panorámica de los distintos aspectos del régimen del acto administrativo del cual la noción pertinente debe ser suficientemente explicativa y no innecesariamente limitativa.

²¹ Ampliar *supra*, t. 2, cap. VIII, “Los «actos de gobierno».” Ver también, entre otros, ORTIZ, RICARDO MIGUEL: “Actos administrativos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: tutela judicial,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, Platense, 2003, pp. 139-50.

que la jurisprudencia haya decidido que no le es aplicable el recurso por exceso de poder²² es un criterio objetable. A la inversa, tampoco se justifica a nuestro entender el afirmar que la institución matriz productora del acto administrativo es el recurso o la acción contencioso administrativa,²³ pues estos no son sino aspectos del régimen jurídico a analizar. A título de ejemplo, las controversias por los actos de los concesionarios y licenciatarios nacionales suelen dilucidarse en la competencia contencioso administrativa federal sin que sean necesariamente actos administrativos. Por todo ello, la institución productora —si es que puede usarse esa terminología— del acto administrativo es en nuestro concepto la función administrativa.

4. *Continuación. El concepto subjetivo de acto administrativo*

Entendemos, en consecuencia, que los principios jurídicos a considerarse para obtener una noción de acto administrativo que explique y aplique el mayor número posible de aquéllos, no pueden limitarse a los remedios procesales y vigentes, tanto en lo que se refiere a tribunal competente como recursos existentes contra el acto, o al procedimiento a seguirse en su tramitación. Con ello tomamos posición en sentido diverso a las doctrinas que, partiendo expresa o implícitamente del concepto señalado, comienzan por dar un concepto de acto administrativo restringido al punto de vista orgánico o subjetivo. En efecto, el hecho de que las acciones o los recursos contencioso administrativos se den en principio —y en algunas legislaciones— sólo contra decisiones de órganos administrativos, hace que la doctrina adopte fundamentalmente el concepto de que acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo. A este primer elemento agregan, desde luego, otros, con el resultado de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos *realizados por órganos administrativos*.

5. *Los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa*

Este concepto de acto administrativo adolece de los mismos problemas lógicos y metodológicos que el de la función administrativa.²⁴

Para conceptuar a la función administrativa se dan esencialmente dos nociones: *a)* la orgánica, subjetiva o formal: función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos; *b)* la material, sustancial u objetiva: función administrativa es la actuación concreta, práctica, etc., del Estado, realizada por cualquiera de sus órganos. Esta es la noción preferida por la doctrina. Hemos dicho ya que ambos conceptos son inadecuados, y que necesariamente debe adoptarse un tipo de definición mixta que involucre a la vez elementos de tipo

²² Así STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 45.

²³ Así FERNÁNDEZ DE VELAZCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, p. 70; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 220-1; en otras ediciones o reimpressiones se trata de las pp. 224-5.

²⁴ Que tratamos *supra*, t. 1, cap. IX, "Las funciones del poder."

orgánico material; o sea, que aúne datos objetivos y orgánicos para arribar a la noción final.²⁵

6. *La oposición de los criterios de función administrativa y acto administrativo*

Lo mismo ocurre con el acto administrativo; para conceptuarlo se dan esencialmente dos nociones: *a)* la orgánica, subjetiva o formal: acto administrativo es el que dictan órganos administrativos, y no otros órganos; *b)* la material, objetiva o sustancial: acto administrativo es todo acto, cualquiera sea el órgano que lo dicte, que tenga sustancia administrativa. Aquí la misma doctrina prefiere, al revés del caso de la función administrativa, el concepto orgánico y no el material. Esta sola diferencia de criterio señala ya el error lógico de la doctrina tradicional; pues, desde luego, es una contradicción definir la función administrativa en sentido material y el acto administrativo en sentido orgánico, para con ello arribar a la conclusión de que ciertas materias administrativas que en nada difieren de las demás, jamás darán lugar a actos administrativos.²⁶ Si la ausencia de un órgano administrativo es tan decisiva como para eliminar la posibilidad de que su actuación de lugar a un acto administrativo, el razonamiento es igualmente válido para negar también que estemos ante una función administrativa.

7. *Crítica del concepto orgánico o subjetivo*

Pero, repetimos, el camino no debe buscarse por criterios objetivos o subjetivos aislados; sólo un concepto mixto puede tener posibilidades de éxito.

La contradicción de las nociones predominantes de función administrativa (material, sustancial), y acto administrativo (orgánico, subjetivo) se advierte en un ejemplo: el nombramiento y remoción por parte de las autoridades judiciales de un empleado de tribunales (p. ej., un ordenanza) es, en estas doctrinas, función administrativa, pero no acto administrativo. El nombramiento o remoción por parte de las autoridades administrativas de un empleado de la administración (p. ej., un ordenanza), es función administrativa y también acto administrativo. ¿Por qué el primer acto de nombramiento no es acto administrativo y éste sí? Obviamente, porque en el primer caso no lo dicta un órgano administrativo y

²⁵ Así hemos propuesto como definición, desde nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, que mantuvimos también desde la primera edición de *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963: "Toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales." Actualmente se encuentra en el t. 1, cap. IX, § 21, "Resumen de las funciones del Estado." Han seguido criterios similares, posteriormente, LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 173 y FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, 2ª ed. actualizada, t. 1, p. 109 y ss.

²⁶ Entre otros, LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, pp. 80-90: "El requisito subjetivo de la naturaleza del órgano que realiza el acto excluye de la categoría de los actos administrativos [...] aquellos actos que son tales sólo objetivamente, pero no subjetivamente" (*op. cit.*, p. 90).

en el segundo sí. Pero entonces ¿por qué es el primer nombramiento función administrativa y el segundo también? Porque es sustancialmente igual, se dirá, pero es variar el fundamento: pues el que sean sustancialmente iguales, como en efecto lo son, puede al mismo tiempo fundar que los dos actos sean considerados como actos administrativos, cosa que esta doctrina no hace.

En otros términos: no hay un mismo fundamento que pueda decidir en ambos casos el por qué considerar en un aspecto iguales y en otros desiguales a actos idénticos. Esa contradicción debe solucionarse en uno de los siguientes sentidos: *a)* considerar que los dos casos son función administrativa y pueden dar lugar a actos administrativos (criterio en principio sustancial), o *b)* considerar que en el segundo caso, y únicamente en él, hay función administrativa y acto administrativo y que en el primero no hay ni función ni acto administrativo. El segundo criterio es cuestionado en cuanto para ello se basa puramente en la posibilidad de que exista o no un recurso ante el tribunal competente en materia procesal administrativa; por lo demás, es evidente que el régimen jurídico que regirá el nombramiento y remoción del empleado de tribunales es netamente el del derecho administrativo. Podrá variar la aplicación de las normas concretas, y existir un estatuto distinto para el personal; pero ello no quita que en todos los casos se trata inequívocamente de una función pública regida por el derecho administrativo. Lo mismo ocurre con los contratos administrativos del Poder Judicial, que nadie soñaría con imaginar función jurisdiccional, de tan obvio que es. Tanto en su celebración, donde rigen los principios generales del derecho administrativo y las normas específicas, como en su ejecución, el derecho aplicable es indubitablemente administrativo: no otra cosa que administrativos pueden ser los actos dictados al respecto, en tanto cumplan con las demás características de esta categoría. En el curso de su ejecución, los actos por los cuales el Poder Judicial aplica sanciones al contratista, impone deberes, etc., también se rigen por los principios comunes del derecho administrativo y de ninguna manera pueden ser considerados ejercicio de función jurisdiccional.

Así nos parece claro que en ambos casos hay *función* administrativa y *acto* administrativo; aclarando que a los actos administrativos dictados por órganos judiciales se aplicará el derecho administrativo, salvo, en algunos países, en lo que respecta al recurso para atacarlo.²⁷ Dentro de la orientación objetiva del concepto de función administrativa, ya los autores se pronuncian por el criterio objetivo de acto administrativo, entendiéndolo en consecuencia aplicable no sólo a la actividad de los órganos *administrativos* sino también a la actividad administrativa de los órganos *legislativo* y *jurisdiccionales*.²⁸

En nuestro país ni siquiera existe problema procesal, porque como ya vimos un acto administrativo puede impugnarse ante una jurisdicción distinta si lo

²⁷ Este problema se plantea con los actos tanto individuales como generales de la CSJN.

²⁸ Es lo que proponemos desde 1963. Conf. BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 8.

principal en discusión no es el derecho administrativo. Además porque ya es pacífico²⁹ que los actos administrativos de los otros poderes del Estado se impugnan también ante la justicia con competencia en materia contencioso administrativa, si la impugnación versa sobre derecho administrativo. Es una solución que tiende a afirmarse en el derecho comparado.³⁰

8. Continuación

Otros autores no incurren en la contradicción señalada, pero en cambio se deciden expresamente por conceptuar a la función administrativa y al acto administrativo en sentido orgánico.³¹ Se fundan para ello en que los actos de índole administrativa que realizan los jueces y el poder legislativo, no se rigen por el derecho administrativo. Esa afirmación, sin embargo, no es aplicable en cuanto se refiere a la organización interna y al personal del Poder Judicial y Poder Legislativo. En efecto, si bien en algunos sistemas no habrá tal vez recurso o acción ante el juez procesal administrativo contra tales actos,³² es evidente que toda la temática a aplicarse será la del derecho administrativo: competencia, jerarquía, desconcentración, delegación, etc. En cualquier caso, en nuestro sistema es competente la justicia procesal administrativa.

²⁹ SCJBA, *Villar de Puenzo, LL*, 1984-D, 145, con nota de GRECCO, CARLOS MANUEL, "Impugnación judicial contra actos administrativos del Poder Judicial," *LL*, 1984-D, 141; *Ambrosio, LLBA*, 1998: 167; Juzg. CA N° 1 de La Plata, *Ramellini*, 2004, confirmada; ORTIZ, "Actos administrativos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...," *op. loc. cit.* En el orden nacional tramitan también normalmente juicios contra el Estado en cabeza del Poder Judicial o del Congreso de la Nación. Luego de algunas hesitaciones, p. ej. CNFed. CA, Sala III, A., *H.F., LL*, 1984-B, 60, con disidencia de GAUNA y nota en igual sentido de EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, "Un caso de confusión entre la función administrativa y la función jurisdiccional del órgano judicial," finalmente la jurisprudencia se orienta en forma unánime: Sala V, *Labatón, DJ*, 1998-3, 628, año 1994; *Costa, LL*, 1996-E, 116; Sala I, *Rava, LL*, 1996-C, 457; Sala IV, *Rosso, LL*, 1996-A, 643. Conf. BIANCHI, ALBERTO B., "Justiciabilidad de las acordadas de la Corte Suprema," *ED*, 119: 181; "¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?" *ED*, 132: 808, 809: "Sus decisiones son susceptibles de iguales impugnaciones ante los jueces inferiores al igual que si se tratara de un acto administrativo ordinario."

³⁰ Entre otros, PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, p. 63.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas - La Ley, 2006, p. 552. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 354 y ss., p. 409 y ss.; 10ª ed., 1987, p. 373; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 207. Esa posición tradicional española ha provocado réplicas: GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 411.

³² En la Provincia de Buenos Aires hubo un importante debate sobre la competencia judicial para juzgar los actos del Tribunal de Cuentas: ORTIZ, "El nuevo fuero contencioso administrativo," en AA.VV., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 2000, pp. 37, 52-56 y las referencias de su nota 19 en p. 52.; BOTASSI, CARLOS ALFREDO, "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo," en AA.VV., *El nuevo proceso...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss., 246-7. Las leyes 13.101 y 13.118 otorgaron a los juzgados de primera instancia la competencia para la revisión de los actos del Tribunal de Cuentas.

Lo mismo puede decirse de otras normas: que una ley de empleados públicos no les sea aplicable a esos funcionarios, p. ej., no quita que sus derechos y deberes deban encuadrarse en los principios generales del derecho administrativo. El deber de obediencia de los empleados judiciales será el deber de obediencia del derecho administrativo; el recurso jerárquico que interpongan ante la Cámara contra una sanción del juez será un recurso jerárquico a tramitarse según procedimientos de derecho administrativo y no del derecho procesal; la procedencia de la sanción disciplinaria que se aplique al empleado se regirá por los principios que hacen a las sanciones disciplinarias administrativas, y no por los del derecho penal, etc.³³

Si una ley es interpretada en el sentido de que sólo se aplica a la administración, ello no significa que la regulación jurídica de los actos de contenido administrativo realizados por otros órganos escape al derecho administrativo y se rija por el derecho procesal o el derecho parlamentario.³⁴ Por más dudas que susciten ciertas actividades no específicamente jurisdiccionales o legislativas de los órganos jurisdiccional y legislativo, ellas no pueden llevar a sostener que los actos que estos órganos realizan en lo que se refiere a su organización interna, medios materiales, etc., no se rijan por los principios del derecho administrativo. El que se les apliquen tales principios (requisitos, vicios, nulidades, extinción, etc.), aunque alguna que otra ley administrativa no les sea de aplicación expresa, hace que no podamos razonablemente excluirlos del concepto de acto administrativo.³⁵

9. La posible pérdida de conexidad entre las nociones de función administrativa y acto administrativo

Al tratar de las funciones del Estado dijimos que convenía clasificar de algún modo útil y claro las distintas actividades de los órganos del Estado, desde un punto de vista jurídico: no nos parece útil la noción de que “los tres poderes realizan simultáneamente las tres funciones,” porque ella no explica nada de la realidad que se encuentra detrás de la frase. Ello y decir que “todo es una gran confusión” y quedarse allí, es poco más o menos lo mismo.

Preferimos entonces tratar de armonizar las nociones de función administrativa y acto administrativo, para que mejor cumplan, en nuestro entender, su función explicativa de esta parte del sistema jurídico administrativo. No hay en ello una pretendida búsqueda de esencias, solamente de simplificaciones comprensibles.

³³ Lo mismo ocurre en lo referente al manejo de fondos por parte de las Cámaras parlamentarias o la justicia. Ver ley 24.156, art. 9°.

³⁴ Escapan al ámbito de esa ley o decreto-ley, pero no al de los principios generales del derecho administrativo y público en general.

³⁵ En contra FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 276 y ss.; STASSI-NOPOULOS, *op. cit.*, p. 41 y ss.; FERNÁNDEZ DE VELAZCO, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 15; LESSONA, *op. loc. cit.*; etc.

10. *El acto administrativo* *como manifestación del ejercicio de la función administrativa*

Por ello partimos de la base de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce,³⁶ y el adoptado por el art. 1° de la llamada ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³⁷ Es también el criterio del CPCA de la Provincia de Buenos Aires.³⁸ A este elemento se le agregan luego otros, con el resultado final de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa. Utilizamos ese criterio, según lo dicho, porque: *a)* debe eliminarse la contradicción lógica entre las nociones de acto y función administrativa; *b)* dicha eliminación debe hacerse sin tomar en cuenta datos accidentales como el del recurso procesal procedente y considerando en cambio lo esencial de la regulación jurídica de fondo aplicable al caso; *c)* los actos del Poder Judicial y del Poder Legislativo referidos a su organización interna, medios materiales, empleados públicos, etc., se rigen por los principios del derecho administrativo; *d)* tampoco es útil proponer una desvinculación total de las nociones de función y acto administrativo, por inducir a evidente confusión terminológica e innecesaria complejidad conceptual.

11. *El acto administrativo —y no los contratos administrativos—* *de entes no estatales*

En materia de entes no estatales la primera y gran controversia es si ejercen o no función administrativa a la que alcancen los principios del derecho admi-

³⁶ En igual sentido Colombia, arts. 1° y 82. En cambio adoptan el criterio subjetivo: Uruguay, art. 120; Venezuela, art. 7°. Ver FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 149; PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 152; BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, 5ª ed., p. 5; 6ª ed., p. 18; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 390; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 201; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 89-90; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, § 3, p. 4 y § 6, p. 7; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 2, § 2.2, p. 8; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario al art. 1°, § 1.3, p. 38 y comentario a los arts. 7° y 8°, § 5.2, p. 185; ORTIZ, “Actos administrativos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...,” *op. loc. cit.*; NAVA NEGRETE, ALFONSO y QUIROZ ACOSTA, ENRIQUE, “Acto administrativo,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Diccionario de derecho administrativo*, México, UNAM-Porrúa, 2003, p. 2.

³⁷ En él se extiende el ámbito de aplicación de la ley a los órganos legislativo y judicial, en ejercicio de la función administrativa. Se trata del decreto 1510/97, aprobado curiosamente por una resolución legislativa y no propiamente una ley.

³⁸ D'ARGENIO, INÉS A., “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial,” en AA.VV., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, *op. cit.*, pp. 57-8, 100-1.

nistrativo. En otro encuadre terminológico³⁹ los actos, aún privados, de personas privadas que ejercen poder, tienen en el ámbito del derecho privado y por tribunales comunes las mismas limitaciones de respetar la audiencia previa, el debido proceso, la razonabilidad, proporcionalidad, no discriminación, etc.⁴⁰ Son principios generales del derecho tanto público como privado.⁴¹ Algunos autores no admiten que un acto administrativo sea emitido por una entidad no estatal,⁴² pero ello ocurre por su *propia* concepción de *acto* administrativo, que hace incluir dentro de ese vocablo también al *contrato* administrativo.⁴³

Es así difícil saber si las discrepancias entre los autores se producen respecto a alguno de los siguientes puntos:

a) Si pueden ejercer función administrativa: la jurisprudencia nacional⁴⁴ es uniforme en sentido afirmativo, en los casos que la legislación les atribuye potestad pública a personas no estatales, sean públicas⁴⁵ o privadas.⁴⁶

b) Si las personas no estatales pueden celebrar *contratos administrativos* con sus proveedores. La respuesta es en general negativa,⁴⁷ pero hay excepciones.⁴⁸ A su vez, los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos deben celebrar

³⁹ BOLAÑOS, MARCELO, "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa," *ED*, 187 (2000): 950, 978.

⁴⁰ Ver *infra*, § 12.6 y 13, "Clubes de campo y barrios cerrados" y notas 41, 108, 109, 110, 125.

⁴¹ El derecho privado es también control del poder: LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las notas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, Cap. III, "El derecho privado como límite del poder."

⁴² BIELSA, *op. cit.*, 6ª ed., p. 18; DIEZ, *op. cit.*, p. 208; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 251; 4ª ed., 1993, p. 255; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 281; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 225; DROMI, *op. cit.*, p. 190.

⁴³ Hay otras variantes de interés: CANDA, FABIÁN OMAR, "El elemento subjetivo en la contratación administrativa. ¿Necesariamente una de las partes debe ser el Estado?," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 65 y ss., pp. 74-9, § 4 y 5.2, quien encuentra un "quiebre lógico en el razonamiento de la Corte."

⁴⁴ Y también, crecientemente, la provincial.

⁴⁵ Ampliar en IVANEGA, MIRIAM MABEL, "Actos administrativos de entes públicos no estatales," en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, RAP, 2002, pp. 403-15.

⁴⁶ En el mismo sentido REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 36 y ss.

⁴⁷ Es la solución de principio: CSJN, *Farmacia Roca S.C.S.*, 28-II-1989, *RAP*, 137: 329, Buenos Aires, 1990, donde se siguió el criterio distintivo según la propiedad, que postuláramos en la 1ª ed. del t. 1, 1974 y anteriormente en *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, cap. I; conf. BIANCHI, ALBERTO B., "El patrimonio estatal como límite demarcatorio de la administración pública," *RAP*, 137: 50, Buenos Aires, 1990; BARRA, RODOLFO C., *Contrato de obra pública*, t. I, Buenos Aires, Ábaco, p. 116 y ss.

⁴⁸ Hay casos en que se han aplicado algunas soluciones del contrato administrativo a relaciones contractuales entre personas no estatales: CSJN, *Schirato*, *Fallos*, 304-1: 490, 1982; *Dufour*, 306: 2040, 1984, que recuerda CANDA, *op. cit.*, pp. 75-6; BOTASSI, CARLOS, *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 32; *Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 46, "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo," en AA.VV., *El nuevo proceso...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss., 244-5. Lo mismo puede decirse de otros autores que siguen nuestro criterio del carácter potencialmente administrativo de algunos actos de las personas públicas no estatales, como HUTCHINSON, TOMÁS, *Las corporaciones profesionales*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1982, p. 40 y ss., 96 y ss., 99; COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 9-10.

licitación pública⁴⁹ para permitir el control de la razonabilidad de sus costos para determinar la tarifa, no contratar con su propio grupo económico, etc.⁵⁰ También puede haber contratos administrativos entre vecinos y un contratista de obra pública.⁵¹

c) Un tercer interrogante es si pueden dictar *actos administrativos unilaterales e individuales*: la respuesta afirmativa es clara, según veremos.

d) En cuanto a si tienen potestad reglamentaria, los concesionarios y licenciatarios carecen de esa atribución, pues ello le compete solamente a los entes reguladores previstos en el art. 42 de la Constitución, dentro del marco regulador que establezca el Congreso, respecto del cual no existe ninguna pretendida “reserva de la administración.”⁵² En cambio, los colegios profesionales tienen potestad reglamentaria en cuanto a las normas de ética profesional; pero no creemos que a tales reglamentos se le aplique la construcción propia de los reglamentos de la administración, que expusimos en el t. 1. La jurisprudencia reconoce potestad reglamentaria a SADAIC⁵³ y entidades similares para sus aranceles y que los actos disciplinarios del C.P.A.C.F. revisten el carácter de actos administrativos.⁵⁴ Lo equívoco es tratar todos los supuestos —contratos, reglamentos, actos individuales— como si fueran uno sólo. Si nos limitamos a los actos unilaterales e individuales, parece indubitable que existen personas jurídicas *públicas* no estatales facultadas a hacerlo.⁵⁵ Hay muchos ejemplos de entidades creadas por leyes que organizan las profesiones liberales dando a los colegiados el control de la matrícula, el poder disciplinario sobre el ejercicio de la profesión, regímenes de jubilaciones y pensiones, etc. Las provincias tienen

⁴⁹ Es una hipótesis de actividad que no es función administrativa pero se halla regida por el derecho administrativo, lo cual en la Prov. de Buenos Aires hace precedente la competencia procesal administrativa. Ver BOTASSI, “Las legitimaciones...,” *op. cit.*, pp. 245-6.

⁵⁰ Pero ello no lleva a aplicarles el régimen de los contratos, ni constituye fundamento suficiente para preguntar si acaso no son de naturaleza jurídico administrativa: CANDA, *op. cit.*, nota 49. Es una cuestión que requiere ser vista a nivel general: *supra*, t. 1, cap. I.

⁵¹ En tales casos, la SCJBA ha entendido que “este tipo de acuerdos se halla regido por normas administrativas y genera relaciones jurídicas de igual índole entre los usuarios y la autoridad,” citado por D’ARGENIO, “La materia...,” *op. cit.*, § 27, pp. 74-5 y § 72, p. 107.

⁵² *Supra*, t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración.”

⁵³ Decreto 5146/69, CNCiv., Sala F, LL, 1991-E, 311, SADAIC c. Puig Major Discothèque, con nota de VILLALBA, CARLOS A., “Las facultades de las sociedades de autores;” CNApel Civil y Comercial de Rosario, *Divertimento S.R.L.*, 10-III-93; del mismo autor, “Actualidad en la jurisprudencia sobre derechos de autor y otros derechos de la personalidad,” LL, 1997-D, 977.

⁵⁴ CNFed. CA, Sala III (MORDEGLIA, MUÑOZ, ARGENTO; la publicación indica erróneamente Sala II), C., O. O., LL, 1998-A, 299; Grittini y D., J.A., LL, 1998-C, 338.

⁵⁵ *Supra*, t. 1, cap. XIV, § 4, 12.1 (8°) y 12.2 (9°); HUTCHINSON, *Las corporaciones...*, *op. cit.*, p. 40 y ss., 96 y ss.; COMADIRA, *Acto...*, *op. cit.*, pp. 9-10; *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1°, § 1.4.5, pp. 43-6, esp. nota 144; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, cap. I, § 5, pp. 6 *in fine* y 7; *El Acto...*, *op. cit.*, cap. 2, § 2.2, p. 11 y nota 24; BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 45, admite la aplicación supletoria de la ley de procedimiento, reconociendo su carácter público, lo que confirma en “El nuevo proceso contencioso administrativo provincial. Su incidencia sobre la ley de procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 433 y ss.; CANDA, *op. cit.*, p. 79.

este sistema: médicos, abogados, veterinarios, escribanos, etc. y la jurisprudencia ha reconocido su carácter público no estatal. Es acto administrativo y abre la vía procesal administrativa⁵⁶ el condicionamiento, por una de estas cajas, de la jubilación, el rechazo de un pedido de devolución de aportes, la imposición de un recargo por mora, la denegatoria a un pedido de exención de la obligación de realizar aportes, etc.⁵⁷ y desde luego las sanciones a los profesionales. Las obras sociales han sido calificadas por el legislador como entidades no estatales de derecho público,⁵⁸ cuyas relaciones con sus afiliados son de derecho público.⁵⁹ La CSJN ha reconocido el “carácter de entidad de derecho público no estatal” al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.⁶⁰ Se rigen en lo específico por el derecho administrativo el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal —y los de las distintas provincias que tienen régimen análogo— cuando aplica sanciones a los abogados matriculados;⁶¹ las Cajas de Previsión Social para distintos profesionales y en general los Colegios o Consejos profesionales creados por ley, etc. Ello ha sido admitido, sino por la mayoría de la doctrina argentina, al menos por una parte significativa y calificada de ella.⁶²

⁵⁶ Aunque ya no es indispensable dicho acto: GAVEGLIO, ADRIÁN J., “Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” *JA*, 2000-III, 1127, esp. p. 1128.

⁵⁷ VALLEFIN, CARLOS A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, La Plata, Platense, 1994, p. 61. El CCAPBA (arts. 74 y 75) prevé la revisión judicial de los “actos administrativos definitivos” de los Colegios o Consejos Profesionales y de los órganos superiores de las Cajas de Previsión Social de Profesionales. Ver Juzg. CA N° 1 de La Plata, *Vecchio*, 2004; *Formisano*, 2004. La SCJBA ha interpretado que “La impugnación de los actos de gravamen emanados de Colegios o Consejos Profesionales relativos al gobierno de la matrícula” en trámite ante la Sala Especial de las Cámaras de Apelaciones Civil y Comercial de La Plata, al momento de la puesta en funcionamiento de los juzgados de primera instancia en materia administrativa (15-XII-2003), deben remitirse a dichos órganos para la continuación del proceso de revisión judicial, por entender que la entrada en vigencia de la ley 12.008 (según ley 13.101) ha producido la derogación del decreto-ley 9398/79 que creara la Sala Especial citada (SCJBA, causa B 67.744, *Nosenzo*, 31-III-2004).

⁵⁸ Ley 23.660, art. 2°, con obligaciones imperativas para ellas y sus asociados: ley 22.269, arts. 9° y 12. CSJN, *Fallos*, 295: 143, *Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria*; 300: 895 (*Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio, C.A.S.F.E.C.*); ver también *Fallos*, 315: 1830, *C.P.A.C.F.* El CCA bonaerense los reconoce tal carácter y la competencia procesal administrativa para los actos que dicten en ejercicio de funciones administrativas.

⁵⁹ CNCiv., Sala A, *Pezzolesi, LL*, 1998-E, 283.

⁶⁰ CSJN, *Díaz Cháves, Fallos*, 321: 2278, 1998; *Ceballos, LL*, 1998-E, 527. Ver con todo *supra*, nota 41, p. I-12.

⁶¹ CANDA, *op. loc. cit.*

⁶² LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 201, § 165; COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. loc. cit.*; *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1°, § 1.4.5, p. 45; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, cap. I, § 5, p. 7; *El Acto Administrativo...*, *op. cit.*, cap. 2, § 2.2, pp. 11-2, nota 24; HUTCHINSON, *op. loc. cit.*; BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, cap. VII, p. 247 y ss.; *Contrato de obra pública*, t. 1, 1984, caps. V, VI y VII; t. 2, p. 116 y ss.; “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público,” *LL*, 1982-B, 363; “Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado,” *ED*, 117: 925; CANOSA, ARMANDO A., “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales,” *ED*, 152: 232, nota al fallo *CPACF c. M.E.B.*, CSJN, 1992 y *Los recursos administrativos*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 95; ver BOTASSI, *op. loc. cit.*; comp. COVIELLO, *op. cit.*, p. 21 y ss., p. 46, nota 50.

No es la opinión dominante, pero exige al menos tenerla en cuenta. Lo mismo ocurre, con variaciones cualitativas y cuantitativas, en el derecho comparado.⁶³ Sin perjuicio de admitir que en principio la función administrativa es realizada por órganos estatales, y que en consecuencia para que exista acto administrativo debe tratarse de actividad realizada por tal tipo de órganos, creemos entonces que ello no puede erigirse en norma absoluta y general. Por el contrario, existen en el Estado moderno numerosas entidades que han sido creadas por el legislador para ejercer cierto tipo de funciones administrativas, a las cuales se les confiere legalmente un cierto poder público para actuar, en nombre del Estado y con su potestad.

En tales casos parecería contradecirse a la realidad si se les negara a esos actos el carácter de administrativos, a los efectos de la aplicación del régimen legal correspondiente en cuanto hace a la tutela del particular frente al ejercicio del poder público: limitaciones, nulidades, vicios, acciones, etc.⁶⁴ En el ejemplo anterior, si los actos dictados por los organismos previsionales nacionales han sido hasta ahora considerados actos administrativos, e impugnables como tales, no puede coherentemente negarse el carácter de administrativos a iguales actos dictados por idénticos organismos a nivel provincial.

El otorgamiento o denegación de un derecho jubilatorio realizado por la Caja Nacional de Previsión Social para Trabajadores Autónomos, p. ej., parece tan acto administrativo como igual acto realizado por la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires; el contenido es idéntico, la potestad ejercida es equivalente, por lo tanto el acto que de ello resulta es similar, en sus aspectos jurídicos generales y consecuentemente debe estar regido por los mismos principios jurídicos. Pero esa comparación ha de servirnos, no para extender a tales personas algunas de las construcciones más autoritarias del antiguo derecho administrativo, sino para remozar a éste con algunos viejos pero refrescantes principios de sensato derecho común y de teoría general del derecho, que revisten carácter universal.

⁶³ Uniforme. Ver, entre otros, BAENA DEL ALCÁZAR, *Los colegios profesionales en el derecho administrativo español*, Madrid, 1968, p. 110; VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., p. 150; TIMSIT, GÉRARD, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, París, 1963, pp. 257-63; CRETTELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. II, Río de Janeiro, 1966, pp. 33-4; CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 550; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1955, 8ª ed., p. 245; "L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici," en *Scritti vari di diritto pubblico*, Milán, 1955, p. 87 y ss.; FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, t. II, Nápoles, 1950, pp. 58-9; VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, UTET, 1962, pp. 314-5; TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, *Il diritto amministrativo*, Turín, 1961, p. 112; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, París, 1963, p. 187; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, 9ª ed, p. 436; MOREAU, *Cours de droit administratif*, Liège, 1935, p. 143; LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutaires en droit public français*, París, 1966, p. 44 y ss. En doctrina, ver también la referencia del cap. III, nota 1, p. III-1.

⁶⁴ En cambio parece excesivo admitir la intervención administrativa de un colegio profesional, como en cambio admitió la SCJBA, *Sciammarella, JA*, 1982-III, 442-5.

Tampoco es admisible incurrir aquí en la contradicción que ha caracterizado a muchas doctrinas en lo que hace a la coherencia entre función administrativa y acto administrativo. No puede sostenerse que no deben ser considerados actos administrativos los dictados por un particular, ni siquiera cuando se encuentre investido de funciones públicas.⁶⁵ Ese razonamiento es inconsecuente, pues de dos cosas una: o son ambos función administrativa y acto administrativo pues reciben el mismo tratamiento, o ninguno de ellos recibe tratamiento de derecho público administrativo ni puede por ende calificarse de tal.⁶⁶ Debe pues abandonarse la inconsecuencia de admitir en forma amplia la extensión del concepto de función administrativa y en cambio restringir el concepto de acto administrativo, que no es sino una parte, consecuencia o aplicación de aquélla. En suma, entendemos que no puede negarse *ab initio* la posibilidad de que una persona no estatal dicte actos administrativos, si es que realiza función administrativa.⁶⁷

12. *Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales*

12.1. *Las corporaciones profesionales*⁶⁸

Se encuentran aquí comprendidos los diversos colegios profesionales (de arquitectos, agrimensores, veterinarios, escribanos, contadores, abogados, etc.) creados por ley en el país, con agremiación obligatoria y que tienen el control de la matrícula, poder disciplinario de la profesión, etc., todo lo que constituye incuestionablemente el ejercicio de potestades públicas. Dado que tales potestades les han sido conferidas legalmente, y son ejercidas con carácter de “imperio” por tales entidades, no vemos por qué no habrán de ser los actos resultantes del ejercicio de tal actividad, actos administrativos. Tal es la solución en Francia.⁶⁹ Se trata, como es fácil advertirlo, de personas jurídicas públicas,⁷⁰ pero no de

⁶⁵ Como dice SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1957, 2ª ed., p. 262, que se aparta así del grueso de la doctrina italiana. Advierte TESAURO, *op. cit.*, p. 110, que no se trata del “ejercicio privado de una función pública” sino del “ejercicio, de parte de un particular, de una función pública.”

⁶⁶ ZANOBINI, “L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblici;” en el libro *Scritti vari di diritto pubblico*, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁷ En sentido similar expresa BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 10ª ed., p. 329: “Resulta necesario que todo acto de naturaleza administrativa, cualquiera sea su autor, quede sometido a un régimen jurídico-administrativo y sea susceptible de fiscalización por Jueces especializados.” Algunos autores llegan al punto de imputar responsabilidad al Estado por tales actos, lo que nos parece ya no ajustado a la realidad contemporánea: *supra*, t. 2, cap. XX. Ver también BOLAÑOS, *op. cit.*, pp. 976 y 978.

⁶⁸ Es el caso más trabajado en nuestro derecho. Ver más arriba los trabajos ya citados de BOTASSI, D’ARGENIO, HUTCHINSON, ORTIZ, SORIA, etc.

⁶⁹ DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 187, quien expresa que la tendencia iniciada con el caso *Monpeurt* ha sido continuada luego por la jurisprudencia; WALINE, *op. cit.*, p. 436; TIMSIT, *op. cit.*, pp. 262-3; LACHAUME, *op. cit.*, p. 45 y ss.

⁷⁰ SPILIOPOULOS, EPAMINONDAS, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit administratif français*, París, LGDJ, 1959, p. 86.

órganos administrativos *stricto sensu*:⁷¹ son, pues, personas públicas no estatales que eventualmente pueden llegar a dictar actos administrativos.

Igual solución encontramos en el derecho español; como dice BAENA DEL ALCÁZAR: “Los actos de los Colegios profesionales, en las materias que acaban de señalarse, que son las mencionadas en sus disposiciones específicas, tienen carácter de actos administrativos.”⁷²

Tal sería el caso de que los colegios profesionales argentinos creados por ley asuman la potestad de admitir a la matrícula y renovarla regularmente, *previo examen* de competencia de los diplomados universitarios. Las leyes que autorizan a las Universidades —estatales o no, da lo mismo— a emitir diplomas habilitantes *in eternum* están ya desactualizadas. Los conocimientos adquiridos al obtener el diploma están obsoletos a los pocos años y se requiere entonces una reactualización ininterrumpida de información y aptitudes, sujeta a control público, que no la arreglan meros cursos de especialización, postgrados y doctorados, por más que sean indispensables. Hay que legislar nuevamente el tema, exigiendo la necesidad de revalidar los títulos de manera formal, con exámenes, entrevistas, jurados, postgrados obligatorios, etc.

Claro está, no parece que sea conforme a derecho proponer la revocación de tales diplomas en sede administrativa, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, dejando para un juicio ulterior la determinación de cuál es en su caso la indemnización que lo pudiera corresponder al ex abogado, contador, etc.⁷³

Parte de esta función, cumplida por los colegios profesionales —por sí o integrando jurados mixtos, incluyendo representación académica, etc.—, se concretaría también en actos administrativos, similares a los que en su oportunidad dictó el ente administrativo o no estatal, cuando entendió habilitarlo para el ejercicio de la profesión (temporalmente, según la solución que se propone de *lege ferenda*), pero que la vida implementa por sí sola.

Constituyen actos administrativos de estos colegios profesionales la admisión a la matrícula como colegiado; la aplicación de sanciones disciplinarias a un matriculado; la aplicación de multas por la falta de pago en término de la cuota profesional que la ley le autoriza a percibir; la determinación tributaria de dicha cuota profesional, etc. Tales actos están sometidos expresamente al control de la Cámara Nacional de Apelaciones “en lo Contencioso administrativo” Federal, en el caso del Colegio de la Capital Federal. Hay, en efecto, una constante jurisprudencia de dichos tribunales referida a las sanciones que aplica a sus colegiados el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que es una indu-

⁷¹ TMSIT, *op. cit.*, p. 263.

⁷² BAENA DEL ALCÁZAR, *Los colegios profesionales en el derecho administrativo español, op. cit.*, p. 110.

⁷³ Lo explicamos en el cap. VI, § 10.2, “La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación. La revocación por oportunidad según el art. 18,” 10.2.1, “Enunciación general,” 10.2.2, “Revocación y propiedad,” 10.2.3, “Revocación y estabilidad,” 10.2.4, “Revocación y expropiación.”

bitable persona pública no estatal y cuyos actos en la materia son considerados actos administrativos.⁷⁴

Reiteramos que el que sean actos administrativos no significa que se les aplique en forma directa, el decreto-ley 19549/72;⁷⁵ pero sí que los conflictos que su emisión plantee deben ser resueltos a la luz de los principios del derecho administrativo y aplicando supletoria o analógicamente, en lo pertinente, las leyes dictadas para la administración, en caso de falta de solución clara en la ley específica de la corporación profesional de que se trata. Incluso se pueden encontrar rasgos más fuertes de control, p. ej. la sustitución o modificación de sus actos sancionatorios.

Lo atinente a los regímenes de contratación de los colegios, en cambio, no tiene la aplicación directa de la legislación administrativa a menos que exista voluntario y expreso sometimiento del colegio y los oferentes en el pliego de la licitación; parece una exageración aquí hablar p. ej. de régimen exorbitante implícito, como todavía debate la doctrina y jurisprudencia en materia de contratos de la administración pública. La misma solución se mantiene cuando el colegio actúa como ente cooperador en virtud de convenios de colaboración con la administración pública.

12.2. *Las asociaciones dirigidas*

Ya hemos analizado en otro lugar el caso de las entidades creadas por el legislador de manera similar a las anteriores (agremiación obligatoria, control de la matrícula, pago compulsivo de una cuota, etc.), pero diferenciadas en que la dirección del ente, en lugar de serle confiada a los asociados, está o estuvo total o parcialmente en manos del propio Estado.

Es el caso de las obras sociales, cajas previsionales, etc., que incluso en algunos casos son confundidas con entidades autárquicas,⁷⁶ habiéndose reconocido que dictan actos administrativos.⁷⁷ También ha sido calificado expresamente de persona pública no estatal el IOMA, Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires, admitiéndose la impugnación de sus actos ante la llamada jurisdicción contencioso administrativa de dicha Provincia.⁷⁸ En el orden

⁷⁴ Uno de los primeros antecedentes fue CSJN, *Fallos*, 315: 1830, *Martínez Echenique*, 1992, en que la Corte se remitió al dictamen de FAPPIANO; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 37.

⁷⁵ Lo que aclaró la CSJN en el precedente mentado en la nota 48.

⁷⁶ Ampliar *supra*, t. 1, cap. XIV, § 12.1, ap. 8°).

⁷⁷ Ello ha ocurrido, inicialmente, a resultas de la equivocación de creer que se trataba de entidades estatales, pero no altera el hecho de que se haya atribuido —y mantenido— el carácter de actos administrativos a actos emanados de tales personas no estatales.

⁷⁸ SC de Buenos Aires, *Caja de Previsión y Seguro Médico de Bs.As. v. Instituto Médico Asistencial*, 1972, esp. cons. 13 y 15, *JA*, 16 (Sec. Prov.): 607, 609, con cita del criterio aquí expuesto. D'ARGENIO, INÉS A., "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial," en AA. VV., *El nuevo proceso...*, op. cit., p. 57 y ss.

nacional hay una permanente fluctuación en calificar a estos entes como persona jurídica pública no estatal, o tratarlos como si fueran una entidad autárquica.

12.3. *Los concesionarios y licenciatarios*

Si bien algunos autores argentinos⁷⁹ niegan la posibilidad de que el concesionario o licenciatario de servicios públicos pueda dictar actos administrativos, ello ha sido frecuentemente admitido en el derecho comparado.⁸⁰

Los argumentos por los cuales se niega esa posibilidad derivan del principio, que tales autores enuncian, de que sólo puede haber acto administrativo emanado de órganos administrativos; pero ya vimos que no se ajusta a la realidad del derecho positivo.

Tampoco se trata de que se reconozcan a tales prestatarios de servicios públicos las prerrogativas habituales de la administración pública (reclamo administrativo previo, presunción amplia de legitimidad de sus actos, criterio restrictivo para dictar medidas cautelares contra sus actos, etc.); pues si bien tienen a título expreso algunas potestades otorgadas por el concedente sobre los usuarios, les es de más directa aplicación el régimen de la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor, que establece una presunción legal a favor del usuario y en contra del prestador, solidaridad legal por los daños ocasionados (ley 24.999), etc.

A su vez, el criterio en base al cual se propugna la calificación como “actos administrativos” a ciertos actos —no todos— del concesionario, emerge del hecho de que se le ha conferido en el título por el cual presta el servicio “la facultad del ejercicio de poderes propios de la administración pública,” lo cual, se advierte, “está en la esencia de todas las concesiones,”⁸¹ aunque se interpreta siempre restrictivamente. El socorrido argumento de que al concesionario se le otorga el ejercicio y no la titularidad de la facultad administrativa⁸² y que él ejerce esa facultad a nombre propio y no en nombre de la administración,⁸³ no pasa de ser un mero juego de palabras;⁸⁴ lo cierto es que el delegado aparece investido de un poder que le confiere la autoridad administrativa y en cuanto tal, ese poder no

⁷⁹ DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 208; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 251-2; en otras ediciones o reimpressiones corresponde a la p. 256.

⁸⁰ ZANOBINI, *op. cit.*, t. I, p. 245; CAMMEO, *op. loc. cit.*; FRAGOLA, *op. cit.*, y demás autores mencionados. También lo niegan algunos autores españoles, pero no es un criterio uniforme. Entre los que siguen el criterio que expresamos ver GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 410.

⁸¹ FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 58. La CSJN *in re Colavita*, 2000, LL, 2000-B, 757, reconoció “la delegación de funciones propias de la concesión” y antes la constitucionalidad de una de sus manifestaciones, el peaje: *Arenera El Libertador S.R.L.*, 1991, LL, 1991-D, 404; *JA*, 1991-III, 90; *ED*, 144: 168; *DJ*, 1992-I, 82.

⁸² DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 151.

⁸³ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 218; refuta esta afirmación TESAURO, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁴ FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, hace una crítica a la distinción entre “titularidad” y “ejercicio” de la competencia, mostrando la imposibilidad lógica de realizar tal diferenciación en una facultad legal (*op. cit.*, p. 52 y ss.); concluye que la competencia es común al delegante y al delegado.

puede sin más considerarse de naturaleza privada,⁸⁵ sino que debe tener controles más estrictos de naturaleza pública, por ejemplo del Defensor del Pueblo de la Nación conforme a los arts. 43 y 86 de la Constitución nacional. Un claro ejemplo de delegación lo tenemos en los concesionarios viales, a los que el decreto 1446/90 faculta a detener e inmovilizar el vehículo, inclusive por medios mecánicos, a quien pase por la estación de peaje sin abonar la tarifa. Ello, hasta tanto el incumplidor abone el triple del peaje adeudado, en concepto de multa.⁸⁶

Por lo demás, la afirmación de que el concesionario o licenciataria de un servicio público no emite actos administrativos es una contradicción. Ya vimos que servicio público no es sino una actividad monopólica regida sustancialmente por el derecho público.⁸⁷ Si el Estado dispone que el derecho público que rige a una determinada actividad se confiera —en su aplicación coactiva sobre terceros— a otra persona jurídica distinta de la administración, entonces en esa medida se le ha delegado poder administrativo y función administrativa que, lógicamente, se expresa al mundo jurídico por medio de actos administrativos.⁸⁸ Si, en cambio, no se le delega poder administrativo sobre terceros, no habrá lugar a ejercicio de función administrativa. Con todo, esto no significa que todos los actos del concesionario sean actos administrativos (ya vimos que no son ciertamente contratos administrativos, aunque tengan algunas notas públicas para asegurar la transparencia y realidad de los costos en relación a las tarifas) ni lo sean con igual alcance que los emanados de órganos o personas estatales.

En realidad, su control viene a dar a veces el ejemplo de lo que debiera ser el control de los actos administrativos, en cuanto los jueces se sienten menos atados por imaginarias restricciones a sus ineludibles potestades y deberes jurisdiccionales de control de legitimidad y razonabilidad de quien ejerce el poder público, a cualquier título que sea. La doctrina se ocupa de delimitar el alcance de aquel principio:⁸⁹ sólo pueden considerarse actos administrativos del concesionario o licenciataria aquellos que aparezcan claramente como una derivación expresa de la potestad pública, tales como los actos que certifican la deuda del usuario por la utilización del servicio.⁹⁰

⁸⁵ VITTA, *op. cit.*, p. 315; TESAURO, *op. cit.*, p. 110: “es incontestable que se concreta en el ejercicio de un poder público y, por ende, se exterioriza en una actividad que tiene la misma naturaleza la misma función y la misma eficacia de la actividad que, por el ejercicio del mismo poder jurídico, es realizada por los órganos del Estado de un ente público.”

⁸⁶ CNFed CA, Sala III, *Díaz*, 1999, LL, 2000-B, 466, cons. 6° y 7°.

⁸⁷ *Supra*, t. 2, cap. VI.

⁸⁸ Distinta es la solución cuando ese poder emerge en relaciones entre particulares: clubes, asociaciones, federaciones, clubes de campo, barrios cerrados, etc. Ver *infra*, § 13, pp. I-26/9.

⁸⁹ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 245; FORTI, *op. cit.*, p. 58; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1960, pp. 77 y 194.

⁹⁰ ZANOBINI, *op. loc. cit.* Es, sin embargo, la cuestión que produce resultados menos satisfactorios en el régimen concreto. En algunos casos, la generalizada falta de percepción de créditos de esta naturaleza fue asumida por el concedente en lugar del concesionario (así en materia de agua y desagües cloacales); en otros siguen constantes los cuestionamientos por sobrefacturación (teléfonos).

Parece un poco más complejo, en cambio, determinar si tales concesionarios dictan también actos administrativos cuando, p.ej., constatan una contravención.⁹¹ Un caso de potestad pública delegada expresamente en la legislación argentina, es el de la expropiación por causa de utilidad pública, por parte del concesionario o licenciatarios de servicios públicos. El decreto-ley 21.499/77 dice en su art. 2º, 2ª parte: “Los particulares, sean personas de existencia visible o jurídicas, podrán actuar como expropiantes cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley;” no excluye así de la delegación a la calificación misma de la utilidad pública, aunque esto puede ser discutible, pero lo que hace a la individualización del bien, p. ej., encuadra en las facultades atribuidas al concesionario⁹² y constituye entonces acto administrativo. Lo mismo puede decirse de la potestad que se atribuye a los concesionarios o licenciatarios, previa autorización del ente de contralor, de imponer servidumbres a los particulares por cuyas propiedades pasará la traza de un ducto, etc.⁹³

Las medidas adoptadas en relación a sus empleados, en cambio, no estarían comprendidas en esta categoría,⁹⁴ ni tampoco las relaciones del concesionario o licenciatario con terceros (proveedores, etc.), porque, claro está, el efecto de la concesión no es transformar al concesionario en administración pública.⁹⁵ Conviene también recordar que la extensión del concepto de concesionario o licenciatario de servicio público no puede alcanzar extremos tales como los de reconocer tal calidad a panaderías, lecherías, etc., pues es claro que allí no hay potestad pública o administrativa alguna que el particular ejerza. Si bien el concepto de servicio público se ha hallado en crisis,⁹⁶ ello no implica poder atribuir *mentalmente* un régimen de derecho público a cualquier actividad, por una pura estipulación doctrinaria.

Debe tratarse de facultades otorgadas expresamente por una norma legal a la administración⁹⁷ y que ésta por autorización legal da luego a un particular en concesión, permiso o licencia. También puede tratarse directamente de una

⁹¹ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 245; LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 77. En nuestro país existen algunas potestades de esta índole, p. ej. el control de la matrícula de los gasistas por las empresas concesionarias; el control del tránsito (exceso de velocidad, violación de luz roja), etc.

⁹² VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 388.

⁹³ En el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.008), la expropiación y servidumbres estaban excluidas de la materia procesal administrativa, lo que motivó la acertada crítica de D'ARGENIO, “La materia...,” *op. cit.*, § 37, pp. 21-2. Con la modificación de la ley 13.101 fueron incluidas (art. 2º, inc. 9º).

⁹⁴ Así lo entiende la doctrina italiana, p. ej. FORTI, *op. cit.*, p. 59; CAMMEO, *op. cit.*, p. 550; VITTA, *op. cit.*, p. 315, aunque tanto la legislación como la jurisprudencia de ese país han optado por reconocerles, también a tales actos, el carácter de administrativos.

⁹⁵ FORTI, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁶ DE CORAIL, JEAN-LOUIS, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, 1954; *supra*, t. 2, cap. VI. Es un tema en el cual hemos tenido una opinión fluctuante, como señalamos en la “Introducción,” nota 2.

⁹⁷ POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padua, 1964, pp. 439-43.

atribución legal como en los Colegios Profesionales. Es en estos casos, entonces, en que resulte claro el otorgamiento de potestades públicas al concesionario o licenciatario, que nace la posibilidad de que pueda dictar actos administrativos. En conclusión, estimamos que en los casos reseñados y en aquellos otros en que aparezca claro el ejercicio de una potestad administrativa por el concesionario o licenciatario, nos encontramos ante un acto administrativo. Parece necesario insistir que no es la legislación ni la jurisprudencia que debe acomodarse en los fallos a los conceptos de la doctrina, sino que ésta debe elaborarse a partir de las soluciones de aquélla.

Hay por fin, situaciones en que el contratista registra en forma fotográfica las infracciones de tránsito y estacionamiento y transmite la información, en soporte digital, a la administración. Las actas las labra, emite y notifica la administración con firma digitalizada del director de tránsito; o controlador en el caso de la CABA, que ha introducido al efecto jueces administrativos independientes, cuyos actos están sometidos a control judicial. En otra variante, el vehículo que efectúa las tomas fotográficas y carga la información en la computadora de a bordo, lleva también un funcionario policial con la doble función de a) proteger la seguridad de los operadores del vehículo, cámara y computadora y b) certificar la autenticidad del lugar y fecha de las tomas fotográficas.

12.4. *Sociedades del Estado*

Las sociedades del Estado también pueden emitir actos administrativos, o celebrar contratos administrativos. Es indiscutible la aplicación del régimen administrativo aún a pesar de la aparente prohibición expresa que consagra la ley 20.705. Algo de eso reconoció el decreto 3700/77 al admitir el recurso dealzada contra los actos administrativos de las sociedades del Estado. En todo caso, la figura de la sociedad del Estado que se hallaba en franco retoceso a fines del siglo pasado, ha vuelto a tener relativa actualidad, en nuestro país, frente a la creación de entidades como ENARSA, ARSAT y AySA, bajo el régimen del decreto-ley 19.550/72. Estas nuevas intervenciones estatales en la economía responden a circunstancias puntuales y no marcan en realidad una nueva tendencia. Incluimos acá esta consideración, no porque las sociedades del Estado sean personas no estatales pues obviamente son estatales,⁹⁸ sino para mostrar cómo también en el pasado ha sido siempre el ejercicio de una potestad pública, cualquiera fuere la índole del sujeto, el que llevó a la aplicación del derecho público.

⁹⁸Según lo explicamos *supra*, t. 1, cap. XIV, “Clasificación de los entes públicos,” § 5, “Criterio para determinar si un ente es público o privado.” Cabe agregar, a lo dicho en el párrafo anterior del texto, que si bien el discurso político ha variado, a nuestro juicio no parece tener asegurada perdurabilidad. Ver nuestro art. “Si las palabras fueran energía eólica...”, LL, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-112; y en D'ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 35-40.

12.5. *Medios de transporte público*

No existe duda que el comandante de una aeronave tiene las facultades de autoridad pública conforme al art. 81 del Código Aeronáutico, restringida en principio al casi único y más importante objeto de hacer cumplir las normas específicas que los pasajeros deben respetar en atención al vuelo, p. ej. la prohibición del art. 79. Esos actos tienen en lo sustancial el régimen jurídico propio de los actos administrativos. Más aún, la desobediencia puede configurar un ilícito penal a tenor de los arts. 190 y 184 del Código Penal. Si el pasajero incurre en graves actos de inconducta puede ordenársele cesar en ellas y en caso de desobediencia recurrir a la coerción directa, hacerlo descender de la aeronave y entregarlo a la autoridad local.⁹⁹ Son casos extremos, que han de analizarse con especial prudencia, pero en cualquier caso no cabe descartar de plano la existencia aunque sea parcial de un régimen jurídico administrativo para las órdenes del comandante de una aeronave en vuelo,¹⁰⁰ o incluso desde que se inicia el acceso a la aeronave y finalmente se efectúa el egreso de ella.

La situación es sin duda la misma en materia de navegación de ultramar. Cabría preguntarse si no es también extensible a medios urbanos de transporte colectivo, pero ya resulta una exageración. Entendemos que sólo cabe admitir la hipótesis del particular que detiene a una persona que se encuentre en flagrante delito, hasta ponerla a disposición de la autoridad con la mayor celeridad razonable y posible.¹⁰¹ Pero en eso, claro está, no hay diferencia con la misma situación en cualquier ámbito público o privado y por cualquier persona. Es en todo caso un ejercicio tan fugaz de la función pública que no torna razonable efectuar una construcción a propósito de ella. No parece que pueda postularse una suerte de potestad administrativa del conductor de un ómnibus o el capitán de un buque fluvial. Corresponde, nos parece, dejarlo en el ámbito privado.¹⁰²

12.6. *Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado*

Existen en la sociedad contemporánea muchos supuestos de personas no estatales, a veces pura y exclusivamente privadas, que de todos modos ejercen alguna suerte de potestad, a veces reglamentaria (las cuotas de un club social), a veces

⁹⁹ Claro está, quien se apreste a ejercer la coerción directa sobre otros mejor que tenga presente las condiciones de juridicidad de su ejercicio. Algo decimos al pasar en el cap. V, § 9.1.2, “La ejecución por los propios medios de la administración,” § 9.1.2.1, “Ejecución en lugar del particular. La propiedad,” § 9.1.2.2, “La ejecución violentando al particular. La libertad” y § 9.2, “La ejecutoriedad en la práctica.”

¹⁰⁰ Aunque puede no estar en situación material de ejercerla. Cabe recordar, por su excepcionalidad, el incidente ocurrido a mediados del 2000 en EE.UU., en que un pasajero atacó a los pilotos durante la operación de descenso del avión. Fue muerto en ocasión de ser controlado por ocho pasajeros. El Estado no presentó cargos.

¹⁰¹ Ver *supra* la salvedad de la nota 99.

¹⁰² Que, por supuesto, tiene una importante cuota de control del poder, como explica LORENZETTI, *op. cit. supra*, nota 41. Ver también los importantes fallos que reseñamos *infra*, notas 107 a 112.

de naturaleza administrativa (la suspensión o expulsión de un socio). Es parte del fenómeno de cambio del Estado moderno.¹⁰³ Es imposible sentar reglas generales y no queda otro remedio que analizarlas una por una.

Así p. ej. es difícil determinar si las universidades privadas (y en general los establecimientos privados de enseñanza) que están facultados por el ordenamiento jurídico para emitir diplomas, títulos, etc., tienen una potestad pública de carácter administrativo que se ejerce entonces a través de actos administrativos.¹⁰⁴ De igual modo puede discutirse de múltiples otros organismos privados o públicos no estatales, a los que leyes particulares han dado en diversos casos una potestad concreta.

El criterio con el cual deben considerarse todas estas situaciones, a nuestro modo de ver, es el siguiente: debe analizarse si la ley o en algunos casos los estatutos sociales han otorgado o no a la entidad el ejercicio de una potestad pública, traducida en poderes de imperio o mando que los particulares no tienen habitualmente sobre otros particulares: si se da esa circunstancia en forma clara, entonces no pareciera poder discutirse que el ejercicio de esa potestad¹⁰⁵ pueda manifestarse a través de actos de naturaleza administrativa, sometidos en general a un régimen de mayor control por parte de la justicia, aunque no necesariamente a una potestad equiparable a la de la administración.¹⁰⁶

De todas maneras, cabe destacar que principios que fueran elaborados por el derecho público para situaciones de abuso de poder por parte del Estado —y que como vemos son extensibles al ejercicio de poder por particulares—, no necesariamente suponen el encuadre del acto impugnado como acto administrativo, dictado en el ejercicio de funciones administrativas en manos privadas, para dar lugar a la impugnación. El entrecruzamiento y acercamiento jurídico es imposible de evitar.

¹⁰³ Que ya anticipara ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, que recordamos *supra*, t. 1, cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” § 1.3, “Génesis y desarrollo de la crisis.”

¹⁰⁴ Lo aceptan tácitamente LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 77, al expresar que se les reconoce “la misma eficacia” a la enseñanza estatal y no estatal; en igual sentido TESAURO, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁵ O “prerrogativas de poder público,” como dice a este respecto la jurisprudencia francesa: ver LACHAUME, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁶ El derecho público provincial argentino se viene pronunciando progresivamente en el sentido del texto. Así el decreto-ley de procedimiento administrativo de Salta, 5348/78, art. 1°; decreto-ley de procedimiento administrativo de Corrientes, 3460/78, arts. 1° y 2°; Código Procesal Administrativo de Formosa, decreto-ley 584/78, art. 53, inc. c); CCAPBA, art. 1°: “Corresponde a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan de los casos originados por la actuación o omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código;” el art. 2°, a su vez, enfatiza en sus incs. 2° y 3° lo ya expuesto en el texto, en el sentido que “La competencia contencioso-administrativa comprende las siguientes controversias: [...] 2.- Las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentran regidas por el derecho administrativo. 3.- Aquéllas en las que sea parte una persona pública no estatal, cuando actúe en el ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo.”

Así, se ha reconocido en el derecho privado que la aplicación de sanciones a uno de sus miembros por una entidad de derecho privado, debe también respetar el principio de previa audiencia y oportunidad de defensa,¹⁰⁷ sin que por ello nadie haya sentido la necesidad o conveniencia de preguntarse si podría acaso ser un acto administrativo o de otro modo importar el ejercicio de una potestad pública. Pareciera que la suspensión o expulsión de una persona de cualquier entidad pública no estatal o privada debe respetar el debido proceso legal: requiere como mínimo el respeto al derecho de defensa previa,¹⁰⁸ a que la decisión sea tomada por un órgano imparcial, de modo tal que nadie sea juez y parte al resolver,¹⁰⁹ la no violación de la garantía de razonabilidad y proporcionalidad,¹¹⁰ ponderación adecuada de los hechos y la prueba, adecuación de medio a fin, no discriminación,¹¹¹ etc.

Como todo principio jurídico no es absoluto y admite matices o excepciones. Así, en un caso en que la sanción era automática expulsión de una asociación federada, por previa expulsión de la federación que dicha entidad integraba, se admitió que siendo la primera consecuencia de pleno derecho de la segunda, podía válidamente adoptarse sin audiencia previa. Uno de los casos más interesantes de aplicación al derecho privado de estas construcciones originarias del derecho público, es la discriminación irrazonable que practicara la Federación Argentina de Tiro contra una mujer que sacara mejor puntaje que los hombres en la categoría Mauser, a quien la Federación negaba el título.¹¹² La prohibición de la discriminación está en auge en el derecho comparado y no cabe en modo alguno restringirla al sólo ámbito del derecho público: es hoy en día otro más de

¹⁰⁷ LL, 99: 739, 753, *González Lorenzo*, 1960; *supra*, t. 2, cap. IX, § 10.1, “Su aplicación al procedimiento administrativo.” Es una garantía constitucional básica: ver *supra*, t. 1, cap. VI, § 9, “El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.”

¹⁰⁸ Y también posterior, p. ej. permitiéndosele ejercer el derecho *implícito* de recurrir una sanción ante la asamblea de la asociación, como resolvió la CNCiv., Sala B, *Carman Roberto A. c. Jockey Club*, JA, 1979-I, 612, año 1977; CNCiv., Sala D, *Blousson Eduardo R. y otros c. Jockey Club de Buenos Aires*, LL, 127: 1068, año 1967; CAHIAN, ADOLFO, “El régimen disciplinario en las entidades civiles.” *ED*, 100: 1022.

¹⁰⁹ Esta garantía básica es desde luego aplicable a las asociaciones. En tal sentido PÁEZ, JUAN L., “El poder disciplinario de las asociaciones civiles,” LL, 107: 450, 454; CNCiv., Sala C, *White Pueyrredón, Marcelo C. c. Jockey Club Argentino*, LL, 2000-B, 640, 643, año 1999.

¹¹⁰ CNCiv., Sala C, *White Pueyrredón Marcelo C. c. Jockey Club Argentino*, 1999, LL, 2000-B, 640. Este principio, antiguo en el derecho argentino y sus fuentes, ha comenzado a progresar en derecho constitucional europeo por impulso del derecho alemán. De allí ha pasado a otros derechos del continente, aunque no siempre se conoce su fuente primigenia.

¹¹¹ CNCiv., Sala D, *Bella*, LL, 1998-B, 626. Ver también ROMÁN, MÓNICA, “El caso de la bella tiradora (que se atrevió a ganar),” en CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 99 y ss.

¹¹² Es el caso *Bella*, CNCiv., Sala D, LL, 1998-B, 626. El argumento desopilante utilizado por la Federación llevó al tribunal a afirmar que “El sinsentido de esta argumentación, exime a este tribunal de efectuar mayores comentarios;” el “tribunal analiza únicamente el resultado deportivo desde una óptica constitucional, es decir si el mismo se tradujo en una violación de un derecho constitucional.” Ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

los principios universales de derecho,¹¹³ como ya lo dijo la Corte Internacional de Justicia en su famoso *dictum* en el caso *Barcelona Traction*.¹¹⁴

Con todo, cabe tener presente que a veces se llevan al ámbito de asociaciones privadas también otros criterios, a nuestro juicio muy desafortunados, del más tradicional derecho público, lo que no deja de ser preocupante.¹¹⁵ Nuevamente, la interpenetración de lo público y privado es significativa¹¹⁶ y debe ser destacada y profundizada. Otra propuesta reciente es dar a los actos notariales el régimen de nulidades de los actos administrativos, precisamente para flexibilizar los del derecho privado.

13. Clubes de campo y barrios cerrados

Si bien este tipo de urbanizaciones existe en varias provincias, la de Buenos Aires es la que tiene mayor número,¹¹⁷ población en ellos y profusión normativa. Esta última, con todo, es aún incipiente.¹¹⁸ En esta Provincia las normas difieren: a) los clubes de campo,¹¹⁹ para recreación y uso transitorio, en que las áreas comunes son mayores y son de propiedad común de los copropietarios, b) los barrios cerrados, concebidos para vivienda permanente, en que los espacios verdes y libres públicos y reservas para equipamiento comunitario, que son

¹¹³ Por lo demás, es el primer y más cardinal de los derechos individuales, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁴ Ver RAGAZZI, MAURIZIO, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997. Ver también, por los precedentes, BLANC ALTEMIR, ANTONIO, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 261 y ss. Ampliar *infra*, cap. V, § 4, "Aspectos comunes del régimen administrativo."

¹¹⁵ A veces, en efecto, los tribunales civiles utilizan axiomáticamente anquilosados paradigmas que el derecho público tuvo en sus orígenes pero hace ya tiempo superó. ¿Quién diría que la siguiente frase pertenece a un *obiter* de la CNCiv., Sala I, LL, 1998-D, 542, *Monteforte, Pablo V. c. Club Argentino de Criadores del Perro Ovejero Alemán*: "aún la falta de previsión reglamentaria sobre su procedencia no es óbice para aplicarlas cuando las circunstancias del caso así lo exigen, toda vez que el poder de represión que incumbe al ente es una potestad, un derecho vital que posee por el sólo hecho de existir como ser social organizado, lo que supone una jerarquización que hace posible la vida regular y autárquica del organismo."

¹¹⁶ Otro caso de decisión discriminatoria tomada por el Directorio de un club de campo, resuelta por un tribunal comercial, en CNCom., Sala D, C., *F.V. c. Altos de los Polvorines S.A.*, LL, 2000-D, 93, con nota de FILIPPI, LAURA, "La discriminación al acceso de los clubes de campo desde la óptica de un ejemplar fallo o «El amor es eterno, mientras dura»," LL, 2000-D, 210.

¹¹⁷ En el primer y segundo cordón del gran Buenos Aires superan largamente el centenar. Además de crecer, aumentan de denominaciones y características, como los clubes de chacras, ciudades pueblo, etc. Ver PULVIRENTI, OSVALDO, "¿Res privada argentina?" en *Res Publica Argentina*, RPA 2006-3: 27/40, donde se inclina por el acercamiento al derecho público en lugar de al privado. Ver, con todo, sus amplias referencias que indican diversas violaciones al orden jurídico hasta ahora rectificadas por la justicia civil o comercial sin necesidad de fundarlas en el derecho público.

¹¹⁸ Ver CAUSSE, JORGE RAÚL, *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998; SCOTTI, EDGARDO, "Régimen de los barrios «privados» en la Provincia de Buenos Aires," *RAP*, año XXI, suplemento especial n° 6, "Administración Local y Derecho," p. 1 y ss., Buenos Aires, 1998.

¹¹⁹ En el lenguaje común aparecen también identificados como *countries*, *marinas*, etc.; cabe también considerar el fenómeno, relativamente diferente, de las denominadas chacras.

menores, deben cederse al Estado: típicamente, la trama circulatoria interna.¹²⁰ Estos sistemas normativos adolecen de una primera tacha de constitucionalidad y es que, en su distinción entre vivienda permanente o casa de fin de semana, no tienen sustento fáctico pues no reflejan la situación real: la gente vive o deja de vivir en ellos, los usa en forma transitoria o permanente, sin prestar atención alguna a la calificación normativa del legislador local.

Otro problema es si estas normas locales pueden avanzar sobre lo que es materia de derecho común, como la ley de propiedad horizontal; la respuesta adversa parece inevitable, aunque en el medio provincial se suele criticar como primitivo aplicar la legislación nacional de propiedad horizontal, la más parecida aunque forzada. Por ello se ha elegido la figura de la sociedad anónima comercial, o una sociedad anónima de objeto civil, para regir actividades típicamente civiles como la administración del emprendimiento común. De allí se sigue que algunos de los conflictos terminan resolviéndose en tribunales comerciales¹²¹ o civiles.

Al margen de cuáles sean las normas aplicables, cuando la trama circulatoria interna está cedida al Estado, aparece, al menos en parte, un cierto carácter público.¹²² Las normas que además se establecen en los reglamentos internos en materia de urbanismo, ocupación del suelo, tránsito, urbanidad, etc., parecieran tener más carácter público que privado; puede haber allí también tanto choque o confrontación con la municipalidad lugareña,¹²³ como conflictos con los copropietarios.

Algunos casos son indubitables en su semejanza material, como la circulación vehicular, remoción de un vehículo de la vía pública interna, podar, pero la tendencia puede ser expansiva: multas por mal estacionamiento, por exceso del límite de velocidad, por perros sueltos.¹²⁴ ¿Hasta dónde puede llegarse? ¿Por qué vía? ¿Se puede llegar a expulsar a alguien del club y por ende de hecho impedirle el uso y ejercicio de su derecho de propiedad, virtualmente obligándole a vender?¹²⁵ ¿Se dá traslado al Tribunal de Honor?¹²⁶ Es el tipo de problema que está mejor

¹²⁰ O sea que habría dominio estatal (¿público?) dentro de una zona *prima facie* privada.

¹²¹ Como el que reseñamos en la nota 116.

¹²² Ni qué decir de la perimetral, también cedida obligatoriamente al Municipio como condición de autorización del emprendimiento. Para más sugerencias de aproximación al derecho público municipal ver y ampliar en PULVIRENTI, *op. cit.*, RPA 2006-3: 27/40, esp. pp. 39/40.

¹²³ Así el caso *Club Universitario de Buenos Aires c. Municipalidad de Malvinas Argentinas*, CSJN, Fallos, 322: 1416, año 1999. La demandada se limitó a la mera alegación de que la suspensión del acto compromete el interés público, lo que es obviamente insuficiente. El conflicto se da entre privilegiar la estabilidad jurídica, o el mejor tránsito comunal, como hace dos siglos en el Reino Unido. Son enfrentamientos fuertes, porque afectan al estilo de vida.

¹²⁴ Así, el administrador termina creyéndose funcionario público y actuando como tal: con autoridad y sin responsabilidad.

¹²⁵ Es la misma pugna entre autoridad y libertad, propia tanto del derecho público como privado, como lo recuerda RANGUGNI, DIEGO EMILIO, "Nulidad absoluta de las resoluciones asamblearias," LL, 1998-E, 693.

¹²⁶ Lo tienen algunos de estos asentamientos organizados no como sociedad anónima sino como asociación civil.

ubicado en el derecho civil, ante los jueces civiles, pues no es sino una variante de las normas de vecindad de que el Código Civil se ocupa.

A pesar de la cesión forzada al Estado de la trama circulatoria interna y otros espacios comunes, es mejor la solución analógica o supletoria con el régimen de la propiedad horizontal —hasta tanto se dicte legislación específica nacional, pues no se trata de materia local— en materia de derecho y jurisdicción aplicables. Se trata de uno de los modos de ejercicio del derecho privado de propiedad, lo cual es materia sustantiva de derecho nacional común, vale decir civil; sería un despropósito someterlo al derecho administrativo local, como avanzan algunas normas provinciales ¡incluso por vía de decreto! La aplicación del derecho administrativo a estos emprendimientos, su organización y algunos de sus actos, no es una solución justa, conveniente, razonable, ni con pleno sustento fáctico.

Los particulares que, bien o mal desde un punto de vista sociológico, acuden a ellos, están buscando alejarse de la vida urbana y su fuerte componente público. Enfrentarlos de vuelta con la excesiva regulación torna aplicables los principios de la protección de la confianza legítima o deber milenario de buena fe.¹²⁷ También atenta contra uno de los valores que siempre se postula para el derecho: la tutela y protección de la seguridad jurídica,¹²⁸ construido en pos de los derechos individuales, desde luego, aunque con frecuencia se lo utiliza al revés, en refuerzo de la potestad pública.

Lo mismo ocurre con la doctrina de los actos propios, normal en el derecho privado pero que más de una vez se negó en el derecho administrativo. Entre los fallos que aplican la doctrina de los actos propios a la administración, vinculándola por lo demás con la confianza legítima, la buena fe, etc.¹²⁹ se recuerda que “deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa.”¹³⁰

Como tiene dicho la CSJN, “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, *sean estos los particulares o el propio Estado*,” “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos

¹²⁷ Comp. MOLINÉ O’CONNOR, en la causa *CUBA*, cons. 7° *in fine*. Ver, entre otros, COMADIRA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37; COVIELLO, “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894; WEBER, ALBRECHT, “El procedimiento administrativo en el derecho comunitario,” en BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 57 y ss., p.77.

¹²⁸ Como agudamente sugieren CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

¹²⁹ STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, *Miranda*, *LL*, 1998-E, 198, 202.

¹³⁰ Voto preopinante de HUTCHINSON en el fallo citado en la nota precedente, quien cita a la CSJN, *Fallos*, 7: 138; 305: 1402; CNFed. CA, Sala III, *Casik*, 26-XI-85. Ver también MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

como el que expresa «venire contra factum proprium non valet» que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe.¹³¹ “Resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro.”¹³²

Parte del problema, desde luego, es que los reglamentos de copropiedad suelen conferir facultades expansivas a los órganos de administración del consorcio. Ello tiene escasos supuestos de aplicación en un edificio de propiedad horizontal en que se potencia la privacidad y la intimidad, pero puede tener muchos en un club de campo o en un barrio cerrado con su mayor grado de vida e interacción social.

Debemos ser extremadamente precavidos en esta materia y, por de pronto, mantener su juzgamiento en el ámbito de la jurisdicción civil o en su caso comercial como también se ha dado.¹³³ no sea cuestión que se repita la peligrosidad que citamos en la *Introducción* y contra la que en otros temas advierte MAIRAL, rememorando en cierto modo a DICEY.¹³⁴

El *quid* de la cuestión, en definitiva, es si se privilegia el ámbito del derecho privado y la privacidad, o el ámbito de lo público. Aunque se tenga otra posición en el caso del Estado, no puede dejar de advertirse la real peligrosidad¹³⁵ en el ámbito de clubes de barrios cerrados. Siguiendo su línea de pensamiento, sería demasiado peligroso reconocer potestades exorbitantes implícitas al consejo de administración de un club de campo, o a la administración de un barrio cerrado, etc.: la regla de competencia debe ser allí única y exclusivamente lo *expreso, ni siquiera lo razonablemente implícito*, pues se le opone el principio *amplio* de la capacidad, la libertad, la propiedad y la intimidad.

Bien está que cedan en algún caso ante la colectividad en general, pero *no parece apropiado que cedan ante la administración de un barrio cerrado*. Menos aplicable aún nos parece el derecho público cuando se trata de clubes de campo en que, conforme estas disposiciones provinciales, los espacios comunes no han sido cedidos al Estado.

Algo parecido, pero menos intenso, ocurre en los consorcios de edificios de propiedad horizontal, donde por ahora no aparecen síntomas publicistas.

¹³¹ *Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Gobierno Nacional*, JA, 1989-IV, 429.

¹³² *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, LL, 1992-B, 216, cons. 4° *in fine*.

¹³³ Ver *supra*, nota 116.

¹³⁴ Comp., a su vez, un distinto balance en BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 978.

¹³⁵ Compartimos así, más allá del debate concreto, la preocupación que anima a MAIRAL en sus arts. “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 3-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35, esp. pp. 132-3; “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655.

14. Conclusiones

Finalmente, no debe olvidarse que la tendencia actual en el mundo se inclina en forma creciente por el otorgamiento de facultades o prerrogativas de poder público a órganos o entidades no estrictamente administrativas (el fenómeno de las personas jurídicas públicas no estatales), lo que hace suponer que de afirmarse esa tendencia también puede incrementar correlativamente el número y la variedad de actos administrativos que pueden presentarse. Como se advierte, en modo alguno puede sentarse en forma absolutamente categórica el principio de que el acto administrativo debe provenir de órganos estatales. Pueden recibir su régimen jurídico, en cuanto hace al control judicial amplio y no a la exageración autoritaria de la potestad, los actos de poder emanados de quienes no integran el aparato del Estado.¹³⁶

Por cierto, tampoco habrá que cometer el error inverso de sentar con mucha largueza la existencia de actos administrativos de órganos no estatales, ni reconocerles a ellos los mismos caracteres que a los actos administrativos de las autoridades administrativas, pues existen todavía diferencias de importancia entre un decreto del Poder Ejecutivo y un acto de los expresados.¹³⁷ En tal sentido, deberá apreciarse con mayor rigor si tienen o no y en qué medida, presunción de legitimidad, exigibilidad, etc. y el contralor judicial de ellos deberá ser más exigente aún que el de los actos administrativos emanados de órganos estatales.¹³⁸

Son conocidas las legislaciones provinciales (Corrientes, Mendoza, Salta, Formosa, etc.) que admiten la impugnación de los actos administrativos de personas públicas no estatales por el régimen propio de los actos administrativos, lo cual de algún modo ha implicado reconocerles el carácter y el régimen de fondo y de forma de tales actos.

El código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires, aunque indebidamente llamado Código Contencioso administrativo, es aún más amplio, comprendiendo a toda persona que ejerza funciones administrativas, e incluso toda cuestión indemnizatoria, con el agregado del art. 2° *in fine* de que “La enunciación anterior es meramente ejemplificativa. No implica la exclusión del conocimiento por los tribunales contencioso-administrativo de otros casos regidos por el derecho administrativo.” Sin duda que la sola atribución de competencia a estos tribunales no es un argumento definitorio, pero como se advierte de la última norma citada, es a su vez la aplicación del derecho administrativo, que la norma considera posible, lo que determina la jurisdicción administrativa y no a la inversa, la jurisdicción que transforme en administrativos a los actos.

¹³⁶ Ver también RAMIRO SIMÓN PADRÓS, “Consideraciones sobre los actos administrativos de las personas públicas no estatales,” *RDA* 58: 963, Buenos Aires, LexisNexis.

¹³⁷ LACHAUME, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁸ Tampoco se entendería incurrir en tales casos en la confusión derivada del llamado origen religioso del derecho público: *supra*, “Introducción,” § 3, “La prevalencia de un interés o bien sobre el otro,” nota 56.

Esta tendencia del derecho público provincial argentino viene así a confirmar la tesis que expusimos ya en la ed. de 1969 de este vol. y pareciera destinada a asentarse en materia de un control más estricto de los actos de licenciatarios y concesionarios.

CAPÍTULO II
EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PRODUCTOR
DE EFECTOS JURÍDICOS

SUMARIO

| | |
|---|-------|
| I. <i>Introducción</i> | II-1 |
| 1. La actividad administrativa apta o no para producir efectos jurídicos directos | II-1 |
| 2. Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico | II-2 |
| 2.1. Efectos jurídicos inmediatos | II-2 |
| 2.2. Se excluyen los efectos jurídicos mediatos | II-4 |
| 2.3. La cuestión de la notificación | II-5 |
| II. <i>Distintos alcances de los efectos jurídicos</i> | II-9 |
| 3. Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos | II-9 |
| 3.1. Efectos provisionales y definitivos | II-9 |
| 3.2. Efectos definitivos en sede administrativa | II-10 |
| 3.3. Actos interlocutorios y definitivos | II-11 |
| 3.4. Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite | II-13 |
| 3.5. Actos administrativos interlocutorios y actos administrativos definitivos | II-13 |
| 3.5.1. Diferencias en cuanto a los recursos aplicables | II-14 |
| 3.5.1.1. Recursos administrativos | II-14 |
| 3.5.1.2. Remedios judiciales | II-14 |
| 3.5.2. Diferencia en cuanto a las situaciones que originan las calificaciones | II-14 |
| 3.5.3. Conclusiones | II-16 |
| 3.6. Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él | II-16 |

| | |
|---|-------|
| 4. Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos | II-17 |
| 5. Quedan comprendidos los actos de contralor | II-19 |
| 6. Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos..... | II-20 |
| 6.1. La voluntad psíquica del agente | II-20 |
| 6.2. Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones | II-24 |
| 6.3. Conclusiones | II-26 |
| 7. Los efectos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos | II-27 |
| 8. Lo atinente a la moral | II-28 |
| 9. Los efectos jurídicos según sean unilaterales o bilaterales, individuales o generales..... | II-29 |
| III. <i>Efectos públicos o privados del acto</i> | II-29 |
| 10. Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa | II-29 |
| 11. La distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo es una aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado..... | II-30 |
| 12. El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto administrativo..... | II-30 |
| 13. La aplicación del derecho público en los supuestos actos civiles de la administración | II-32 |
| 14. No existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto | II-33 |
| 15. Conclusión..... | II-35 |
| IV. <i>Efectos en relación al tiempo</i> | II-36 |
| 16. La retroactividad | II-36 |
| 17. Efectos para el futuro | II-37 |
| 18. Comparación | II-37 |

Capítulo II
**EL ACTO ADMINISTRATIVO
COMO PRODUCTOR DE EFECTOS JURÍDICOS**

I. *Introducción*

1. *La actividad administrativa apta o no
para producir efectos jurídicos directos*

Una de las primeras clasificaciones que casi todos los autores están dispuestos a efectuar dentro del total de la actividad administrativa, es la que distingue según que esa actividad produzca o no efectos jurídicos; tomando en cuenta a su vez el pensamiento de MAIRAL, cabe precisar si es o no *apta* para producir efectos jurídicos directos, pues como este autor bien lo señala, hay meros pronunciamientos administrativos inaptos para producir efecto jurídico, como por ejemplo la negativa de la administración a reconocer una deuda: eso no es un acto administrativo que ponga en marcha todo el aparato del derecho administrativo en cuanto a presunción de legitimidad, plazos de impugnación, etc. Sin embargo, no todos obtienen de esta premisa iguales conclusiones para la sistematización de la función administrativa, ya que frecuentemente hacen la aclaración en el sentido de *excluir* de su análisis a la actividad no jurídica,¹ en lugar de incorporarla también dentro de la clasificación, a los efectos de la sistematización total. En otros casos no se hace formalmente la distinción y se busca sustituirla afirmando que la actividad y los actos a estudiarse provienen de la administración activa. Ello no

¹ Así SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, 1953; puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, 4ª ed., p. 381. Utilizamos la frase “no jurídica” como apócope de “no apta para ser productora de efectos jurídicos directos.” MAIRAL, “Los meros pronunciamientos administrativos,” en AA.VV., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 651 y ss., lo enuncia para solucionar el disvalor de los caracteres que se asignan al acto administrativo, siguiendo la jurisprudencia que indica que en el caso “Aquella resolución administrativa carece de virtualidad para modificar, por sí misma, la situación jurídica de las partes y, por ende, para dilucidar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas.” Recuerda en la p. 660 a la CNFed. CA, Sala I, *Polledo, ED*, 115: 534; CSJN, *Serra, LL*, 1995-A, 401, con nota de BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397).

resulta suficiente, pues dicha formulación, si bien excluiría como corresponde los actos de la administración consultiva (dictámenes, pareceres, pericias, etc. que no producen efectos jurídicos inmediatos y no tienen por ende el régimen jurídico de los actos administrativos en sentido estricto),² no excluye en cambio a otros actos que emanan de la administración activa, sin recibir por ello, desde el punto de vista de su régimen jurídico, el tratamiento propio de los demás actos llamados actos administrativos;³ felicitaciones, invitaciones a concurrir a actos públicos, prevenciones sin amenaza concreta de sanciones, etc.; o como dice MAIRAL con acierto, meros pronunciamientos administrativos.⁴

En conclusión, es fundamental la clasificación de la actividad administrativa según que ella sea o no apta para producir efectos jurídicos, si bien presenta algunas dificultades de concretar el alcance de esta delimitación; a ello nos referiremos en lo que sigue.

2. Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico

2.1. Efectos jurídicos inmediatos

A veces la doctrina efectúa la clasificación de que hablamos, refiriéndose simplemente a que la actividad o el acto administrativo sean productores de efectos jurídicos.⁵ Pero, como ya lo demostró ampliamente la doctrina alemana⁶ y lo dijimos anteriormente,⁷ ello es insuficiente como criterio de sistematización, pues no toma en cuenta la diferencia básica entre los actos que tienen sin duda efectos jurídicos, pero no *directos*; estos últimos no son jurídicamente irrelevantes, sin ser tampoco actos que participen de los mismos trazos fundamentales del grueso de la actividad apta para producir efectos jurídicos inmediatos. Debemos emplear

² Ni siquiera si se los notifica por una providencia interlocutoria: *Caraballo*, ST Entre Ríos, Sala I Penal, *LL Litoral*, 2000-911. Si la autoridad competente agrega “Conforme” y lo notifica formalmente, se lo ha considerado acto administrativo: CNFed. CA, Sala II, *Bramco S.A. c. Banco Central*, *LL*, 2000-E, 542.

³ Es nuestro criterio desde la 1ª ed. de *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, siguiendo a FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, IEC, 1958, p. 282 y ss.

⁴ Es en alguna manera el criterio de FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282, que MAIRAL perfecciona.

⁵ DIEZ, *op. cit.*, t. II, pp. 210-1; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 381; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 260, aunque no expresa que los efectos jurídicos deben ser directos; en ediciones y reimpressiones posteriores la cita corresponde a la p. 264. Esa falta de precisión, también presente en parte de la doctrina española, finalmente ha venido a ser cuestionada allí: GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 412 y ss., con cita de ALEJANDRO NIETO, entre otros.

⁶ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, t. I, Múnich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 303; OBERMAYER, KLAUS, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts*, Stuttgart, 1964, p. 63. Lo mismo ocurre en la doctrina suiza: GIACOMETTI, ZACCHARIA, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1960, pp. 340-1 y otros.

⁷ *El acto administrativo*, *op. cit.*, 1ª ed., 1963, p. 74 y ss.

nuevamente aquí el criterio en base⁸ al cual debe analizarse todo el concepto de acto administrativo: Para que la noción sea práctica y fructífera y llene debidamente su función metodizadora y ordenadora de los principios de aplicación del derecho administrativo, debe estar referida en particular a los problemas de validez y contralor de la actividad administrativa.⁹

Pues bien, los problemas de validez e impugnación de la actividad administrativa giran en torno a un principio: Que puede atacarse mediante un recurso administrativo o acción judicial aquel acto¹⁰ de la administración que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos respecto del impugnante; todo acto de la administración (o no) que de suyo no sea apto para producir efectos jurídicos, no es todavía directamente impugnable en cuanto a su validez: la noción de acto administrativo debe entonces recoger ese principio y restringirse a aquellos actos aptos para que produzca efectos jurídicos directos,¹¹ en forma inmediata.¹² Si dijéramos simplemente que es una declaración que produce efectos jurídicos, estaríamos abarcando los casos en que el efecto jurídico surge indirectamente del acto. Así el dictamen vinculante que la administración esté obligada a seguir es un acto productor de efectos jurídicos, en cuanto el orden jurídico establece un nexo entre su emisión y determinados efectos jurídicos. Pero no es un acto administrativo en el sentido propio del término, porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente. Es, pues, un acto de la administración o preparatorio, no un acto administrativo,¹³ a pesar de ser un dictamen vinculante.¹⁴

⁸ Muchas discusiones en derecho administrativo son una incompreensión de los principios de la teoría general del derecho, o incluso del lenguaje, que sus cultores no siempre aclaran. Lo hacemos en el t. 1, cap. I, ampliando la 2ª ed. de *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, cap. I. Ver también nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

⁹ BENDER, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰ Aunque cabe estar prevenidos contra exageraciones, como lo adelantamos en la "Introducción" de este vol. 3, desde la cuarta edición, 1999.

¹¹ Veremos en el cap. X, § 8.7, "La firma electrónica o digital," que al autorizar la firma electrónica de documentos, el decreto 427/98 emplea en el art. 1º esta terminología, al restringir su aplicación a "los actos internos [...] que no produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa," o sea excluyendo los actos administrativos *stricto sensu* en el sentido que aquí definimos. En este sentido CNFed. CA, Sala I, *Carro, LL*, 2005-C, 772, con nota de AMONDAIRAIN, MARIANA, "La discrecionalidad administrativa ¿autoriza el dictado de una sentencia sin motivación suficiente?," en prensa.

¹² En el mismo sentido LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 207; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 190 y 305.

¹³ En igual sentido MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 282, § 179; GARCÍA TREVILJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 321, aunque critica nuestra igual posición en la p. 37.

¹⁴ COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, § 7.1, p. 8; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, LL, 2003, cap. 2, § 2.4.1, p. 15; *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 13 y nota 26; con LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, LL, 2002, arts. 7º y 8º, § 5.4.1, p. 188.

Es esencial, pues, al concepto de acto administrativo, que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos,¹⁵ es decir, apto para que surjan del acto mismo, sin necesidad de ninguna otra manifestación o comportamiento administrativo.

Como dice este autor, “Cuando el obrar de la administración sólo constituye el pretexto de un obrar con efectos jurídicos directos”, como el informe de un inspector de industrias sobre los inconvenientes de una fábrica, lo cual puede dar lugar a una decisión de clausura, este obrar —el emitir el informe— “no constituye un acto administrativo, puesto que de suyo no produce efectos jurídicos. Pero es jurídicamente relevante porque provoca, o sea, origina directamente, una actuación de la policía y, por consiguiente, efectos jurídicos.”¹⁶

En otras palabras, “Los efectos jurídicos han de emanar directamente del acto mismo: sólo entonces son inmediatos,”¹⁷ no basta con decir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos ya que siempre es posible que surja, en forma indirecta o mediata, algún efecto jurídico: debe precisarse que el efecto que el acto es apto para producir debe ser directo e inmediato, surgir del acto mismo y por sí sólo, para que la clasificación tenga entonces un adecuado sentido jurídico preciso.¹⁸

2.2. *Se excluyen los efectos jurídicos mediatos*

Quedan aquí excluidos del concepto todos los “actos preparatorios” (informes, dictámenes, proyectos, etc.) y en general cualquier acto que por sí mismo no sea suficiente para dar lugar a un efecto jurídico inmediato en relación a un sujeto de derecho; esos actos no son impugnables administrativa ni judicialmente.

Con otra terminología a veces se indican actos no eficaces ni aptos por ende para producir efectos jurídicos, a los proyectos de acto sometidos expresamente al referendo o aprobación de una autoridad superior: el acto es de los que calificaríamos como no jurídicos, apócope de actos no aptos para ser por sí mismos productores de efectos jurídicos directos e inmediatos.

Cabe destacar que la solución no es firme en materia de actos sujetos a aprobación o referendo, pues tanto existen precedentes que no los consideran actos con aptitud para ser productores de efectos jurídicos,¹⁹ como también sentencias

¹⁵ WOLFF, *op. cit.*, pp. 303 y 304; OBERMAYER, *op. cit.*, p. 63; GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 340, etc.

¹⁶ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282.

¹⁷ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282; GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 340.

¹⁸ Veremos después que algunos autores proponen que los efectos se produzcan al mundo jurídico antes de la notificación o publicación, lo cual es en realidad una contradicción.

¹⁹ Ha dicho la CSJN en *Herpazana SRL*, Fallos, 320-3: 2808, año 1997, cons. 9° y 10, que un acto *ad referendum* o sujeto a aprobación de una autoridad superior carece de aptitud para “generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes [...] pues [...] su eficacia estaba sometida a un hecho futuro e incierto (doctrina de Fallos: 314: 491).” En igual sentido *Maruba S.C.A.*, año 1997, CNFed. Civil y Com., Sala III, LL, 1998-A, 151, 152: “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara.” Comp. CNFed. CA, Sala I, *Herpazana SRL*, año 1995, ED, 168: 414; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, reimpresión de la 4ª ed., p. 84.

que tutelan el derecho o la obligación emergente del acto y sancionan con la nulidad la negativa a brindar el referendo,²⁰ o consideran obligado al particular que retira su oferta luego de habersele dictado una adjudicación sujeta a aprobación, antes de producirse ésta.²¹

Se hallan igualmente excluidos los actos o actividades que tendrán posiblemente un efecto jurídico, en unión con otros elementos, pero que *aún* no lo tienen: un dictamen vinculante o semivinculante,²² un acto que ha sido firmado pero aún no ha sido notificado y en consecuencia todavía no ha creado los derechos o deberes de que se trata y no es por tanto obligatorio,²³ un dictamen que ha sido suscripto pero aún no ha sido hecho público, etc. Tengan o no firma, en ausencia de notificación o publicación son meros proyectos de actos, pues lo que da al acto su nacimiento es su conocimiento por los interesados, que es lo que lo incorpora al ordenamiento jurídico.

En cambio, quedan comprendidos en el concepto aquellas actividades que producen por sí mismas un efecto jurídico, aunque él no sea inmediato en el tiempo: actos que se dictan para producir efectos a partir de una fecha futura determinada, sujetos a término o condición, etc.²⁴

2.3. La cuestión de la notificación

En el supuesto analizado en primer lugar se discute a su vez el rol conceptual y jurídico que juega la notificación del acto. Es un buen ejemplo de las divergencias innecesarias que produce buscar esencias o conceptos puros²⁵ o en cambio características jurídicas. Si uno quisiera averiguar la “esencia” del acto y su notificación, podría decir que son cosas distintas, puesto que, en primer lugar, se producen en momentos diferentes: primero acaece el acto escrito, luego la notificación;

²⁰ En un caso se ha considerado que no existe discrecionalidad alguna en el órgano que debe dictar el referendo, y que puede tratarse en suma de “un supuesto de actividad reglada en la que la función del superior está limitada a una supervisión de legalidad que no incluye potestades discrecionales.” CSJN, *Fadlala de Ferreyra, Fallos*, 306: 126, año 1984, *ED*, 108: 460, cons. 6°, sobre todo si el acto carece de fundamentación razonable; o a la inversa, efectúa una irrazonablemente genérica: cons. 7°; e *infra*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación.”

²¹ Ver *Herpazana SRL*, citado en la nota 19.

²² Por ello los dictámenes nunca son impugnables mediante recursos administrativos, como bien lo expresan el derecho nacional y comparado; MAIRAL, *op. cit.*, t. I, p. 282, § 179, nota 151. Ver también *supra*, nota 2.10. Una excepción normativa impropia a esta regla se encuentra en el Estatuto del Docente de la Provincia de Buenos Aires, cuyo art. 49 establece: “Los dictámenes de los tribunales de clasificación serán impugnables mediante recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio.” No obstante, la justicia ha resuelto que el referido dictamen “no configura una resolución administrativa sino la expresión de un criterio cuya finalidad es el asesoramiento al órgano con potestad decisoria, no pudiendo inferirse de él la voluntad del órgano competente.” Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 2, *Urriolabeitia*, 2004.

²³ BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 199.

²⁴ En lo que se refiere a la condición suspensiva, ver con todo *infra*, nota 46.

²⁵ Lo explicamos *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. I, sección I.

además, el segundo es instrumental al primero.²⁶ Si el acto es verbal, carece de sentido pronunciarlo a solas: sólo tiene sentido si la orden se da al destinatario; allí tendremos emisión y notificación inseparables, simultáneas. Si es escrito, se suele escribir y firmarlo primero y luego enviarlo o de otro modo comunicarlo al destinatario. Como ejercicio intelectual se puede concebir otro escenario: el funcionario muestra al futuro destinatario del acto un texto escrito que contiene un proyecto de acto, aún sin firma; una vez leído y ante su mirada, lo firma y se lo entrega. A menos que el papel haya estado en ese momento en las manos del destinatario, hay todavía una pequeñísima fracción temporal entre la firma del texto y su notificación. Si se modifica el juego y el funcionario firma el papel pero en lugar de entregarlo lo guarda en el bolsillo ¿habría allí un acto administrativo existente, perfecto, válido, etc., pero no eficaz? Nos parece que ello constituye claramente un simple abuso de lenguaje.

El texto que está en el bolsillo sigue siendo un proyecto de acto hasta que salga a la luz con la notificación. Hasta que esto último no ocurra no es aún un acto, puede ser destruido (no revocado, sino roto, arrancado, etc.), no genera responsabilidad, no crea derechos ni deberes, etc. Insistimos que ésta es *nuestra* forma de ver la cuestión, que no es la generalmente aceptada en las versiones teóricas del derecho administrativo que descuidan su faz empírica. Pero existen suficientes casos en la realidad de actos administrativos, procedimentales, incluso judiciales, retirados y destruidos, cambiados por otro distinto *antes* de su conocimiento público, como para pensar que estamos ante un planteo teórico sin referencia empírica. Si bien nada se puede objetar socialmente a aquella distinción esencial y temporal, sería erróneo obtener de ella consecuencias jurídicas. Pero el derecho administrativo se debate siempre en discutir ambas cosas, la “esencia inmanente” y el régimen jurídico, entremezcladamente, con la consecuencia de ofrecernos un debate que jamás termina y que frecuentemente afirma con certeza apodíctica que algo *es* así, o incluso formula razonamientos autocontradictorios. Una forma de discusión bajo la cual se presenta el tema es si el primer acto, el que debe ser notificado luego, es en el plano conceptual o esencial por sí sólo existente, pero adquiere perfección y eficacia (ahora en el plano jurídico) con la notificación;²⁷ o si existe y es perfecto, pero no eficaz, antes de la notificación, adquiriendo eficacia después de ésta.²⁸

Otra forma de debatir lo mismo es preguntarse si todos los actos deben ser notificados, o sólo algunos. Nuestra posición es simple: Todos los que se quiera que produzcan efectos jurídicos deben ser notificados; si no lo han sido aún, no

²⁶ PTN, *Dictámenes*, 255: 578.

²⁷ Es la formulación de CAMMEO. En igual sentido VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, vol. I, Turín, 1948, 3ª ed., p. 391.

²⁸ ROMANO, SALVATORE, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1932, pp. 244 y 280; BODDA, *Lezione di diritto amministrativo*, Turín, 1947, p. 108. Como se advierte, esto supone entremezclar una discusión aristotélica, fenoménica, etc., sobre esencias, con una explicación de lo que el derecho dispone al efecto. El resultado será inevitablemente una torre de Babel.

producen todavía efectos jurídicos. Cuando lo sean, lo tendrán y los llamaremos entonces actos administrativos.²⁹

Pero veamos ahora las variantes, para advertir al lector cuando consulte otros libros. No pareciera tener sentido, a nuestro juicio, preguntarse por la validez de un acto no notificado, pues aún no produce efectos jurídicos. Es como preguntarse por la validez de un proyecto de acto, o de un acto sin firma. No son inválidos, claro está, pero no producen tampoco efecto jurídico alguno.³⁰ O también se puede decir que no tienen eficacia.³¹ El juego de palabras permite toda clase de combinaciones sin cambiar la fundamentación ni el resultado, sino sólo el sentido de las palabras. El acto firmado y no notificado puede entonces ser designado como: a) aún no existente, proyecto de acto, acto no productor de efectos jurídicos, etc.; b) existente pero no perfecto ni eficaz; c) existente, perfecto y válido, pero aún no eficaz; d) existente, perfecto, válido y eficaz;³² sólo que el destinatario no lo sabe todavía y por ello se le puede disculpar el incumplimiento (*sic*).

Nos parece de particular interés por su apariencia académica, pero falta de lógica interna, el prólogo o *Premessa* de OTTAVIANO: “Al determinar las relaciones entre acto administrativo y comunicación son particularmente evidentes los términos del conflicto entre libertad y autoridad que informa por tantas partes el derecho administrativo. La tutela del interés público³³ con las exigencias de objetividad que le son conexas, reclama que el acto sea ya perfecto con la determinación y la volición que ocurren a tal fin. La tutela del destinatario del acto reclama en cambio que aquél no se perfeccione sin la notificación. La conciliación entre las dos exigencias opuestas podría llevar a considerar al acto que incide en la esfera de libertad de sus destinatarios perfecto con la emisión y eficaz con el conocimiento o la comunicación. Motivos de derecho positivo llevan en cambio a considerar al acto perfecto y eficaz ya con la emisión.”³⁴

Como se advierte, son consideraciones apodícticas que nada fundan y cuyos elementos son intercambiables sin necesidad de variar la supuesta fundamentación. El autor citado oscila entre lo que llama la materialidad psico-física del acto y su reconocimiento por el orden jurídico. “Así puede tenerse un derecho o

²⁹ Revirtiendo la anterior tendencia, que criticábamos desde 1963, PTN, *Dictámenes*, 255: 448. “El acto administrativo que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos; los derechos emergentes de un acto nacen inmediatamente después de que éste reúne los presupuestos de validez y eficacia.”

³⁰ Ver JEZE, GASTÓN, “Influence de l’absence de publication sur la validité d’un règlement,” *RDP*, París, 1911; JELLINEK, WALTER, *Der Fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tubingen, 1908, p. 68.

³¹ KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910.

³² Otra versión de estas mismas alternativas se presenta en materia de reforma de estatutos de sociedades anónimas y su inscripción en el Registro Público de Comercio. Ver *infra*, § 6.2, “Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos. Registros e inscripciones” y nota 98.

³³ El siempre presente anquilosado paradigma: “Introducción,” § 3, “La prevalencia de un interés o bien sobre el otro” y *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis*, *Everything and Nothing*,” § 5.1. a § 5.5: “El régimen jurídico y la protección del interés público.”

³⁴ OTTAVIANO, VITTORIO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 1.

una obligación [“en una esfera abstracta puramente ideal”] antes incluso que el titular tenga conocimiento de ella.”³⁵ En algunos supuestos “Quien da una orden tiene sólo la intención de hacerlo hasta que no haya comunicado su voluntad al destinatario.”³⁶ Habría así actos en los cuales la comunicación es “elemento constitutivo de la declaración”³⁷ y otros en que no.

“Si la declaración no comunicada produce efectos jurídicos aunque limitados en el ejemplo al sujeto mismo que la emite,³⁸ ella existe ya jurídicamente y la comunicación no puede ser forma sino condición de eficacia.”³⁹ La contradicción de sostener cosas distintas tan sólo por el modo o secuencia temporal en que se produce la notificación, nos parece manifiesta. Ello demuestra, a nuestro modo de ver, que se trata de un enfoque errado. Este constante pasar de un plano al otro, en un nivel ideal o abstracto, en otro plano material y psicofísico y por fin, en un tercer plano jurídico, lleva inevitablemente, al menos en el plano verbal, a contradicciones y falacias, como estamos viendo. El autor en cuestión se inclina por la perfección del acto independientemente de su notificación⁴⁰ y llega a afirmaciones tales como que “La falta de comunicación hará que por su inobservancia el tercero no podrá incurrir en sanciones.”⁴¹ Nosotros diríamos lo mismo pero con otras palabras: obviamente que el particular no conoce ni está por ende obligado por un acto que no le ha sido notificado y por ello no tiene siquiera posibilidad material, mucho menos obligación, de cumplirlo. Por ende no puede reputarse que incumple lo que no conoce, ni que se le dispensan o perdonan sanciones.

Ese acto que no conoce, aunque tenga existencia ideal y también material, aunque haya sido emitido con alcance psicofísico y firmado, no entró *todavía* al mundo *jurídico*. Eso ocurrirá cuando sea notificado.

Insistimos que no es este el enfoque usual,⁴² aún en nuestros días. Como siempre, no es una mera discusión académica. Detrás de ella se esconde la discusión acerca de si es posible utilizar una fecha simulada para hacer aparecer

³⁵ OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 13.

³⁷ OTTAVIANO, *op. cit.*, pp. 15-6: La comunicación es “forma del acto,” “entra en el contenido del acto necesario para lograr la intención del declarante,” *op. cit.*, p. 16. En estos casos el acto, “independientemente de la comunicación, no tiene jurídicamente valor alguno,” *op. cit.*, p. 17.

³⁸ No es ello así. Hasta una sentencia firmada y no notificada puede eliminarse sin otro recurso que arrancarla, si no está notificada. Como se sabe, el ejemplo no es técnico sino fruto de la *praxis* de nuestra CSJN.

³⁹ OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ *Op. cit.*, § 15, p. 48.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 76. El autor varía supuestos, pero interesa la contradicción, petición de principios y hasta lo absurdo de sus razonamientos, precisamente por mezclar planos diversos.

⁴² Igual tesis existió respecto a las observaciones o visto buenos del Tribunal de Cuentas de la Nación. En esa ocasión se enfatizó que el acto se perfeccionaba sin la intervención del Tribunal de Cuentas: CSJN, *Almagro, Luis A.*, 1982, *Fallos*, 304-2: 191; *LL*, 1982-D, 468, con nota de JOSÉ RAFAEL REGODESEBES en p. 467. Ello lleva a la PTN en *Dictámenes*, 206:141, 147, año 1993, a precisar que la revocabilidad del acto observado se debía a “la carencia de eficacia del acto, y no [...] la presunta calidad integrativa de la voluntad administrativa.” Sin embargo, el caso se resuelve igual argumentando a la inversa. La discusión es así, en este caso, estéril.

que el acto fue dictado en otra fecha que la real y notificarlo tardíamente sin problema, con la pretensión de que el acto era perfecto pero no eficaz.⁴³ Por esa vía se llegaría a verdaderos despropósitos en que se pretenda notificar un acto emitido varios años atrás y por otra gestión de gobierno. El derecho no puede tolerar tales situaciones.⁴⁴

II. *Distintos alcances de los efectos jurídicos*

3. *Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos*

3.1. *Efectos provisionales y definitivos*

Cumplida la condición indicada precedentemente —que el acto produzca efectos jurídicos directos, inmediatos— poco importa que ellos sean de naturaleza provisional o definitiva. Esto es necesario aclararlo porque a veces se ha creído —interpretando erróneamente algunas normas que establecen que el recurso procede contra actos administrativos definitivos— que no serían actos administrativos *impugnables*, aquellos cuyos efectos no están destinados a ser definitivos.

Ello proviene de un uso terminológico muy difundido en la doctrina y en la legislación, que habla de acto definitivo como sinónimo de acto administrativo impugnabile. Como veremos, ello no es acertado.

El término definitivo es errado en estos casos y se han producido bastantes confusiones prácticas. El problema no es doctrinario —pocas veces los autores asignan consecuencias inadecuadas al término—⁴⁵ sino práctico, cuando los funcionarios deben aplicar esos principios, pues entonces es posiblemente muy fácil que se dejen llevar por la palabra “definitivo,” que en el lenguaje común es muy expresiva y terminante y olviden la caracterización doctrinaria. No hay duda que la caracterización teórica puede ser formulada sin que quepan otras objeciones que terminológicas; así ORTIZ —aceptando la denominación— hace una impecable descripción de lo que debe entenderse por acto impugnabile en cuanto acto definitivo: “El acto definitivo es el que resuelve sobre el fondo del problema planteado por la necesidad administrativa o la petición del particular, y produce

⁴³ *Infra*, cap. VIII, § 14, “Competencia en razón del tiempo;” cap. IX, § 11.3, “Simulación,” § 11.3.1 a 11.3.4; cap. X, § 11.1, “¿La publicidad no integra el acto?” y § 11.3.1.4, “Plazo para la notificación válida.”

⁴⁴ Ver Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 3, *Ricchini*, 4-II-2004, la administración demandada invocó una renuncia y su ulterior aceptación que no fuera notificada a la interesada, producida doce años atrás, para sortear los efectos de una medida judicial que suspendía un acto administrativo que había separado a la actora del cargo por otros motivos. Mediante la invocación de aquella renuncia se intentó un nuevo desplazamiento en el cargo de la actora. El tribunal consideró “que la Dirección General de Cultura y Educación, al revocar la Disposición N° 18 sobre la que pesaba una medida cautelar, reemplazándola por otra similar que surte iguales efectos (desplazamiento de la actora en el cargo de Secretaria) ha pretendido eludir la acción de la justicia, obrado con evidente mala fe y temeridad manifiesta.” La solución tradicional en CI° CA, Córdoba, *Celotti*, 1999, *LL, Córdoba*, 2000: 843.

⁴⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 302, nota 11.

efecto externo creando una relación entre la administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular. Se trata siempre de manifestaciones de voluntad, que en forma definitiva definen el negocio planteado a la administración, sin supeditar su efecto a condiciones o plazos suspensivos.⁴⁶ “El acto definitivo es el único normalmente impugnabile por sí mismo, porque es el único capaz por sí para producir el agravio al derecho subjetivo y al interés del administrado.”⁴⁷

3.2. *Efectos definitivos en sede administrativa*

No es prudente buscar otras alternativas como por ejemplo querer dar a la frase “acto definitivo” el alcance de que el acto sería “definitivo *en sede administrativa*,”⁴⁸ entonces resultaría que quedaría borrado del derecho administrativo todo el cap. de los recursos en sede administrativa; se habrían así esfumado el recurso de reconsideración u oposición, el recurso de alzada, el recurso jerárquico, el recurso de revisión, etc.; porque todos ellos se interponen contra actos administrativos que *no son definitivos en vía administrativa*. De otro modo, una vez más, se estaría pidiendo un paso imposible: Atacar en sede administrativa aquello que es definitivo (luego, inatacable) en sede administrativa...

Ambas posiciones son difícilmente sostenibles: Lo esencial del acto administrativo que será pasible de impugnación, no puede estar en producir efectos jurídicos definitivos absolutos, ni definitivos en sede administrativa; por ello reiteramos, como ya lo dijéramos antes, que basta con expresar que el acto administrativo debe ser “productor de efectos jurídicos directos”, sin que quepa agregar que tales

⁴⁶ ORTIZ, EDUARDO, “Materia y objeto del contencioso-administrativo,” en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, 5: 47, 89, San José, 1965; REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 61 y ss. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, pp. 90 y 92 y MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 442; en otras ediciones y reimpressiones se trata de las pp. 446-7, consideran que no puede válidamente dictarse un acto bajo condición suspensiva, pero se sigue de su criterio que el acto que contraviene esta regla no deja de ser acto administrativo por ello, y puede entonces, a pesar de estar condicionado, ser considerado acto impugnabile; pero hay también casos en que puede caer, no todo el acto, sino solamente la condición ilegal si es que puede estimársela separable: STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 96, quien admite el plazo suspensivo en las facultades discrecionales, distinguiéndolo de la entrada en vigencia en los actos de duración determinada, *v. gr.* una suspensión de treinta días a partir del día tal, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁷ ORTIZ, *op. cit.*, p. 90. Conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 153, p. 238.

⁴⁸ En este sentido la expresión es encontrada en las leyes más viejas de lo *contencioso administrativo* de las provincias argentinas: ARGANARÁS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1955, p. 45. En tal caso la norma es entendible aunque algo obsoleta, pues se trata de un requisito para acudir a la justicia; pero como es obvio *ella nada tiene que ver con la impugnación administrativa* de un acto administrativo ni, por lo tanto, es criterio suficiente para dar una noción de acto administrativo que tenga pretensiones de validez general. Es interesante anotar que en España, para referirse al acto que puede ya ser atacado judicialmente, se habla del acto “que agota la vía administrativa,” distinguiendo este concepto del de “acto definitivo.” Ver GONZALEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

efectos sean definitivos para admitir su impugnación.⁴⁹ Más aún, señalamos que la tendencia del derecho comparado es dejar la vía administrativa como optativa para el interesado.⁵⁰ Las opiniones que han intentado aplicar en sede administrativa este requisito, postulando que el acto a recurrir debe producir efectos definitivos, no sólo propugnan algo que es imposible, sino que además trasladan erróneamente al procedimiento administrativo un principio que sólo es válido y a medias, para el proceso *judicial* iniciado contra actos administrativos.

3.3. Actos interlocutorios y definitivos

Lo típico del concepto es la producción directa, sin condición o plazo suspensivo, de efectos jurídicos; dada esa caracterización, poco importa llamarlo definitivo, pues ello nada agrega al concepto. Ofrece, en cambio, margen para la confusión en su aplicación práctica.

Se ha considerado en el pasado, p. ej., que un traslado dispuesto en forma preventiva por la autoridad administrativa no es un acto susceptible de impugnación⁵¹ o que las medidas adoptadas durante el trámite previo a la decisión de fondo, no son definitivas, constituyen medidas preparatorias, tampoco pasibles de ser atacadas por recursos, etc.⁵² Con ese criterio se podría llegar a la conclusión extrema de que todo acto sumarial, toda medida que implique la comprobación de la existencia de determinados hechos que a su vez pueden servir de base a una decisión concreta, serían “medidas preparatorias,” no atacables por recursos.

Ello, obviamente, implicaría confundir y desvirtuar totalmente el sentido de la teoría del acto administrativo. Con tal criterio, cualquier acto de los órganos del Estado podría ser preparatorio, pues siempre, en última instancia, puede servir de base para otro acto ulterior y nunca, en verdad, tiene carácter definitivo: baste tener presente que en el mundo del derecho lo único *definitivo*, en estricto sentido jurídico, son las *sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada*. Querer aplicar el término definitivo a un acto, para admitir la impugnación, es proponer una contradicción verbal: Que se puede *atacar* lo definitivo, *ergo* inatacable. La palabra definitivo no puede tener el alcance literal que el término

⁴⁹ Por ello no compartimos la crítica que efectúan quienes consideran que para que pueda atacarse una medida, ella debe ser “definitiva.” Por lo demás, el ejemplo que se ha ofrecido para demostrar que no bastaría con expresar que el acto impugnado debe producir efectos jurídicos inmediatos, es el de los informes; se ha dicho de ellos que producen efectos jurídicos inmediatos, lo que sin embargo no es exacto: que los informes no producen efectos jurídicos *inmediatos*, sino mediatos, ya lo aclararon muchos autores. Ver p. ej. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 431; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282, cuyas palabras hemos reproducido anteriormente en este cap. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁰ *Infra*, t. 4, cap. III, § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia” y 2.2, “Función que ejerce el que los decide;” cap. XI, § 3, “La restricción en cuanto al objeto.”

⁵¹ PTN, *Dictámenes*, 86: 252.

⁵² PTN, *Dictámenes*, 254: 367: el acto preparatorio es el que no decide sobre el fondo del asunto; que tampoco ocasiona indefensión ni impide la prosecución del procedimiento hasta la decisión final, no siendo entonces recurrible por no ocasionar gravamen. Ahora bien, que se no pueda recurrirlo no quita el derecho de presentar escritos a su respecto, cuestionándolos.

denota⁵³ o, más bien, es errado postular que existan actos administrativos de efectos jurídicos definitivos.

Por lo demás y en lo que respecta a las medidas que la administración dicta en el curso de un sumario, o en preparación de otros actos que luego ha de dictar, debe advertirse que ellas pueden ser preparatorias con referencia a otra disposición que ulteriormente se adoptará, pero que *en sí mismas son definitivas* en el sentido de que *lo que ellas establecen* queda ya decidido.⁵⁴ En tal sentido, si yo propongo una prueba y la administración rechaza mi pedido, ese rechazo es tal vez preparatorio en lo que respecta a aquello que constituye mi planteo de fondo, o el de la administración: pero en lo que respecta a la medida de prueba que yo he propuesto ahora y me han denegado es definitivo, pues no hay duda de que no se ha preparado sino decidido lo que la administración piensa hacer en la cuestión: no producir esa prueba. Consideraciones similares han hecho que la doctrina reconozca explícitamente el carácter de acto impugnabile a tales medidas de procedimiento⁵⁵ y en algunos casos también la práctica administrativa así lo ha admitido.⁵⁶

Con todo, no deja de ser un error bastante difundido el creer que el recurso jerárquico o los demás recursos administrativos no sean procedentes sino contra actos definitivos. Aclarémoslo por ello; el decreto 1759/72, p. ej., excluye del recurso las medidas preparatorias, *pero no exige que deba haber un acto definitivo*; al contrario, admite expresamente la procedencia del recurso contra los actos que denomina “interlocutorios o de mero trámite.”

En consecuencia, sólo quedan excluidos del concepto de acto administrativo (y del recurso administrativo) aquellos actos que no producen un efecto jurídico directo: informes, dictámenes, etc., que serán los únicos actos calificables como preparatorios. Los actos que producen tales efectos directos e inmediatos son siempre actos administrativos y por lo tanto recurribles plenamente.⁵⁷ A su vez

⁵³ Así GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*, lo utiliza como sinónimo de “resolución administrativa.”

⁵⁴ O, en otras palabras, causan perjuicio o gravamen: FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 288; ORTIZ, *op. loc. cit.*; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 62 y ss.

⁵⁵ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 288. Ver también Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 546, *Videla*, 30-IV-2004: se declaró la procedencia de la vía de amparo frente a una norma que dispone la irrecurribilidad del desplazamiento transitorio de un docente, dispuesto como medida preventiva en un sumario, puesto que frente a ese cercenamiento del derecho de defensa se consideró que no existía otra vía idónea para la impugnación de la medida. Ver *infra*, cap. VI, § 11, “Fundamento de la impugnabilidad,” nota 156, p. VI-36.

⁵⁶ Así, una decisión de trámite que declara la cuestión de puro derecho, es impugnabile, ver PTN, *Dictámenes*, 98: 184. Ver igualmente la precedente nota 55.

⁵⁷ Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, Civitas, 1997. En el art. 37, inc. a) del reglamento español de 1981 para las reclamaciones “económico-administrativas” se expresa acertadamente, a nuestro juicio, que son atacables los actos “que provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación.”

no puede tampoco concebirse un acto productor de efectos jurídicos que una norma reputé irrecurrible.⁵⁸

3.4. *Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite*

En el derecho nacional, el decreto 1759/72 aclaró una de las discusiones que anteceden, al señalar expresamente que el acto denominado interlocutorio o de mero trámite también es susceptible de ser impugnado por recursos administrativos, pero introduce una estipulación que puede provocar algunas confusiones.

En la terminología del decreto, se asigna la denominación de actos o medidas *preparatorias* a aquellas que no producen efecto jurídico directo alguno y no son en consecuencia impugnables por recursos: informes, dictámenes, etc. (art. 80). En cambio los actos productores de efectos jurídicos directos, aunque relativos al procedimiento que se tramita, reciben el nombre de actos *interlocutorios* o *de mero trámite*.

Resulta así que debemos distinguir, en esta estipulación, el acto preparatorio en cuanto acto *no* productor de efecto jurídico directo, del acto “interlocutorio o de mero trámite,” que, a pesar de su denominación, sería un acto *productor* de efectos jurídicos directos, aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida, sino en cuanto al trámite. Las expresiones acto preparatorio y acto de mero trámite no son en consecuencia, en estas normas procedimentales del derecho nacional argentino, equivalentes, a pesar de su similitud lingüística; por el contrario, la primera se reserva para el acto que no alcanza a ser acto administrativo y se queda en acto no productor de efecto jurídico directo alguno. La segunda se utiliza en el caso del acto administrativo productor de efectos jurídicos de trámite. Pero no ha de atribuirse consecuencia teórica o conceptual alguna a una mera referencia normativa local y puntual.

3.5. *Actos administrativos interlocutorios y actos administrativos definitivos*

Por otra parte, si bien consideramos que las citadas normas son oportunas en aclarar que el acto interlocutorio es también impugnable, no las consideramos en cambio acertadas en la medida en que intentan introducir una clasificación de los actos administrativos, según los efectos jurídicos que producen, a fin de determinar el recurso aplicable. Aclaremos que así como no nos parece un criterio aceptable para la conceptualización del acto administrativo cuál sea la jurisdicción aplicable,⁵⁹ así tampoco creemos que el decreto reglamentario del procedimiento administrativo, con su diferenciación de cuáles son los recursos administrativos procedentes, sea por sí sólo suficiente para introducir una especificación en la definición. Con todo, una cosa es que la distinción no justifique una definición más

⁵⁸ Lo explicamos *infra*, cap. VI, § 11, “Fundamento de la impugnabilidad.”

⁵⁹ *Supra*, cap. I, § 3, “La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos.”

restringida de acto administrativo y otra es que, aún siendo criticable, constituye de todos modos un dato del derecho positivo que es necesario explicar.

3.5.1. *Diferencias en cuanto a los recursos aplicables*

Como ocurre con frecuencia en esta materia, están más o menos claras cuáles son las diferentes consecuencias jurídicas que corresponderá aplicar según qué tipo de acto se considere: la cuestión se presenta al determinar cuáles son los actos considerados. En cuanto al primer punto, o sea las consecuencias jurídicas que el ordenamiento asigna a uno u otro acto, cabe señalar los siguientes aspectos fundamentales.

3.5.1.1. *Recursos administrativos*

Los actos administrativos definitivos o asimilables a ellos —luego veremos cuáles son estos últimos— son recurribles por recurso de reconsideración, art. 84 y recurso jerárquico, art. 89. Los actos administrativos interlocutorios o de mero trámite son impugnables por el recurso de reconsideración, art. 84; no son impugnables por recurso jerárquico: Art. 89, *a contrario sensu*. Pero de esa premisa de su posibilidad de ser recurrido surge también una trampa para el individuo, que es el consentimiento presunto que con frecuencia se interpreta que de pleno derecho presta al acto, en caso de no interponer en plazo el recurso administrativo, lo que puede en casos extremos llevar a privarlo de la vía judicial. Por cierto, estas consecuencias son totalmente contrarias a derecho en cuanto aspiración de justicia.

3.5.1.2. *Remedios judiciales*

Por su parte, el decreto-ley 19.549/72 intenta diferenciar también las vías judiciales existentes contra los actos administrativos y expresa que procede la impugnación judicial del acto administrativo cuando sea definitivo, art. 23, inc. a), o cuando sea asimilable a tal, por impedir totalmente la tramitación del reclamo interpuesto, art. 23, inc. b). *A contrario sensu*, la revisión judicial parecería no ser procedente en materia de actos interlocutorios.⁶⁰

3.5.2. *Diferencia en cuanto a las situaciones que originan las calificaciones*

Se ha propuesto que el acto administrativo definitivo sería el que decide el *fondo de la cuestión* y acto administrativo interlocutorio o de mero trámite el que no resuelve el fondo de la cuestión. En algunos casos esto puede ser ligeramente fácil de establecer; en materia de sumarios administrativos, p. ej., parece claro

⁶⁰ Con todo, cabe señalar que el derecho comparado conoce de casos excepcionales de revisión judicial de actos interlocutorios, como explica MAIRAL, t. I, *op. cit.*, p. 244; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 62; “Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita,” *LL*, 1995-B, 485.

que la intención del decreto es que todas las medidas que se dictan durante el mismo, con la excepción de la resolución final que aplica alguna sanción,⁶¹ sean considerados actos interlocutorios respecto del sumariado: iniciación del sumario, designación del sumariante, apertura a prueba, decisión de decretar el secreto del sumario, de ordenar o no la producción de alguna prueba, traslado a la parte para su defensa, intimaciones de procedimiento, citación a declarar como imputado, traslado a la Junta de Disciplina, etc.

También puede ser clara la situación en los sumarios administrativos en general, respecto del allí imputado: p. ej. en los procedimientos contravencionales, respecto del presunto contraventor. Igualmente, en un recurso jerárquico o reclamo administrativo en el cual se discuta alguna cuestión sustantiva, tales como percepción de haberes, indemnizaciones, cumplimiento de obligaciones de la administración frente al particular, etc., serán siempre actos interlocutorios los de apertura a prueba, pases, traslados, providencias de prueba, etc.

Sin embargo, esto que puede parecer claro en relación al interesado principal en el procedimiento, puede no serlo en absoluto respecto de otros sujetos de derecho que participen en él. Si el letrado del recurrente es sancionado durante el trámite del recurso por atentar contra el decoro y el orden procesal (art. 1º, ap. b), del decreto-ley 19.549/72 y art. 6º de la reglamentación), ese acto sancionatorio al letrado será un acto interlocutorio o de mero trámite en lo que hace a su *cliente* en el recurso jerárquico. Pero es un acto definitivo en cuanto a sus derechos como *profesional* y sujeto de derecho y en consecuencia él puede impugnarlo mediante los recursos existentes contra los actos administrativos definitivos. Por ello y sin perjuicio de la continuación normal del trámite del recurso jerárquico, el letrado puede en un expediente distinto interponer un recurso jerárquico en virtud de su propio derecho como profesional, contra la sanción. Puede también, sin lugar a dudas, atacarla judicialmente.

De donde se desprende que el mismo acto —la sanción procesal—es un acto preparatorio en el expediente del recurso jerárquico patrocinado por el abogado, en lo que hace a su cliente; pero es un acto definitivo, e impugnabile como tal en lo que se refiere a los derechos del letrado mismo, en los expedientes de recursos que él por su parte inicie.

Del mismo modo, la designación de un sumariante Y con la orden de tramitar un sumario a la persona X, es un acto administrativo interlocutorio para el sumariado X, pero es un acto administrativo definitivo para el funcionario Y. La citación de un funcionario público como testigo, igualmente, es un acto administrativo definitivo en cuanto a su propia persona de funcionario público llamado a testimoniar, pero es un acto administrativo interlocutorio en lo atinente a la cuestión que se tramita en el procedimiento en virtud del cual ha sido llamado a declarar.

⁶¹ Y, desde luego, la excepción de algún acto que “impida totalmente la tramitación.”

En el procedimiento administrativo no hay diferencia formal entre acto definitivo e interlocutorio; un acto que puede considerarse interlocutorio en un procedimiento respecto de una persona, puede resultar definitivo respecto de otra persona alcanzada por él, la que puede iniciar otro procedimiento contra el mismo acto.

3.5.3. Conclusiones

Por ello somos de la opinión que si bien es acertado establecer que el acto puede ser impugnado tanto si sus efectos son respecto al trámite como al fondo de la cuestión, no lo es en cambio crear un sistema de recursos diferenciados para ambos casos. Por lo demás, resulta evidente que no será nunca fácil distinguir en un caso concreto y menos con criterio general, qué ha de entenderse por un acto administrativo definitivo o uno de mero trámite.

3.6. Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él

Otra distinción que el decreto-ley y su reglamentación establecen es la del acto que, sin resolver el fondo de la cuestión, impide totalmente la tramitación del reclamo interpuesto. En tal situación el acto recibe el mismo tratamiento que el acto llamado definitivo.

Un primer ejemplo claro es la resolución que ordene el archivo de las actuaciones en las cuales tramita el reclamo o pretensión del individuo: aunque no resuelve el fondo de la cuestión, impide totalmente la tramitación del problema de fondo y por ello la protección que se otorga al afectado por el acto es la correspondiente a los actos definitivos.⁶² Con mayor razón es impugnable y específicamente nulo, si el archivo tiene el alcance de denegar lo peticionado, sin motivación o fundamentación razonable, lo que determina su nulidad insanable.⁶³

También constituye un acto definitivo, o en todo caso es una infracción al ordenamiento que habilita la acción judicial de amparo, una decisión que no permite al interesado el acceso pleno a las actuaciones, fundándose en el supuesto carácter reservado o secreto de parte de ellas.⁶⁴

Un segundo caso podría ser el de una resolución que colocara al particular en total y absoluta indefensión, no permitiéndole acceso al expediente en el cual se formulan las apreciaciones o cargos en relación a los cuales debe formular su defensa: si bien el procedimiento puede materialmente continuar, no es una

⁶² Conf. PTN, *Dictámenes*, 196: 116, año 1991. En tales supuestos corresponde pues declarar la nulidad y ordenar a la administración que resuelva: CNFed. CA, Sala I, *Corni*, 12-II-98.

⁶³ CNFed. CA, Sala IV, *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98.

⁶⁴ CNFed. CA, Sala I, *Insaurraldi*, 27-II-98: se trataba de datos y evaluaciones de desempeño personal, que la administración pretendía eran sólo para informar al superior; se decidió en cambio, cons. 7º, 3º párr., “que la confidencialidad y reserva debe ser interpretada como tendiente a resguardar la intimidad del actor, más no utilizada en su propio perjuicio.”

continuación *útil*, porque no hay en tal situación intervención sustancial del interesado.

Una tercera hipótesis podría ser la de un traslado tan absolutamente fuera de lugar como para hacer notorio su carácter desviatorio del trámite: un procedimiento por infracción a la ley de vinos, enviado a la Dirección de Inmigraciones para inquirir sobre cuál es la situación en el país del presunto infractor; un procedimiento por infracción a disposiciones de tránsito, en el cual el expediente sea enviado a la Administración Federal de Ingresos Públicos para que analice las declaraciones de ganancias, IVA y bienes personales del interesado en los últimos diez años; una licitación pública en la cual se pide informes a la Dirección del Registro Civil sobre el mejor oferente, etc.

Estos ejemplos son obvios pero la experiencia no suele ser tan diáfana. Los casos reales de desviación del procedimiento presentan una gran dificultad de caracterización en cada situación particular, pues podría resultar que la indefensión no sea tan absoluta y completa, o que haya alguna razón en el procedimiento para justificar el requerimiento de una información aparentemente extraña al proceso que se debate.⁶⁵

Por ello, si bien es loable la solución de asimilar al acto definitivo, el que paraliza el procedimiento, creemos que lo erróneo es distinguir el acto de trámite y el de fondo. Esto originó innumerables dudas en la práctica, perjudicando los derechos del individuo: el afectado por un acto asimilable a definitivo, al cual se le den luego por perdidos los derechos de impugnación judicial, por resolverse que era un acto definitivo y haber él considerado que no lo era; el afectado por un acto que creía asimilable a definitivo, a quien se le rechaza la impugnación por resolver la administración o el juez que no lo era.

Todas estas diferenciaciones no justifican la inclusión de algún elemento propio a ellas en la definición formal de acto administrativo.

4. *Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos*

Según vimos, es impropio extender la clasificación de “actividad apta para producir efectos jurídicos” a aquellos actos que sólo tienen efectos jurídicos indirectos; en tal aspecto, dijimos que la posición adoptada por parte de la doctrina era demasiado amplia al extenderse a los actos que gocen de aptitud para producir efectos jurídicos tan sólo mediatos. Si el acto mismo no es por sí apto para producir efectos jurídicos directos, parece inapropiado calificarlo como acto jurídico.

A la inversa, algunos autores limitan en demasía el concepto y expresan que sólo considerarán aquellos actos que producen efectos jurídicos *fuera* del ámbito

⁶⁵ También existe la desviación de poder en el procedimiento, o *détournement de procédure*, que explican DE LAUBADÈRE ANDRÉ, VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., § 727, p. 583.

de la administración, no considerando los que produzcan efectos jurídicos *dentro del ámbito de la administración*.⁶⁶

Ese tipo de clasificación pareciera no ajustarse a la realidad del régimen jurídico, pues ninguna diferencia existe, sea en cuanto a la validez, impugnación, extinción, etc., entre el acto de efectos jurídicos relativos a los funcionarios públicos, p. ej. y el acto de efectos jurídicos respecto de los particulares. Como decía desde antaño CAMMEO, “todos los actos indicados por los autores como internos producen efectos jurídicos entre sujetos diversos y son entonces externos,” pues “tienen siempre efecto jurídico entre la administración y el funcionario,” además de que “el efecto de estos actos también puede hacerse sentir para los terceros.”⁶⁷

Podrá ocurrir, es cierto, que algunos actos no sean aptos para producir efecto jurídico en relación a los funcionarios, ni a terceros, ni a órganos administrativos; pero en tal caso la solución es simple: no son actos administrativos porque no tienen ningún efecto jurídico directo.

A la inversa, si dos actos tienen efectos jurídicos directos, se rigen por las mismas disposiciones y los mismos principios, les es aplicable el mismo régimen jurídico: No vemos qué razón puede existir para clasificarlos y definirlos separadamente, sólo porque unos produzcan efectos hacia afuera y otros hacia adentro.

Los actos aptos para ser productores de efectos jurídicos que se refieren a sujetos diferenciados de la administración pública, o que se refieren a funcionarios o entes administrativos, jurídicamente son análogos. No puede hacerse diferenciación en base a esas circunstancias; debe tomarse en cuenta sólo si el acto tiene o no efectos jurídicos directos, prescindiendo de quiénes son alcanzados por tales efectos.

Por ello carece de utilidad intentar distinguir los actos administrativos de efectos frente a terceros, de los actos administrativos de efectos entre distintos órganos o distintos entes administrativos. Dado que no existe ninguna diferencia importante de régimen jurídico, creemos que no es conveniente distinguir entre actos administrativos, actos inter-orgánicos y actos inter-administrativos.⁶⁸ Las posibles diferencias de régimen jurídico son reducidas y no justifican dentro del

⁶⁶ Perú, art. 1º; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 261; en otras ediciones corresponde a la p. 265; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 42. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 307-13, hace una clasificación de la *actividad* administrativa que incluye tipos de actividad interna, pero en cuanto a los *actos* su opinión se asemeja a la expuesta por nosotros: *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 192, pp. 231-2 y en *Derecho...*, *op. cit.*, § 229, p. 258, § 66, p. 83.

⁶⁷ CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 551; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 231-2, § 192; *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 258, § 229; p. 83, § 66; VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., p. 149; GARCÍA TREVIGIANO, *op. cit.*, p. 98: “distinción inaceptable, pues las normas internas son también jurídicas.”

⁶⁸ Así lo hace en cambio CASSAGNE, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 112-18, quien sigue en el punto a MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 120 y ss., t. II, p. 203 (206 en otras ediciones). Siguieron en cambio nuestro criterio LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 231; ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 308; DROMI, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 191.

sistema del decreto-ley 19.549/72 no aplicarles los principios que dicho cuerpo normativo determina para todos los actos administrativos.⁶⁹

5. *Quedan comprendidos los actos de contralor*

Incidentalmente, corresponde también aclarar que los actos de contralor que se realizan en la administración pública también constituyen actos administrativos cuando son aptos para producir efectos jurídicos inmediatos: Ello es así porque en nuestro sistema constitucional no es dable admitir que la administración ejerza función jurisdiccional en sentido estricto⁷⁰ y por lo tanto los actos de órganos administrativos que por su contenido puedan ser similares a los actos de la función jurisdiccional, se rigen a pesar de todo por los principios atinentes a los actos administrativos y como tales deben por ende ser conceptuados.

Ello comprende el caso de órganos tales como el Tribunal Fiscal de la Nación y organismos similares que puedan existir dentro de la administración pública, de acuerdo a la tendencia de muchos países de crear tribunales administrativos sin limitar el acceso ulterior a la vía judicial propiamente dicha.⁷¹ Claro está que cuando el acto administrativo es producido por un tribunal administrativo imparcial e independiente, es harto posible que la justicia ejerza el control con un mayor grado de deferencia, o *judicial deference*.

Con mayor razón aún, también son actos administrativos los que emanan de órganos que no tienen, como los anteriores, ciertas garantías de imparcialidad e independencia, sino que representan directamente a la administración activa: tal el caso de la AFIP, Administración Federal de Ingresos Públicos, a la que por más que la ley de en algún caso el nombre de "juez administrativo," lo cierto es que dicta actos administrativos y no, por supuesto, sentencias ni actos jurisdic-

⁶⁹ LINARES, en su ulterior *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 307-13, abraza la clasificación entre actividad interorgánica, interadministrativa, etc., de MARIENHOFF y CASSAGNE, pero no el concepto de acto administrativo ya explicado, que encuentra también en la actividad que ahora denomina interorgánica, p. 309, § 273.

⁷⁰ Lo explicamos *supra*, t. 1, cap. IX, § 8, "El problema de la «jurisdicción administrativa»,» a 19, "Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración." Ver también CSJN, *Fallos*, 284: 150, *Dumit*, 1972. Distinto es el caso en que se establezcan tribunales administrativos independientes para dictar el primer acto administrativo, sujeto a control judicial, como explicamos en "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa", en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962; previamente publicado bajo el título: "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; "Ángel Estrada," *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311; "La modernización de la administración pública," en *AIDA. Ópera prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, *opus* No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71.

⁷¹ Ver *supra*, nota 70 y sus referencias; también nuestro art. "Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas," *European Public Law Review*, en prensa.

cionales. En otras palabras, el acto por el cual la AFIP determina una obligación tributaria, p. ej., constituye un típico acto administrativo.⁷²

Desde luego, los actos de control no son necesariamente actos administrativos, sino sólo cuando producen efectos jurídicos directos; así entonces el control se manifiesta a veces por actos administrativos de autorización, aprobación, sanción, reparo u observación legal,⁷³ mientras que en otros casos el control se expresa a través de actos emanados de la administración pública que no son productores de efectos jurídicos directos, tales como las consultas, la visa, el informe, la inspección, etc.⁷⁴

6. Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos

6.1. La voluntad psíquica del agente

Al referirse a este requisito de que la actividad administrativa sea apta para producir efectos jurídicos como primera clasificación para llegar luego a un concepto de acto administrativo, algunos autores expresan que ha de tratarse de una declaración o manifestación de voluntad “*destinada* a producir efectos jurídicos.”⁷⁵ Nosotros, en cambio, entendemos que no corresponde hablar de una “*declaración* [...] destinada a producir efectos jurídicos,” como en el acto jurídico del derecho privado, pues tal formulación contiene una evidente referencia a la voluntad psíquica de un individuo actuante, lo que no es totalmente exacto en el caso del acto administrativo. Lo que corresponde destacar es si el acto *produce* o no, objetivamente, el efecto jurídico de que se trata; *si crea* o no relaciones jurídicas; si se *refiere*, trata o versa “*sobre* derechos, deberes o intereses,”⁷⁶ etc. No debe, por lo tanto, hacerse excesivo énfasis en el aspecto *subjetivo*. Esto es así porque el acto administrativo no es siempre la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: el resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley⁷⁷ y no sólo porque el funcionario lo haya querido.⁷⁸ En igual sentido expresa HUBER⁷⁹ que “la fuerza constitutiva no la tiene en el derecho

⁷² Ver JARACH, *Curso superior de derecho tributario*, op. loc. cit., quien lo considera “acto jurisdiccional,” para rodearlo de mayores garantías. Ya vimos que para este fin no es necesario dar carácter “jurisdiccional” al acto, y que ese reconocimiento produce el efecto contrario del buscado, pues de hecho limita su revisión judicial y da mayor atribución que la que corresponde al órgano administrativo. Ver *supra*, t. I, cap. IX, § 8 a 19.

⁷³ Ampliar en SILVA CIMMA, ENRIQUE, *El control público*, Caracas, 1976, p. 76 y ss., quien explica los distintos casos en relación al derecho venezolano.

⁷⁴ Ver y ampliar en SILVA CIMMA, op. cit., pp. 81-3, 86-7, 90.

⁷⁵ SAYAGUÉS LASO, op. cit., t. I, p. 381; BREWER CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 101.

⁷⁶ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, LL, 1955, 5ª ed., p. 18.

⁷⁷ URZÚA RAMÍREZ, CARLOS FERNANDO, *Requisitos del acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, pp. 36-42.

⁷⁸ El derecho atiende más a la *voluntad* declarada, no a la *intención* del agente: STASSINOPOULOS, op. cit., pp. 39 y 40 y sus referencias. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 208.

⁷⁹ HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 737.

público la *voluntad* del órgano que actúa por el Estado, sino la *declaración* a la que la Constitución y las leyes dan fuerza jurídicamente vinculante. La validez del acto estatal no se relaciona entonces con la real voluntad psíquica de las personas, sino con el derecho objetivo.” Puede ocurrir que el agente haya tenido —subjetivamente— ciertos objetivos, pero que el acto concreto resulte atender válidamente a otros; que la voluntad de uno de los funcionarios que interviene en el acto no coincida en cuanto a su finalidad con las de otros funcionarios que participen en él, sin que esa falta de coincidencia se traduzca en el contenido del acto; que el acto produzca efectos contrarios a los queridos por el agente, por incapacidad para expresar adecuadamente su voluntad, sin que por esa disfunción el acto resulte inválido; que la voluntad del agente dicte el acto con el “destino” de producir cierto efecto, pero que el acto dictado sea objetivamente inapto para producir ese efecto o cualquier otro, etc. A veces el vicio de la voluntad psíquica del agente constituye un vicio del acto, por desviación de poder o los vicios clásicos de la voluntad, pero la voluntad psíquica en el acto administrativo no opera lo mismo que en el acto jurídico privado. En definitiva, los efectos jurídicos que deba producir la declaración se aprecian en gran medida con arreglo al sentido objetivo del obrar del agente⁸⁰ y ello muestra la inconveniencia de aquel modo de estipular una definición. Aunque la voluntad del agente puede tener trascendencia respecto del acto administrativo (casos de vicio por error, dolo, violencia,⁸¹ desviación del poder, simulación),⁸² aún entonces puede ocurrir en el derecho administrativo que el vicio presuntamente psicológico del agente público sea analizado y evaluado con relación al actuar *objetivo* de la administración y no a la voluntad *real* del o los funcionarios intervinientes.⁸³ No son extraños los casos en que el vicio de voluntad que haya tenido el agente administrativo y que hubiera viciado el acto de tratarse de un acto jurídico de derecho privado, deja incólume el acto administrativo, porque lo más importante en él no es esa voluntad psicológica del funcionario sino la adecuación de los hechos a su descripción normativa. Ha despertado interés en la doctrina nacional la propuesta de considerar que “es válido y correcto, si es legal y objetivamente justo, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental;”⁸⁴ la doctrina argentina se ha manifestado

⁸⁰ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 291; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 208.

⁸¹ El acto obtenido por violencia no puede ser válido: CASSAGNE, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 193, quien se aparta así de MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 511-2. Un acto en el cual existe corrupción tiene desviación de poder, dolo e inmoralidad: es insanablemente nulo.

⁸² Sobre la simulación, incluso cuando se altera el lugar o la fecha, nuestra opinión se inclina por la invalidez, no así la jurisprudencia: GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 57, “Antedatar sin costas,” p. 135, nota al fallo *Bonfiglio*, 1996, CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1997-B, 405.

⁸³ Un claro ejemplo en *De la Torre*, 1961, Sala CA, Cám.Fed. Cap., *RAP*, 2: 96, Buenos Aires, INAP, 1961, con nuestra nota “La desviación en el poder del derecho argentino.”

⁸⁴ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 291; HUBER, *op. cit.*, p. 737; PETERS, *op. cit.*, p. 167; FERNÁNDEZ DE VELASCO, ROCAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, pp. 185-7; STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pp. 38-9, extiende la solución a cualquier caso de incapacidad *civil* del agente que dicta el acto administrativo.

alguna vez en contra,⁸⁵ pero en general prefiere introducir distingos más puntuales,⁸⁶ siguiendo a una parte de la doctrina española.⁸⁷ En cualquier caso, cabe recordar la tendencia del derecho privado moderno hacia ampliar, no restringir, la capacidad jurídica del enfermo mental; no se advierte por qué ello no habría de ser tenido en cuenta por el derecho público.⁸⁸

Todo acto que puede producirse electrónicamente necesitará la racionalidad del resultado que se produzca, más que la racionalidad del autor o del empleado que lo suscribe; lo mismo vale para certificados, constancias, etc. Ya hoy en día pueden vislumbrarse algunas declaraciones productoras de efectos jurídicos, en las cuales la voluntad de la administración no está en verdad detrás del acto como voluntad psíquica de una persona, sino como voluntad *lato sensu* del aparato administrativo. Cuando un agente de tránsito opera una llave para cambiar una luz de tránsito, su voluntad está presente en forma inmediata en el acto, del cual la señal lumínica es exteriorización; pero cuando por un mecanismo electromecánico o electrónico, en suma automático, puesto por la mano del hombre, la luz se enciende a intervalos conforme un programa, también los particulares están obligados por las señales lumínicas, del mismo modo y con iguales alcances que si

⁸⁵ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 284; (288 en otras ediciones y reimpresiones).

⁸⁶ COMADIRA, *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 7º y 8º, § 5.1, pp. 183-4; *Derecho...*, *op. cit.*, cap. I, § 4, p. 5 y cap. II, § 1.5.1, pp. 38-9; *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, cap. 2, § 2.1, pp. 5-7; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, "La voluntad psicológica del agente como elemento del acto administrativo," *RAP*, 224: 20, 22-3, Buenos Aires, 1997, p. 20: tratándose de actividades principalmente regladas, se aplicaría una teoría objetiva; si discrecionales, la subjetiva; comp. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 129. En la teoría objetiva se enrola FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 18 y ss.; en la subjetiva, además de MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III, p. 278, CASSAGNE, *El acto...*, *op. cit.*, p. 270, aunque esta última tesis tampoco es absoluta, ya que este autor sostiene que el acto viciado de falsedad en la expresión de la fecha —dolo o simulación— es de todos modos válido: *Derecho...*, t. II, *op. cit.*, p. 187 y ss. Con lo cual el balance no puede establecerse en teorías objetivas, subjetivas o mixtas, sino más bien en dónde se pondrá el acento. Distinguir derechos según su naturaleza discrecional o reglada es una forma muy tradicional de ver la cuestión, que se puede remontar al contencioso administrativo francés, que se siguió en América Latina desde el siglo XIX, p. ej. LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, UNAM, 1978, reproducción facsimilar de la 1ª ed. de 1852, pp. 60-1.

⁸⁷ En particular, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Thomson/Civitas, La Ley, 2006, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, p. 461, distinguen entre el ejercicio de facultad reglada en que la voluntad sería intrascendente y el facultad discrecional, en que existe lugar para la subjetividad del agente.

⁸⁸ En el derecho privado ver DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, "Autoría e imputación en el ámbito contractual (a propósito del artículo 473 del Código Civil)," *LL*, 1998-C,1215 y sus referencias, en especial KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "La demencia como base de las nulidades en el Código Civil," en la *Revista de Derecho Privado*, Santa Fe, 1996, p. 9 y ss. En el mismo sentido cabe interpretar el criterio general sentado por la CSJN en el caso *Trufano*, *LL*, 2006-B, 36, que explica y contextualiza DIANA, NICOLÁS, "Las personas con padecimientos mentales y sus derechos," *Res Publica Argentina*, RPA 2006-3: 55/74, esp. 63-65 y su anterior "La garantía del debido proceso no se agota en una ilusión o ficción formal de legalidad," *LL*, 2006-C, 231. Para un mayor desarrollo del contexto de la salud mental ver también KRAUT, ALFREDO J., y DIANA, NICOLÁS, "La salud mental ante la ley en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ¿Permanece como un problema de interpretación judicial?" *JA*, 2004-III, 1017; "La salud mental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ¿Un problema de interpretación judicial?" *JA*, 2002-IV-1023.

el propio agente de tránsito estuviera allí presente operando la llave que enciende la luz.⁸⁹ No se advierte entonces el por qué de las resistencias, en nuestro medio, a la utilización de operaciones en base a un *software* encriptado e inviolable, para registrar fotográficamente las infracciones de tránsito.⁹⁰

Si alguien acude a la Caja de Valores a percibir la renta de bonos públicos o realiza cualquier otra operación en no importa qué entidad pública o privada, el mecanismo es siempre el mismo. El empleado de la ventanilla lo más que hace es constatar su identidad e ingresar sus datos en la computadora. Si los datos de ésta le indican que debe pagar algo, oprime el pertinente *Enter* y la impresora emitirá un documento, que el empleado de ventanilla firmará, sellará y pagará, sin prestar atención a la parte *decisoria* de la transacción, sólo a su correcta *operación material* en la entrega de la cantidad de dinero expresada por los documentos que la máquina le presente. ¿Se puede acaso hablar de la voluntad psíquica del agente en resolver realizar el pago? Obviamente su voluntad personal sólo interviene para hacer funcionar la máquina y cumplir lo que ésta indica. Él no resuelve nada que no esté previamente resuelto en la computadora. Sin embargo, su transacción sigue constituyendo un acto jurídico, nos guste o no la denominación. Allí el ser humano aparece un poco más devaluado, casi al nivel de una luz de tránsito que se opera automáticamente. Lo mismo puede decirse de las operaciones realizadas con un cajero automático o *teller machine*. Si hay fondos, la máquina pagará; si uno quiere recibo, se lo imprimirá, numerará y fechará. No ha intervenido ser humano alguno en la operación concreta, pero ella no deja de ser un pleno negocio jurídico. No le pone una firma digitalizada, pero técnicamente se podría satisfacer esta peculiar petición si alguien lo deseara. Los bancos cobran un recargo al cliente que quiere la atención de una persona física que le firme el recibo (un cajero verdadero, de carne y hueso, no automático) y se lo selle a la usanza antigua, para punir la erogación que ocasiona. De similar manera, en los sistemas previsionales actuales cada vez se advierte más la progresiva mecanización de su funcionamiento: los expedientes son resueltos con rutina y poca posibilidad de creatividad personal. Ello hace a su vez pensar en la posibilidad de introducir la computación, como mecanismo tan idóneo o mejor que los empleados del sistema, para producir tales decisiones de rutina en

⁸⁹ Conf. DIEZ, t. II, *op. cit.*, 1ª ed., p. 270; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310; en otras ediciones y reimpressiones corresponde a la p. 314; *infra*, cap. X, § 9.2, “Signos.” A similares disquisiciones puede llevar el viejo Código Civil distinguiendo la prescripción de las servidumbres según esté o no presente la voluntad humana, como hemos observado en nuestro artículo “Excepción —sin reconvencción— de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo,” LL, 1996-B, 477; reproducido en *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1ª ed., cap. X. De todas maneras, conviene recordar que nos hemos apartado de la solución en cuanto al fondo del problema allí comentado, en *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. V.

⁹⁰ Dicho de otra manera, entendemos los atavismos que el automóvil despierta en la mente humana, pero no aceptamos que sea racional trasladarlo a la formulación jurídica del problema. Ver *infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas;” cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

los casos comunes;⁹¹ sus posibles aplicaciones son verdaderamente exponenciales en los años venideros, tanto en el sector privado como público. Allí se advierte otra vez que, más que encontrarnos ante una decisión de un agente público, nos hallamos simplemente ante una declaración objetivamente apta para producir efectos jurídicos directos, realizada en ejercicio de la función administrativa, que recibirá el mismo tratamiento por el orden jurídico aunque no provenga de la voluntad individualizada y concreta de un funcionario.

6.2. *Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones*

A todo lo hasta aquí expuesto cabe agregar que la actividad administrativa y el acto administrativo no se refieren únicamente a situaciones en que puede al menos existir una *voluntad destinada a obtener un fin*, sino que también abarcan situaciones en las cuales el fin del acto se agota con su misma emisión, o en las cuales no existe *ni puede existir* finalidad alguna que una voluntad pueda perseguir: es el caso de las registraciones, certificaciones o constataciones⁹² y el de las manifestaciones de juicio u opinión en que la administración, a pedido de un interesado, declara conocer cierto hecho, certifica cierta denuncia, etc, sin perseguir finalidad ulterior alguna, que la doctrina admite puedan constituir expresiones de la actividad administrativa, dotadas de efectos jurídicos plenos,

⁹¹ Dice en efecto SPIROS SIMITIS, "El procesamiento electrónico de datos y el derecho," en *Revista Jurídica Panameña*, 2: 23, Panamá, 1975, p. 23 y ss., traducido de la revista *Law and State*, Tübingen, 1972, n° 6, que "Las consecuencias de la importancia creciente de una administración de bienestar social son obvias; el número de ciudadanos que establecen una relación permanente con la administración aumenta constantemente, y al mismo tiempo los programas que han de cumplirse dependen de cálculos extremadamente complicados. La llamada pensión móvil es solamente un ejemplo de la actual situación. Desde el seguro social hasta las pensiones alimenticias y las diversas formas de pensión, el procesamiento electrónico de datos es en la actualidad una parte de la labor administrativa cotidiana."

⁹² Entre otros, expresan que las certificaciones no son manifestaciones de voluntad. VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1962, p. 345; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 242 y ss.; RANELLETTI, ORESTE, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, p. 3. Su carácter de actos administrativos es generalmente aceptado, como actos registrales; así p. ej. ALTAMIRA, *op. cit.*, p. 329, siguiendo a FORSTHOFF, expresa "no contienen ninguna disposición sobre una situación jurídica, nada fundan y nada modifican. Únicamente tienen la misión de constituir medios probatorios, en eso radica el efecto jurídico que emana de ellos." En el derecho argentino, un ejemplo típico son las inscripciones en el registro de la propiedad, que no sólo generan la responsabilidad de la administración en caso de ser erróneas —*supra*, t. 2, cap. XX, esp. fallos citados en la nota 9.2—, sino que también dan lugar a recursos administrativos especiales, como puede ser el caso del decreto-ley 17.414/67, art. 14 y ss. En materia de automotores puede verse "El dominio de automotores y su inscripción en registros administrativos," *ED*, 6: 291. Véase también, con sentido más general, GONZÁLEZ BERENGUER URRUTIA, "Sobre la actividad certificante de la Administración," *Revista de Administración Pública*, 38: 225, Madrid, 1962; LUTHY, WOLFRAM, "Las inscripciones constitutivas de derechos," *Revista Notarial*, La Plata, 1963, p. 748 y ss. Lo mismo puede decirse de actos tan trascendentales como la inscripción en el Registro Civil de un nacimiento, un casamiento, una partida de defunción, etc.: en todos los casos no hay otro contenido del acto que la mera certificación, a pesar del carácter fundamental de lo que en el caso se certifica.

a pesar de carecer de aquel elemento teológico o finalista.⁹³ Con el proceso de verificación de antecedentes penales ocurrirá pronto lo mismo: El sistema y no una persona física proporcionará el dato válido y eficiente para producir los efectos jurídicos correspondientes. Por todo lo expuesto, con decir declaración es suficiente, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad — dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento — atestación o certificación)⁹⁴ y opinión o juicio.⁹⁵

Hay por fin situaciones mixtas en que la inscripción en un registro público no es mera constatación administrativa, sino que supone el ejercicio por el agente de una función de control de legalidad. Así ocurre con la inscripción en los registros de patentes⁹⁶ y marcas, en el Registro Público de Comercio de las reformas y modificaciones de estatutos de sociedades anónimas,⁹⁷ etc. Se discute si el acto no inscripto obliga a las partes antes de la inscripción,⁹⁸ lo que recuerda el análogo debate en materia de notificación.⁹⁹

De este modo vemos dos concepciones sobre el acto registral: quienes lo aproximan a una constatación o en todo caso una actividad reglada de la administración y quienes consideran que la administración tiene algún margen de ponderación discrecional. Lo segundo ha probado ser fuente de abusos, como ha ocurrido con el registro de entidades de consumidores previsto por el art. 42 de la Constitución.

⁹³ Como dice CAMMEO, *op. cit.*, p. 558: estos actos “producen efectos jurídicos independientemente de la voluntad de producir el efecto práctico correspondiente;” “cuyos efectos jurídicos son independientes de la voluntad del agente” (*op. cit.*, p. 559). En igual sentido MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 403; en otras ediciones o reimpressiones es la p. 407: “Tales efectos no derivan [...] de la voluntad de la Administración Pública, sino de la ley;” también ha seguido este criterio FERNANDES DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Ato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 34.

⁹⁴ VIGNOCCHI, GUSTAVO, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 26-8, distingue a su vez entre actos certificantes y *accertamenti*: inscripción en el Registro de la Propiedad, Registro Civil, Registro de la Propiedad Automotor, en listas electorales, en la oficina recaudadora de impuestos, registros o inscripciones catastrales, registro de industrias, timbres y estampillas de control sobre objetos determinados, tales como pesas y medidas, etc. Como se advierte, es un campo bastante amplio. Puede a su vez tomar nuevas dimensiones con el cambio tecnológico: así como las pilas tienen un indicador visual de carga, algunos productos perecederos tienen un indicador de si se ha roto la cadena de frío. En esos supuestos la discusión será como con los semáforos: ¿Es un acto administrativo o un hecho al cual el derecho asigna consecuencias jurídicas? Volvemos, siempre, a la teoría general: T. I, cap. I.

⁹⁵ En igual sentido FERNANDES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁶ Ley 24.481, modificada por la ley 24.572; revista *Antecedentes Parlamentarios*, LL, 1996-B, 2345. La Oficina y el Registro de Transferencia de Tecnología pasa del INTI al INPI.

⁹⁷ Decreto-ley 19.550/72, art. 167.

⁹⁸ Ver CNac. Com., Sala B, *Riello*, LL, 1980-B, 651, ED, 88: 250; HALPERÍN, ISAAC., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., p. 121; NISSEN, RICARDO M., *La ley de sociedades comerciales*, t. 3, Buenos Aires, 1985, pp. 32-3; ADROGUÉ, MANUEL I. y GARCÍA CUERVA, HÉCTOR M., “La publicidad registral de la constitución y disolución de las sociedades comerciales y de las modificaciones al contrato social,” LL, 1978-D, 1032; FARGOSI, HORACIO P., “Sobre la reforma no inscripta del estatuto de sociedades anónimas,” LL, 2000-D, 1276. En patentes y marcas parecería más claro que el acto nace recién con la publicación del registro. Pero se puede reproducir la discusión que distingue el acto de su publicidad. Ver también *supra*, nota 94.

⁹⁹ Ver *supra*, § 2.3, “La cuestión de la notificación;” *infra*, cap. X, § 11.1, “¿La publicidad no integra el acto?”

Primero fue creado por resolución y dió lugar a acciones judiciales por arbitraria denegación de inscripción;¹⁰⁰ luego se resolvió que era suficiente con la inscripción como persona jurídica,¹⁰¹ decisión que también adoptó la CSJN constatando de paso que el Congreso no había dictado la ley prevista en el art. 42.¹⁰²

Una situación parecida, con otros niveles normativos, se da con referencia a la inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas que mandó crear la ley 23.302 de 1995 y que hasta el comienzo del milenio todavía no estaba implementado. Pero en todo caso, la Constitución de 1994 reconoce implícitamente la preexistencia étnica y cultural de las comunidades indígenas¹⁰³ y su derecho a la personalidad jurídica. En las circunstancias y dado el tiempo transcurrido debería reconocérseles personalidad jurídica *per se*, como a las personas físicas, sin supeditar su existencia jurídica a la creación de un registro que la administración demora tanto en crear. Mientras el registro no se cree, no puede privarse del derecho a la personalidad por el incumplimiento de un requisito que la administración ilegalmente omite respetar. No haría falta *inter tantum*, a nuestro juicio, necesidad de acto administrativo registral.¹⁰⁴

6.3. Conclusiones

Por ambos tipos de razones: *a)* que la finalidad de la voluntad del agente puede no coincidir con los efectos que el acto produce, sin que esto afecte siempre su validez; *b)* que ciertos actos carecen totalmente de finalidad ulterior (certificados, etc.), lo que no les impide producir directamente efectos jurídicos propios, lo correcto es hablar de una actividad “*que produce* [...] efectos jurídicos directos”; antes que de una actividad “*destinada* a producir efectos jurídicos directos.”

No seguimos, por lo tanto, la distinción que entre acto administrativo y acto material propugnan algunos autores, entendiendo que los primeros son los “destinados” a producir efectos y los segundos “declaraciones de voluntad realizadas por la administración pero sin el propósito de producir un efecto jurídico determinado”,¹⁰⁵ pues si estos últimos pueden ser apatos para producir y producen, efectos jurídicos,¹⁰⁶ no existe fundamento de derecho que permita excluirlos del mismo concepto. Si por la distinción, en cambio, se quieren separar los efectos *lícitos* de los *ilícitos*, ello es también inadecuado, según se verá en el número siguiente.

¹⁰⁰ *Consumidores Libres*, CNFed. CA, Sala I.

¹⁰¹ *Adecua c/ Enargas*, CNFed. CA, Sala IV, LL, 1998-F, 339, cons. III.

¹⁰² CSJN, *Asociación Benghalensis*, 2-VI-2000.

¹⁰³ CNFed. CA, Sala II, *Asociación Indígena Argentina, LL*, 2000-B, 700.

¹⁰⁴ Este criterio tiene paralelismo, adaptado a las comunidades indígenas, con Sala IV, *Adecua c/ Enargas*; CSJN, *Asociación Benghalensis*, que citamos *supra*, notas 6.27 y 6.28.

¹⁰⁵ BREWER CARÍAS, *Las instituciones...*, *op. cit.*, p. 118; BUTTGENBACH, ANDRÉ, *Manuel de droit administratif*, Bruselas, 1959, p. 325, nota 3; esta distinción es usual en la doctrina francesa.

¹⁰⁶ BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 101, nota 4: “Entiéndase bien, que hablamos de actos materiales porque esos actos no tienen por finalidad ni por objeto producir una consecuencia jurídica determinada. Por tanto, no queremos decir que no produzcan consecuencias de derecho.”

7. Los efectos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos

De acuerdo a una socorrida concepción del derecho privado, algunos autores han querido encontrar también en el derecho administrativo, que el acto debe estar destinado a producir efectos jurídicos lícitos,¹⁰⁷ excluyéndose de la noción a aquellos que producen, o están destinados a producir, efectos ilícitos. De este corte son las concepciones que distinguen entre acto jurídico y acto material y aquellas que ubican a la teoría del acto administrativo dentro de la teoría del acto jurídico lícito,¹⁰⁸ como hace el derecho privado.

Este criterio no es consecuente con el resto de la teoría del derecho administrativo ya que ésta se halla consustanciada con la presencia de actos administrativos que, sin perder su calidad de tales, tienen vicios que los tornan ilegítimos o inválidos, es decir ilícitos o antijurídicos. Que la administración haya tenido en mira precisamente esos efectos, o que por un error haya dictado un acto destinado a producir efectos contrarios a derecho, no ha de privar a su acto de la condición de acto administrativo. Ello está consagrado en muchas instituciones de derecho administrativo: *a)* se ha dicho así que un acto administrativo regular, aunque viciado en grado de anulabilidad, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente,¹⁰⁹ se postula en cambio que esa característica no es denotable del acto nulo o nulo de nulidad absoluta en otra terminología; *b)* como consecuencia de lo anterior, cuando el derecho argentino establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales judiciales impropriadamente llamados “de lo contencioso-administrativo”¹¹⁰ en un juicio contra el Estado, está admitiendo también que el acto viciado es o puede ser del Estado; *c)* cuando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve,¹¹¹ también se reconoce que el acto no ha perdido su calidad de tal a pesar del vicio que tiene; *d)* en materia de funcionarios de hecho —aquellos que tienen un nombramiento irregular— se admite también que sus actos son administrativos, válidos o anulables según el caso, pero administrativos al fin.¹¹²

Más aún: nunca podría hablarse de nulidad de un acto administrativo si se aplicara dicho criterio, porque todo vicio determinante de nulidad implicaría una

¹⁰⁷ O legítimos; no creemos que deba ensayarse una distinción entre licitud o validez y legitimidad del acto administrativo, como lo hace FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, 2ª ed., Nápoles, Jovene, 1964, p. 29 y ss.

¹⁰⁸ Comp. FORTI, UGO, *Lezione di diritto amministrativo*, t. II, Nápoles, 1950, pp. 49 y 50, para quien en el acto ilícito el efecto “es siempre contrario a la voluntad interna en el sujeto.”

¹⁰⁹ Ampliar *infra*, cap. V, § 2, “La presunción de legitimidad. Crítica,” a § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad.”

¹¹⁰ Sobre el equívoco ver *supra*, t. 2, cap. XIII, § 1, “Dificultades del tema,” a § 5, “Superación de la confusión entre el «contenciosoadministrativo» provincial y el derecho procesal federal.”

¹¹¹ Ver *infra*, cap. VI, § 7, “El problema de la regularidad del acto.”

¹¹² Ver *infra*, cap. VIII, § 11.1.

extralimitación legal y por lo tanto un acto material. En tal criterio, sólo serían actos administrativos los actos *válidos* emanados de una autoridad pública, lo cual parece difícil que la jurisprudencia acepte por ahora y no es en todo caso la solución del art. 12 del decreto-ley 19.549/72.

Sin embargo, ha de tenerse presente el carácter sistemáticamente autoritario de la norma, como ha señalado acertadamente MAIRAL,¹¹³ quizás deba considerarse cambiar el rumbo y aproximarse a la solución del derecho privado en el que sólo es acto jurídico el acto válido, no así el inválido.

El uso del derecho privado se desprende de asignarle al término jurídico no la calificación de creador de efectos *jurídicos*, sino la de *válido*. De cualquier manera, es claro que hasta el presente ello no ocurre en relación al término *administrativo*. En suma, el acto administrativo también puede producir efectos antijurídicos, sin dejar de ser acto administrativo por esa circunstancia,¹¹⁴ salvo el caso de inexistencia.¹¹⁵

8. Lo atinente a la moral

De lo expuesto se sigue que si los efectos del acto son ilícitos o antijurídicos el acto estará viciado de nulidad o anulabilidad, según los casos, pero no por ello deja de ser conceptualmente un acto administrativo.

Lo mismo cuadra decir de la moral: es claro que un acto contrario a la moral es ilegítimo y debe ser anulado, pero no por ello podría decirse que la moral sea un elemento del acto administrativo,¹¹⁶ pues ésta no es sino un aspecto más de la licitud o validez del orden jurídico: un acto contrario al orden jurídico es nulo, principio éste que cubre el caso de un acto inmoral, que también será nulo por contrario a derecho. En consecuencia, si bien la violación de la moral puede ser un vicio en lo que respecta al objeto del acto, la moral en sí no puede considerarse elemento del acto, como la licitud tampoco es elemento del acto, salvo en un sentido muy lato. Volveremos sobre este punto al referirnos a la inmoralidad como vicio del objeto del acto.¹¹⁷

¹¹³ *Supra*, “Introducción,” § 7, “Una «respuesta coherentemente autoritaria;» MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 773.

¹¹⁴ Ver GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 395. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 209.

¹¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 245: 280; 259: 11, “El conocimiento del vicio —además de que debe ser fehacientemente acreditado—, no puede jamás derivarse de la concepción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley, ni colegirse de aquella conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado.” Ver PTN, dictamen 285/06 en *LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), pp. 70-6, esp. II.2, p. 75, con nota de ALONSO REGUEIRA.

¹¹⁶ La forma de efectivizar en derecho la vigencia de la moral, es sancionar con la *nulidad* su violación, pero no en darle un carácter estructural, que no tiene, dentro de los elementos del acto administrativo. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 267. La misma discusión se ha planteado en Francia antes que aquí y la respuesta pareciera ser la misma: DE LAUBADÈRE, VENEZIA Y GAUDEMET, *Droit administratif général*, *op. cit.*, 15ª ed., § 721, p. 539 y sus referencias.

¹¹⁷ Ver *infra*, cap. VIII, § 9, “Inmoralidad. La ética pública.”

9. *Los efectos jurídicos según sean unilaterales o bilaterales, individuales o generales*

Otra distinción que ha sido propuesta dentro de los efectos jurídicos que produce la actividad administrativa, es la que estudia si deben incluirse en el concepto los actos de efectos bilaterales (contratos administrativos) y los actos unilaterales de efectos generales (reglamentos administrativos). El tema lo consideraremos posteriormente,¹¹⁸ aunque podemos adelantar aquí que en un concepto *amplio* de acto administrativo estarían comprendidas las tres hipótesis (acto bilateral, acto unilateral general, acto unilateral individual), pero que en un concepto más restringido, que es el que adoptaremos por las razones que se verán, sólo se tomarán en cuenta los actos *unilaterales e individuales*. Este criterio se adopta con la aclaración de que no por ello dejan de serles aplicables a los otros actos ciertos principios jurídicos comunes a todos los actos jurídicos de la administración.

III. *Efectos públicos o privados del acto*

10. *Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa*

De lo hasta aquí expuesto concluimos que el acto administrativo es una declaración realizada en el ejercicio de la función administrativa; pero puesto que por función administrativa hemos entendido, entre otras cosas, toda la actividad realizada por órganos administrativos,¹¹⁹ corresponde que nos refiramos ahora a una vieja distinción en el derecho administrativo: la posibilidad de que un órgano administrativo actúe bajo normas de derecho privado. Hay autores para los cuales una parte de la actuación de los órganos administrativos se rige por el derecho privado; consideran por ello necesario aclarar que el acto administrativo es aquel realizado en el ejercicio de una potestad pública.¹²⁰ Esta doctrina establece una distinción entre actos administrativos (dictados en ejercicio de una potestad pública) y actos civiles de la administración (dictados en ejercicio

¹¹⁸ Ver *infra*, cap. IV, § 5 a § 12.

¹¹⁹ Hay doctrinas que reconocen a la administración “reservas” de ley y jurisdicción, en contra del sistema constitucional: t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración,” § 7.1 a 7.3; cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»” a § 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración.”

¹²⁰ VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 112; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 195. BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, 6ª ed., p. 159, excluye los “actos de gestión privada” de la administración; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, pp. 255-8; en posteriores ediciones es la p. 260. En derecho internacional se distingue a veces, a los efectos de someter a otro Estado a una jurisdicción distinta de la propia, si ha actuado *iure imperii* o *iure gestionis*, p. ej. CSJN, *Cerealera Asunción SRL*, 1998, *Fallos*, 321-2: 2594: se reconoció la *jurisdicción internacional del juez argentino*. Se llega así a sutilezas macabras, *v.gr.* si puede estar bajo inmunidad soberana la comisión de delitos de lesa humanidad, como se postula en algunos votos de la Cámara de los Lores en *Regina v. Evans, LL*, 1999-A, 431, año 1998. Ampliar en GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007. En contra: DIEZ, t. I, *op. cit.*, p. 368; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 210; DROMI, *op. cit.*, p. 191.

de la actividad de la administración que de acuerdo a tal doctrina es regida por el derecho privado).

11. *La distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo es una aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado*

Esa distinción evidentemente intenta revivir una de las consecuencias concretas de la superada doctrina de la doble personalidad del Estado (como persona de derecho público y como persona de derecho privado)¹²¹ de la que la doctrina argentina se ha apartado con uniformidad;¹²² no vemos en consecuencia cómo puede postularse la existencia de dos categorías de actos distintos, cuando no se admite la existencia de dos personalidades distintas. No creemos que pueda soslayarse la cuestión afirmando que el Estado tiene una sola personalidad, pero que actúa según los casos en el campo del derecho público o del derecho privado,¹²³ pues si se estima que ello es así en materia de personalidad, es lógico que lo mismo debe ocurrir en materia de actos: podrá haber, entonces, actos administrativos de aplicación en el derecho público y *actos administrativos cuyo objeto o campo de aplicación será el derecho privado*.¹²⁴ A mayor abundamiento, es de hacer notar que si se habla de un acto civil de la administración, distinto del acto administrativo, debe suponerse que el primero no se dicta en ejercicio de la función administrativa; sin embargo, no todos los autores que niegan la doctrina de la doble personalidad estarían dispuestos a aceptar dos tipos diversos de funciones en el sujeto actuante. Es más, son precisamente los autores que admiten la teoría de la doble personalidad los que, consecuentes con sí mismos, admiten dos funciones diferenciadas —una pública o administrativa y otra privada— y dos clases de actos diferenciados: actos civiles de la administración y actos administrativos.

Por todo ello, los autores que no aceptan la teoría de la doble personalidad —lo que pareciera ser corriente dominante, al menos en nuestro país— no pueden, sin incurrir en contradicción, aceptar la distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo.

12. *El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto administrativo*

Además de lo expuesto, que hace a la falta de unidad conceptual del criterio enunciado, debe agregarse que no es exacto, en el derecho argentino, que existan partes de la actividad administrativa que se encuentren reguladas por el derecho civil en forma integral o siquiera principal.

¹²¹ Confr. FIORINI, *op. cit.*, p. 277; SAYAGUÉS LASO, t. I, *op. cit.*, p. 387.

¹²² *Supra*, t. 1, cap. III, § 16, “Instituciones adjetivas de contralor” y § 17, “Los derechos individuales en el Estado de Derecho.”

¹²³ CASSAGNE, *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 121-4.

¹²⁴ Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 210.

No negamos totalmente la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos,¹²⁵ pero sostenemos que ello no justifica que se diga que en tales casos los actos de los órganos administrativos sean actos jurídicos de derecho privado y estén excluidos del concepto de acto administrativo.¹²⁶

Cabe señalar al efecto que en las hipótesis que parte de la doctrina indica, el derecho privado se aplica sólo con referencia al objeto del acto dictado por la administración; y que en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma.¹²⁷

La afirmación precedente ha sido aceptada también por quienes propugnan la existencia de actos civiles de la administración; pero una afirmación tal vez excluye la otra: si lo principal del régimen aplicable al acto es el derecho público, no puede *jurídicamente* llamárselo *acto de derecho privado*. Esta primera observación basta para señalar la improcedencia de considerar que existan actos de derecho privado realizados por la administración. A lo sumo, podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado (objeto). Si falta la competencia, cae todo el acto que el derecho privado pueda haber cohonestado. Ello señala sin lugar a dudas la prevalencia que en estos casos tiene el derecho público sobre el derecho privado en la regulación del acto. La competencia se presenta como una condición previa y necesaria para poder hablar de acto; la competencia hace pues a la existencia misma del acto. Es posible advertir fácilmente que si el derecho privado no llegara a sostener jurídicamente al objeto de un acto dictado por un órgano público, la juridicidad del mismo puede todavía surgir del derecho público; pero que si el derecho público no sostiene la conformidad a derecho de la competencia ejercida, no puede el derecho privado socorrer la validez del acto. Ello vale también para el objeto del acto: Si es irrazonable, inequitativo, injusto, etc., en los supuestos previstos en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la ley 25.188 de ética pública, será inválido aún cuando esté aparentemente correcto en el ámbito privado.¹²⁸ La nulidad absoluta que proclama el art. 17 de la ley 25.188, en los supuestos de su art. 15, obviamente se aplica también a cualquier actividad de la administración que se pretenda regida por el derecho privado.

¹²⁵ Aunque es bastante excepcional en el derecho argentino: *supra*, t. 1, cap. VIII, § 3, “Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.”

¹²⁶ Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 210; D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. IV, § 68 y ss., p. 126 y ss.; comp. FIORINI, *op. cit.*, 1ª ed., p. 277; SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.*

¹²⁷ Conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 185, p. 294; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 256, nota 107, “ya se trate de un acto administrativo o de un acto civil, está siempre sometido a iguales o idénticas reglas como competencia, voluntad, forma, etcétera,” en posteriores ediciones y reimpressiones es la p. 260. CSJN, *Sánchez*, 2007, con nota de VIQUE, FRANCISCO JOSÉ, “Mucho más que una indemnización: La supremacía del derecho internacional ante el derecho interno,” en elaboración para LL.

¹²⁸ La equidad y la justicia tienen carácter sublegal en el Código Civil, pero suprallegal en el derecho administrativo, como se desprende de la señalada Convención.

Si a ello se agrega que también las formalidades y la voluntad (en lo que hace a su origen, preparación y formación) en la actuación de los órganos administrativos, se rigen por el derecho público, resulta que es impropio negar a estos actos el carácter de preponderantemente administrativos. En forma concordante se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación;¹²⁹ también DIEZ, que originariamente admitió la existencia de actos civiles de la administración,¹³⁰ no lo hizo posteriormente¹³¹ y expresó en cambio que “la interferencia del derecho privado en el derecho administrativo es [...] que, en dependencia de la naturaleza publicística del ente, todo el proceso de formación y de manifestación de la voluntad y de la actividad del mismo ente queda reglado por el derecho administrativo, aun cuando el objeto del acto [...] está [...] regido por el derecho privado.”¹³²

La solución que damos ha sido recogida por el decreto-ley 19.549/72, pues éste, en su art. 1º, establece que su ámbito de aplicación es “la Administración pública nacional, centralizada y descentralizada” y no excluye de su régimen actividad alguna que pudiera suponerse regida por el derecho privado. Incluso es de destacar que ciertos procedimientos especiales, que quedan excluidos en una primera etapa de la aplicación del decreto-ley (art. 2º), les es de aplicación supletoria el régimen que éste establece y se debe de cualquier modo adaptarlos progresivamente al régimen general (art. 2º, inc. b). Con ello resulta que los requisitos que debe satisfacer el acto administrativo de acuerdo al decreto-ley 19.549/72, tanto en materia de competencia, causa, objeto, procedimiento previo, voluntad, forma o formalidades concomitantes o posteriores (arts. 7º, 8º y cc.), son aplicables a todos los actos emanados de la administración pública, incluso aunque se refieran a materias de derecho privado. Por virtud de estas normas se acentúa aún más la predominancia del derecho administrativo en la regulación de los actos de la administración pública y se aleja concomitantemente la posibilidad de sostener, en el derecho positivo argentino, la existencia de actos privados de la administración.

13. La aplicación del derecho público en los supuestos actos civiles de la administración

Estos principios pueden ser observados en cualquier tipo de actividad estatal, incluso en los contratos de la administración. Cualquier vicio en el origen de la voluntad administrativa —que se trate de un funcionario de hecho o de un usurpador— se traslada al acto respectivo, independientemente de su objeto; un vicio en la preparación o emisión de esa voluntad —p. ej., falta de autorización o

¹²⁹ PTN, *Dictámenes*, 92: 74; 98: 68; 101: 117; 102: 226; 103: 155, etc.

¹³⁰ *El acto administrativo*, op. cit., pp. 115-6.

¹³¹ *Derecho administrativo*, t. 2, op. cit., 1ª ed., p. 213, aunque la supresión no resulta en forma expresa del texto, sino tácita y por comparación con la obra citada en la nota precedente, comp. 2ª ed., p. 368. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 210; DROMI, *Instituciones...*, op. cit., p. 191.

¹³² DIEZ, *Derecho administrativo*, 1ª ed., op. cit., p. 368; comp. 2ª ed., pp. 286-7.

aprobación, cuando es necesaria, o un determinado vicio en un acto complejo, etc., afecta también la validez del acto final. La inobservancia de la forma escrita —que podría ser justificada en ciertos casos por el derecho privado— no es admisible en el caso del Estado; sin perjuicio de ello, cabe advertir que la doctrina de los actos propios se está haciendo extensiva también al Estado e incluso en su actuar omisivo.¹³³ Son de aplicación en todo momento las Medidas Preventivas del art. III de la CICC (publicidad o transparencia, equidad o justicia, eficiencia)¹³⁴ y las normas de la ley de administración financiera del Estado, como así también las de la ley 25.188 de ética pública,¹³⁵ todo ello materia de derecho público, aunque el objeto del acto sea parcialmente regido por el derecho privado. Del mismo modo, la actuación del agente acarrea la responsabilidad del funcionario público y a veces también la de un particular.¹³⁶

14. *No existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto*

Por lo demás, esa distinción conceptual carecería de consecuencias prácticas en varios aspectos:

a) El recurso jerárquico ha sido reiteradamente admitido no sólo contra los actos administrativos, sino también contra los actos que esta parte de la doctrina ha denominado civiles. Así lo hemos sostenido respecto de la administración central, en materia de recurso jerárquico¹³⁷ y así también lo ha admitido la Procuración del Tesoro de la Nación en el recurso de alzada.¹³⁸ En consecuencia y de acuerdo al criterio vigente, todos los actos administrativos, aunque tengan su objeto regido parcialmente por el derecho privado, son impugnables.¹³⁹

b) No se toma en cuenta si el acto es “administrativo” o “civil de la administración” para determinar si corresponde la competencia procesal administrativa

¹³³ Cabe recordar una vez más el señero libro de MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

¹³⁴ Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV, 1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, *LL*, 2002, pp. 1-10.

¹³⁵ En ninguna de sus disposiciones esboza distinción alguna: *toda* la actividad administrativa del Estado se rige por ella. No así la jurisdiccional y legislativa, en que podrían formularse otras distinciones, aunque no ciertamente por una hipotética aplicación del derecho privado.

¹³⁶ Ver *supra*, t. 2, cap. XIX y XX.

¹³⁷ Ver *infra*, t. 4, cap. X, § 5.2, “En razón de la materia.”

¹³⁸ Ese criterio lo expusimos en la 1ª ed., 1964, de *Procedimiento y recursos administrativos*, Editorial Álvarez, p. 193, § 33 y 2ª ed., 1971, pp. 465-7 y lo ha desarrollado la PTN, *Dictámenes*, 92: 74; 98: 66; 102: 226, etc.

¹³⁹ La opinión contraria de algunos autores en este punto, no se ajusta al derecho vigente.

o, como quieren los códigos y muchos autores, “contencioso-administrativa,” o la “civil” o incluso comercial, sino cuál es el derecho que será aplicable para resolver la contienda,¹⁴⁰ o la naturaleza de ésta: p. ej., si se trata o no de una “causa civil.” Por ello, establecer una distinción entre dos tipos de *actos* de la administración, civiles y administrativos, no resulta aplicable como criterio determinante de la competencia aplicable.¹⁴¹

c) A pesar de que el objeto del acto se halle sometido al derecho privado, la Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido acertadamente, desde antaño, que le son de todos modos aplicables los principios y límites del derecho público, por ejemplo en lo atinente al principio de la razonabilidad, garantía de la defensa, etc.¹⁴² No podía ser menos, cuando el control de razonabilidad inicialmente enfatizado por el derecho público, se reconoce hoy como aplicable también al derecho privado¹⁴³ y hasta propio de la teoría general del derecho. Los grandes principios del orden jurídico son hoy comunes a las distintas disciplinas del derecho, e incluso superan las barreras nacionales.

d) En lo referente a la posibilidad de someter una cuestión a la decisión arbitral, parte de la doctrina propició en su oportunidad el criterio de que las cuestiones civiles podrían ser sometidas a arbitraje, no así las administrativas; pero actualmente esa noción no responde enteramente al derecho positivo, pues ya la ley de obras públicas 13.064, p. ej., admite en su art. 55 que “el contratista podrá convenir con la autoridad administrativa un tribunal arbitral que decida en única instancia”, es decir, que también un acto o contrato administrativo sometido enteramente al derecho público puede ser materia de decisión arbitral. De todas maneras, subsisten las resistencias locales al arbitraje en el plano interno.

Alrededor de un medio centenar de tratados bilaterales de inversiones extranjeras admiten igualmente la jurisdicción arbitral internacional sin hacer distinción alguna en cuanto a la índole del derecho invocado, ni de la potestad ejercida.¹⁴⁴ Se admite en los tratados la facultad de expropiación por razones de utilidad pública, pero se niega la facultad de nacionalización o estatización, o sea el rescate en las concesiones de servicios públicos. Como se advierte, no existe en la especie una distinción que se formule por la naturaleza pública o privada

¹⁴⁰ El mismo criterio siguen algunos proyectos de ley en la materia: DIEZ-AVILA-GORDILLO, art. 2°; MARIENHOF-BIDART CAMPOS-BOSCH-COZZI-LINARES, arts. 1° y 2°.

¹⁴¹ Es claro que en nuestro país la jurisdicción es una y que lo que varía es la *competencia*, a diferencia del sistema francés de jurisdicción contencioso-administrativa y jurisdicción civil.

¹⁴² PTN, *Dictámenes*, 98: 66: “La aplicación del derecho privado en [...] el objeto [...] (es) [...] no excluyente de normas de derecho público;” en igual sentido, 102: 226, en que se hizo control de razonabilidad sobre un acto cuyo objeto estaba sometido al derecho privado.

¹⁴³ *Supra*, cap. I.

¹⁴⁴ *Supra*, t. 2, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.” Ver también PÉREZ RAGONE, ALVARO J. D., “Fundamentos y medios de protección a la opción del inversor por la jurisdicción arbitral internacional en el marco de un BIT (*Bilateral Investment Treaties – Tratados Bilaterales de Inversión*), ED, 10-X-2000.

del acto estatal en cuestión. En lo que hace a la aplicación del derecho privado al objeto de algunos contratos de la administración, corresponde remitirse a su lugar por constituir una temática específica.¹⁴⁵

15. Conclusión

De lo expuesto se sigue que ciertos actos administrativos pueden en algunos casos estar regidos en punto a su objeto, por el derecho privado, pero que no por ello dejan estos actos de ser actos administrativos para transformarse en “actos de derecho privado de la administración.”¹⁴⁶

Por todo ello, consideramos innecesaria y errónea la aclaración que efectúa buena parte de la doctrina, en el sentido de que el acto administrativo es dictado en ejercicio de una potestad pública; solamente debe especificarse, en la aplicación pragmática del régimen jurídico respectivo, que en ciertos casos el objeto —y solamente el objeto— del acto administrativo puede estar regulado por normas extrañas al derecho público.

Por principio general, pues, todo acto productor de efectos jurídicos directos, dictado en ejercicio de la función administrativa —y entre éstos, todos los actos emanados de órganos administrativos—, es siempre acto administrativo y debe rechazarse la posibilidad de que un órgano administrativo u otro órgano estatal, que actúe en ejercicio de la función administrativa, pueda realizar actos de derecho privado (siempre con la salvedad de que el objeto de sus actos administrativos puede regirse, parcialmente, por el derecho privado).¹⁴⁷

En otras palabras, el acto será básicamente administrativo, aunque sus efectos puedan en alguna medida estar comprendidos en el marco del derecho privado,¹⁴⁸ de la misma manera que la personalidad del Estado es pública aunque en parte pueda serle de aplicación el derecho privado.

¹⁴⁵ Ver el t. 1, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.” Ver el importante aporte de MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 3-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35, esp. pp. 132-3; “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655; “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849.

¹⁴⁶ La distinción del derecho internacional entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*, *supra*, nota 120, no se aplica al derecho interno. Ver CSJN, *Duhalde*, *ED*, 29-VI-2000; DEL CASTILLO, LILIAN, “Los agentes internacionales ante los tribunales nacionales,” *ED*, 11-VII-2000; CSJN, *Cereales Asunción*, *ED*, 26-VI-2000, con nota de GUALDE, ANDREA, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana.” Ver GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, *op. cit.* Tampoco se aplica al derecho administrativo de los organismos internacionales.

¹⁴⁷ Esta es una solución contingente del derecho público actual, que admite legislación en contrario. Un ejemplo llamativo en tal sentido opuesto es la reforma administrativa italiana del último decenio del siglo XX, que llevó la relación de empleo público al marco del derecho privado. Aún así, subsisten aspectos regidos por el derecho público, como el poder disciplinario.

¹⁴⁸ GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 341.

IV. Efectos en relación al tiempo

16. *La retroactividad*¹⁴⁹

El efecto normal de un acto administrativo nace para el futuro¹⁵⁰ a partir de su notificación válida.¹⁵¹ Pero hay diversos supuestos en que puede válidamente producir efectos retroactivos. Ello puede ocurrir por texto expreso del acto, cuando favorece al particular, no se lesionan derechos de terceros y hay sustento fáctico suficiente para dar validez en el pasado a lo que el acto resuelve.¹⁵² También puede ocurrir que el acto simule una fecha anterior, en la muy frecuente práctica administrativa de antedatar algunos actos.¹⁵³ Si bien se abre una vía francamente peligrosa de simulación, si la única ficción es la fecha, el acto podría en algunos supuestos llegar a producir válidamente sus efectos con relación a la fecha estipulada, aunque fuera anterior a la fecha real. Esa es hasta ahora la solución de nuestro derecho positivo, en que es práctica normal “reservar” números de resolución, decretos, etc., para actos que se tiene pensado dictar con fecha antedatada. O incluso sustituir actos viejos intrascendentes. Tienen efecto retroactivo algunas formas de modificación del acto, como la aclaración¹⁵⁴ y la corrección material o rectificación;¹⁵⁵ el saneamiento,¹⁵⁶ la ratificación.¹⁵⁷ Tratándose de la extinción total o parcial de un acto, sus efectos pueden ser retroactivos en los supuestos de nulidad,¹⁵⁸ también en algunas hipótesis de conversión o sustitución del acto.¹⁵⁹

¹⁴⁹ PERRONE CAPANO, RENATO, *La retroattività degli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1963, 2ª ed.; DE LA VALLINA VELARDE, JUAN, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964; BOTASSI, CARLOS, “Retroactividad del acto administrativo,” en *Ensayos de Derecho Administrativo*, La Plata, Platense, 2006, pp. 155-69.

¹⁵⁰ Es un principio general: Ver DUPEYROUX, O., *La règle de la non rétroactivité des actes administratifs*, París, LGDJ, 1954; JEANNEAU, BENOÎT, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1954, pp. 92-9; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵¹ DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, pp. 41-2; *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. V, “Notificación y publicación;” *infra*, en este mismo t. 3, cap. X, § 10, “Formas de publicidad” y 11, “Especies de formas de publicidad: publicación y notificación.” Por otra parte, distintos efectos jurídicos pueden requerir distintos recaudos de validez de la notificación: t. 4, *op. cit.*, cap. V, § 10.3, “El caso específico de la notificación apta para cerrar la vía judicial.”

¹⁵² Implícitamente, CNFed. CA, Sala V, *González Sasso*, 2-VI-1999, causa 12/95. Ver y comparar el criterio más amplio que expone BOTASSI, *op. cit.*, pp. 162-3 y normas nacionales y locales que cita, que sólo exigen que “favorezca” al interesado; pero, claro, esta aseveración lleva implícito “que favorezca válidamente” al interesado. Ampliar en BOTASSI, *op. cit.*, p. 164 y normas que refiere.

¹⁵³ *Infra*, cap. IX, § 11, “Dolo, violencia, simulación” y § 11.3.1, “Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad.”

¹⁵⁴ *Infra*, cap. XII, § 5, “Aclaración.” La regla tiene excepciones, que allí explicamos.

¹⁵⁵ *Infra*, cap. XII, § 4, “Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material.”

¹⁵⁶ *Infra*, cap. XII, § 7, “Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento.” BOTASSI, *op. cit.* p. 162.

¹⁵⁷ *Infra*, cap. XII, § 8, “Ratificación.” PTN, *Dictámenes*, 254: 77: “El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado, y ese vicio es eliminado por la ratificación [...que...] mantiene los efectos ya existentes del acto administrativo, los que son válidos y los legitima para el futuro.”

¹⁵⁸ Cap. XI, § 9.1.1. BOTASSI, *op. loc. cit.*

¹⁵⁹ *Infra*, cap. XII, § 11, “Conversión” y §12, “Sustitución y reforma.” BOTASSI, *op. loc. cit.*

17. *Efectos para el futuro*

Tiene efecto constitutivo la aprobación *stricto sensu*,¹⁶⁰ aunque en ocasiones el dictado de un acto *ad referendum*, sujeto a la aprobación de una autoridad superior, ha sido considerado un administrativo existente, no un proyecto del acto, con lo cual los efectos de ese referendo son retroactivos.¹⁶¹

18. *Comparación*

La cantidad de supuestos en que el acto es apto para producir efectos retroactivos puede dar la rápida impresión de que son tanto o más importantes que los casos de efectos constitutivos. No es ello así: el efecto *ex nunc*, para el futuro, es la única regla general. Todo lo demás son excepciones que deberán fundamentarse puntualmente cada vez que se presenten. La retroactividad no se supone, pues, nunca. Debe siempre demostrarse.

¹⁶⁰ *Infra*, cap. XII. BOTASSI, *op. loc. cit.*

¹⁶¹ *Supra*, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico,” texto y notas 15-16. BOTASSI, *op. loc. cit.*

CAPÍTULO III

LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO Y HECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

| | |
|---|--------|
| I. <i>Fundamento de la distinción entre acto y hecho</i> | III-1 |
| 1. Recapitulación previa | III-1 |
| 2. La distinción entre actos y hechos producidos en el ejercicio de la función administrativa..... | III-2 |
| 3. Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la administración: introducción | III-3 |
| 4. Por qué se distinguen los actos de los hechos | III-7 |
| 4.1. Certeza jurídica: la fundamentación del acto | III-7 |
| 4.2. Índole de los efectos jurídicos | III-9 |
| 4.3. Presunción de legitimidad. Términos de impugnación. Consentimiento..... | III-10 |
| 4.4. La sanción de nulidad | III-10 |
| 4.5. El derecho positivo | III-11 |
| 4.6. Conclusión..... | III-12 |
| II. <i>Alcance de la distinción entre acto y hecho</i> | III-12 |
| 5. El acto administrativo como manifestación de voluntad..... | III-12 |
| 6. El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión..... | III-13 |
| 7. El acto administrativo como declaración..... | III-14 |
| 8. Diferencia entre declaración y ejecución material..... | III-15 |
| 9. Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos..... | III-16 |
| 10. Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc..... | III-18 |

Capítulo III

LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO Y HECHO ADMINISTRATIVO

I. Fundamento de la distinción entre acto y hecho

1. Recapitulación previa

En el cap. precedente ya hemos indicado que la noción de acto administrativo, al buscar sistematizar el total de la actividad administrativa, se ubica primeramente en relación a aquella actividad administrativa apta para producir *efectos jurídicos directos*.

Hemos desechado en consecuencia los criterios que se refieren genéricamente a la producción de efectos jurídicos, sin precisar su alcance, o que incluso prescinden de establecer un principio de esa índole; hemos incluido en la división así efectuada tanto a los actos de los órganos legislativos como judiciales y hemos analizado las distintas alternativas en que también una persona no estatal puede realizar funciones administrativas y en consecuencia producir actos administrativos, hipótesis ésta que pareciera ir creciendo con el tiempo.¹

Finalmente, hemos destacado que no puede hacerse una distinción según que los efectos jurídicos vayan hacia afuera o hacia adentro de la administración porque en ambos casos tienen los mismos principios jurídicos, sin variaciones de importancia que considerar; y hemos precisado que no ha de tratarse de efectos jurídicos que una voluntad haya destinado producir, sino simplemente de efectos jurídicos que *objetivamente*, de acuerdo al orden normativo, se produzcan a resultas del acto; en otras palabras, que el acto sea apto para producir tales efectos jurídicos.

Con todo ello aportamos dos elementos para la noción: por un lado, queda ya establecido el alcance del régimen jurídico administrativo, por referencia al

¹ En una reciente tesis doctoral del año 2007, aún inédita, JOSÉ MARÍA ORELLE propone que el acto del notario o escribano público en ejercicio de sus funciones sea también equiparado al acto administrativo, incluso en cuanto a la aplicación de las normas del decreto-ley 19.549/72, con el propósito de aplicar el régimen morigerado de nulidades que tiene el derecho público.

ejercicio de la función administrativa; por el otro, hemos distinguido esa función en base a su calidad de ser apta o no para producir efectos jurídicos.

2. *La distinción entre actos y hechos producidos en el ejercicio de la función administrativa*

Corresponde ahora recordar una segunda gran clasificación de la actividad administrativa, que nos llevará casi directamente al meollo de la definición de acto administrativo: la distinción entre actos y hechos realizados en ejercicio de la función administrativa. Se advertirá desde ya que estamos refiriéndonos a actos y hechos “realizados en ejercicio de la función administrativa,” para evitar así momentáneamente el empleo de los términos “actos de la administración” o “actos administrativos,” que son las expresiones aparentemente más adecuadas para tratar el tema, pero que han sido sumidas en un mar de confusiones verbales por disputas semánticas entre distintos autores.

Séanos permitido por un instante prescindir de aclarar con precisión qué habremos de entender por actos y hechos, y utilizar provisoriamente el concepto intuitivo que todo lector tendrá sobre ambos conceptos: de tal modo, entrecruzando la primera gran clasificación (“actividad productora y no productora, de efectos jurídicos directos”) en forma transversal con la segunda (actos y hechos realizados en ejercicio de la función administrativa), tendríamos así cuatro grandes sectores de la actividad administrativa: los actos productores de efectos jurídicos directos y los actos no productores de efectos jurídicos directos; los hechos productores de efectos jurídicos directos y los hechos no productores de efectos jurídicos directos. Para seguir prescindiendo momentáneamente, a los efectos de este análisis, del empleo de la palabra tabú (actos de la administración; actos administrativos), podríamos decir que hemos sistematizado aquella función según que ella se manifieste en actos jurídicos (*lato sensu*), actos no jurídicos, hechos no jurídicos, hechos jurídicos.²

2.1. *Actos no jurídicos*: son decisiones de la administración que no producen efecto jurídico alguno. El profesor decide explicar un tema antes que otro y así lo comunica a los alumnos; decide volver sobre un tema anterior que no quedó claramente expuesto; el funcionario asesor decide emitir determinada opinión en un informe o dictamen,³ etc.

2.2. *Actos jurídicos*: son las decisiones o declaraciones que producen un efecto jurídico, esto es, que producen el nacimiento, modificación o extinción de un de-

²Para un mayor desarrollo del punto, ver *supra*, t. 1, cap. X, § 4, “Actos y hechos de la administración.” Ver también GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Actividad administrativa interna, interorgánica e interadministrativa” en AA.VV., *Jornadas sobre acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Rap, 2002, p. 335 y ss

³En igual sentido MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 282, § 178.

recho o un deber. Estará acá la decisión de designar a una persona en un cargo; de pagar una indemnización, la decisión de un tribunal examinador de dar por aprobada una materia, etc.

2.3. *Hechos no jurídicos*: Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo; el profesor da su clase parado o sentado, o camina durante la misma; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado, el ordenanza barre el aula o trae café.

2.4. *Hechos jurídicos*: La posesión de una cosa determinado tiempo, es un hecho que produce el efecto jurídico de que esa cosa sea adquirida por prescripción; el agente de policía que me detiene sin una decisión previa, produce a través de este hecho distintos efectos jurídicos: hace nacer una responsabilidad para él y para la administración y me da el derecho de reclamar indemnización; el agente policial que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo, etc.⁴

3. *Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la administración: introducción*⁵

¿Existe alguna razón para distinguir entre actos y hechos de tipo administrativo? La respuesta afirmativa era muy categórica en el derecho administrativo clásico, pero hoy es necesario matizarla.⁶

En efecto, en el pasado era corriente afirmar que los actos difieren de los hechos en que sólo los primeros eran como regla impugnables mediante recursos administrativos y acciones judiciales, en cuanto declaraban inequívoca y expresamente una determinada voluntad administrativa, mientras que los hechos a veces no eran susceptibles de tal impugnación, en atención a no traducir explícitamente la voluntad del Estado, aunque pueden comprometer la responsabilidad de éste. Se estaba así ante un problema aparentemente insoluble, aunque diversos mecanismos legislativos fueron instituidos para superar ese dilema. Hoy en día se tiende a admitir también la impugnación de comportamientos administrativos que no revisten la forma de acto, pero se mantienen de todos modos los creados para transformar el silencio en acto expreso o tácito, como pasaremos a ver.

El silencio era tradicionalmente —en palabras de MARIENHOFF— “conducta inexpressiva” de la administración; otros autores lo denominaron un “no acto.”⁷ Ello tenía importante significado en un pasado no muy lejano: La apertura de

⁴ SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, t. I, México, 1974, 6ª ed., pp. 255-6

⁵ El caso específico del acto o manifestación de voluntad derivado del silencio lo tratamos con más detalle en el cap. X, § 9.4, “El silencio.”

⁶ *Infra*, cap. X, § 9.4.

⁷ Así MEDAUAR, ODETE, *Derecho administrativo moderno*, San Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, 2ª ed., p. 165; BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II (*Adjetivo*), Lima, Gaceta Jurídica Editora, 1997, 2ª ed., p. 45.

la instancia judicial requería la existencia de un acto y en su defecto utilizar el mecanismo del silencio administrativo.

Así era el antiguo sistema procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires, que cambió con la reforma constitucional y el nuevo código procesal administrativo.⁸ La creación de la justicia procesal administrativa en la Provincia de Buenos Aires ha significado el abandono de un concepto feudal de administración sin control, y no son pocas las tensiones que ello ocasiona a los órganos políticos de la gobernación y las municipalidades: una de ellas es esta imposibilidad de dar siempre el silencio y la omisión como respuesta a los problemas públicos. Ahora se los puede conminar judicialmente a resolver.

No es pues del todo exacto que “El silencio, pues, no es nada en sí; materialmente es inactividad, vacío en el obrar; pero esta ausencia es coloreada por el ordenamiento, dándole una significación determinada. Esta significación puede ser positiva o negativa.”⁹ Esto supondría que si el ordenamiento no colorea el silencio de algún significado, es un mero hecho administrativo no productor de efectos jurídicos directos: por eso el ordenamiento instituye el amparo por mora de la administración para obligarla a dar un pronunciamiento expreso y da lugar a responsabilidad de la administración y del funcionario.¹⁰

En todo caso es el símbolo de una administración que no funciona,¹¹ o más exactamente *disfuncional*, pues deliberadamente pervierte los roles que los par-

⁸ Ver D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. II, secc. B, § 8 a 12, pp. 34-42; *La justicia administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, secc. B, § 8 a 12, pp. 49-58; GAVEGLIO, ADRIÁN J., “Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” *JA*, 2000-III, 1127/8; HUTCHINSON, TOMÁS, *Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Scotti, 2005, pp. 128-145; BOTASSI, CARLOS A., “El nuevo proceso contencioso administrativo provincial y su incidencia sobre la Ley de Procedimiento Administrativo,” *JA*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005-0-5. En cuanto a la aplicación supletoria del código procesal civil y comercial ver, en un tema de mucha actualidad en dicha jurisdicción local, RODRIGUEZ, CECILIA MARA, “El estado actual de la jurisprudencia sobre la recusación sin expresión de causa como «procedimiento de elección del magistrado» en la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 2007-A, 772.

⁹ MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, 19ª ed., p. 330.

¹⁰ ETCHEVERRIGARAY, PEDRO M., “Eficacia al amparo por mora: entre el derecho a peticionar y la ética pública,” nota a *Elster Amco Sudamérica*, CNFed. CA, sala III, *LL*, 2007-A, 250.

¹¹ MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO, “El silencio administrativo,” en BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 159 y ss., p. 162; “Hacia una nueva configuración del silencio administrativo,” *REDA*, 49: 74, Madrid, Civitas, 1986; NIETO, ALEJANDRO, “La inactividad material de la Administración: veinticinco años después,” *Documentación Administrativa*, n° 208, Madrid, 1986. A su vez, ver también en *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. La protección jurídica del ciudadano*, t. I, Madrid, Civitas, 1993, PAREJO ALFONSO, “El silencio administrativo en la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común,” p. 559 y ss.; BOQUERA OLIVER, “La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto,” p. 599 y ss.; SÁINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, “El llamado «silencio administrativo»: un escándalo en el estado de derecho,” p. 617 y ss. Ver también *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. XIII, “Queja y amparo por mora.”

ticulares y la justicia deben jugar en la sociedad. Obliga a actuación privada y judicial donde debió haberla administrativa: Esa ineficacia recae sobre los particulares y sobre la justicia, recargando perniciosamente su trabajo, por la falta de trabajo y decisión administrativa, positiva o negativa, en tiempo oportuno. Hace entonces necesario interponer reclamaciones previas, pedidos de pronto despacho, amparo por mora de la administración, acciones de responsabilidad, etc., o juicios para que la administración cumpla con sus obligaciones: caso típico, *Viceconte* y sus advertencias a los funcionarios.¹² Otra variante es invocar y ampararse en la normas que confieren a tales pedidos y reclamos sea efectos negativos (lo ordinario) o admisivos o positivos. (Lo menos común, tradicionalmente, aunque se propugna la extensión normativa del criterio.) En el segundo caso el efecto es que, transcurrido determinado lapso sin que la administración se pronuncie, el interesado tiene el derecho de considerar producida una denegación tácita suficiente para interponer los recursos o acciones administrativos y judiciales pertinentes, equiparándose entonces a los “actos” de la función administrativa.¹³ Es un derecho del particular,¹⁴ quien puede a su libre arbitrio *exigir* una decisión expresa, a través del amparo por mora de la administración,¹⁵ que salvo alguna excepción en el pasado¹⁶ tiene un aceptable funcionamiento entre nosotros,¹⁷

¹² Ampliar *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva” y “Los grandes fallos de la actualidad,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed, cap. XI.

¹³ Decreto-ley 19.549/72, art. 10 y concordantes, art. 23, inc. c), art. 24, inc. a), art. 26, art. 31. Es más superadora la tesitura de permitir demandar tanto ante el acto, el hecho, la omisión, o el simple silencio, privándole entonces de un régimen especial salvo el derecho del particular a obtener un acto expreso si así lo desea; o, como en nuestro sistema, merced al amparo por mora de la administración que la obliga a pronunciarse y dar sus fundamentos, o mostrarse sin ellos. Expresa MORILLO-VELARDE PÉREZ, *op. cit.*, p. 162: “el silencio administrativo aparece inevitablemente como el emblema de la ineficacia y de la arrogancia administrativas.” Pero no siempre es mera ineficacia: puede también ser deliberada y maliciosa omisión para evitar tener que intentar justificar lo injustificable. Es el recurso de los malos políticos y los malos gobiernos.

¹⁴ Ver “Amparo por mora y derecho a una decisión fundada,” nota a CNCiv., Sala B, *Donati, LL*, 1995-D, 306, y en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 42-4. La SCJBA, *Verchick, JA*, 2003-III, 244, destacó el carácter opcional entre tomar el silencio como negativa y el derecho fundamental a obtener una decisión fundada y oportuna. Ver también ETCHEVERRIGARAY, PEDRO M., “Eficacia al amparo por mora: entre el derecho a peticionar y la ética pública,” nota al fallo *Elster Amco Sudamérica S.A.*, CNFed. CA, sala III, *LL*, 2007-A, 250, ya citado.

¹⁵ Ampliar *infra*, t. 4, cap. XIII, “Queja y amparo por mora.” En la Provincia de Buenos Aires antes del código procesal administrativo parte de la jurisprudencia aplicaba la ley de amparo para exigir un pronunciamiento; HUTCHINSON, TOMÁS, *Código Procesal Contencioso Administrativo Provincia de Buenos Aires, op. cit.*, pp. 349-358; OROZ, MIGUEL H.E., “Actualidad en Derecho Administrativo,” *LNBA*, 2005-6-708; ETCHEVERRIGARAY, *op. loc. cit.*

¹⁶ Así el caso que comentara BARRA, “Un nuevo retroceso,” *ED*, 117: 523, año 1985.

¹⁷ Ver nuestras notas breves “El interés legítimo en el amparo por mora,” nota a CNFed. CA, Sala II, *Luis Gómez S.R.L., LL*, 1996-A, 637; *Cien...*, *op. cit.*, § 23, pp. 80-2; “Informalismo y amparo por mora,” nota a CNFed. CA, Sala II, *Rodríguez Fuchs, LL*, 1997-A, 81 y *Cien...*, *op. cit.*, § 49, pp. 129-30; “Amparo por mora contra el Poder Ejecutivo nacional,” CNFed. CA, Sala V, *Wolcken, LL*, 1998-E, 539; *Cien...*, *op. cit.*, § 97, pp. 198-9; “La mora administrativa es materia procesal administrativa,” CNFed. CA, Sala II, *Fernández, DJ*, 1997-2, 938, *Cien...*, *op. cit.*, § 70, pp. 154-5; “La sentencia en el amparo por mora: alcances, recursos,” CNFed. CA, sala II, *Bustos, LL*, 1995-D, 311, *Cien...*, *op. cit.*, § 7, pp. 44-7.

aunque generalmente la administración contesta con un acto antedatado dando respuesta por supuesto adversa al requerimiento del particular,¹⁸ y existen algunas dificultades no siempre resueltas;¹⁹ en la CABA la ley de amparo mejora sensiblemente el instituto.

Como se advierte, la distinción ha sido consagrada en alguna medida por el derecho positivo; pero ella es pasible de dos observaciones:

3.1. Por una deficiencia ocasional del derecho positivo,²⁰ no se ha previsto en todos los casos que sería necesario un procedimiento de superación del silencio, con el resultado de que en alguna hipótesis se produce una situación de indefensión del individuo, imposibilitado como está de interponer un recurso (pues no hay acto) o de provocar compulsivamente la emanación de un acto²¹ que pueda recurrir: El silencio, en tales casos, causa un agravio al particular, sin que el orden jurídico lo faculte *ope juris* para proseguir un trámite ulterior de recursos, o interponer directamente la acción judicial con la pretensión a que se considere con derecho.²²

3.2. Hay pocos casos en los cuales puede de cualquier manera interponerse recurso o acción judicial, aún no existiendo decisión expresa de la administración y sin darse tampoco el caso de denegación tácita y por transcurso de determinados lapsos legales.²³

¹⁸“Antedatar sin costas,” *Bonfiglio*, CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1997-B, 405; *Cien...*, *op. cit.*, § 57, p. 135.

¹⁹“¿Cuánto vale un amparo por mora?,” nota a *Garín*, CNFed. CA, sala III, *LL*, 1997-A, 84, *Cien...*, *op. cit.*, § 51, p. 131; “El órgano institución y no la persona Estado como parte demandada en el amparo por mora,” nota a *Fernández Vital*, CNFed. CA, sala V, *LL*, 1997-F, 288, *Cien ...*, *op. cit.*, § 74, pp. 163-4; “El dédalo administrativo en el amparo por mora de la administración,” nota a *Niers de Pereyra*, CNFed. CA, sala I, *LL*, 1998-A, 295, *Cien...*, *op. cit.*, § 78, pp. 172-3; “La administración pública como doble agente de privación de justicia,” nota a *Ojea Quintana*, CNFed. CA, sala V, *LL*, 1997-F, 289, *Cien...*, *op. cit.*, § 75, pp. 164-5; “El Estado y sus órganos como demandados en los juicios en general y en el amparo por mora,” *LL*, 1998-D, 207, nota a *Masily S.A.*, CNFed. CA, sala V, *LL*, 1997-D, 725, *Cien...*, *op. cit.*, § 87, pp. 184-5.

²⁰Ello no ocurre tanto en el derecho nacional, a partir del decreto-ley 19.549/72, con las salvedades expuestas en la *Introducción* de este t. 3. Muchas provincias han adoptado iguales recaudos procesales.

²¹No es necesario en la Prov. de Buenos Aires: art. 1º, inc. 1º) del código.

²²Ampliar y comparar en MURATORIO, JORGE I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 663 y ss. En el decreto-ley 19.549/72, art. 28, se prevé un amparo por mora de la administración, cuando hubiere dejado vencer los plazos fijados, o excediere un plazo razonable, “sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado.” La justicia fija un plazo para que se informe sobre la causa de la demora y luego “resolverá lo pertinente acerca de la mora,” lo cual no supone a nuestro juicio la atribución de darlo por denegado, pues el interesado tiene derecho a una decisión expresa de la administración. Sin embargo podría darse el supuesto de que el mismo juez haga lugar a la pretensión, transformando la vía en amparo simple: *Kreutzer*, CNCiv, Sala M, *LL*, 1997-F, 244, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora.”

²³En nuestro país el amparo procede tanto contra actos como hechos administrativos: LAZZARINI, JOSÉ LUIS, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 161 y 371.

Ello provoca incertidumbre sobre la vigencia y conveniencia de la distinción entre acto y hecho de naturaleza administrativa y hace que más de un autor quiera dar una extensión muy amplia a la noción de “acto” para otorgar de ese modo una base mayor de defensas al individuo; en este razonamiento, cuantos más sean los casos en que pueda estimarse que existe un “acto,” tantos más serán los casos en que podrán emplearse los recursos existentes y viceversa. Por esta razón, posiblemente, algunos autores admiten con mucha amplitud que pueda haber actos tácitos de la administración, aún sin norma expresa que lo establezca,²⁴ o meras actuaciones materiales que reciban de todos modos la calificación de actos administrativos,²⁵ o que, lisa y llanamente, afirman que actos y hechos administrativos son la misma cosa.²⁶ Pero más allá de estos intentos, lo cierto es que la tutela contra el silencio es débil, como lo explicamos en la Introducción.

4. Por qué se distinguen los actos de los hechos

A pesar de que la orientación no deja de ser loable no se ajusta plenamente al derecho positivo. Sobre todo, dado el estado actual de la legislación y jurisprudencia, parece difícil abandonar totalmente la distinción. A ello se opone otro tipo de consideraciones, que si bien tienen una menor importancia relativa y valorativa, no pueden tampoco ser dejadas de lado.

4.1. *Certeza jurídica: la fundamentación del acto*

En primer lugar, se postula una razón de certeza jurídica que haría desaconsejable otorgarle a una mera actuación material el carácter de expresión de voluntad que pueda ser controvertida mediante un recurso o tenida como aceptación de lo peticionado. Esa razón sería valedera si los tribunales fueran exigentes en sancionar con la nulidad insanable a todo acto que no estuviere suficiente y razonablemente fundamentado, como en derecho corresponde.²⁷ En tal caso ayudaría a la seguridad jurídica tener actos en lugar de silencios contruidos en sentido positivo o negativo; pero como la verdad es que la justicia tolera impasible que el acto esté totalmente infundado, o fundado de manera no seria, o que se lo suponga motivado por algún dictamen previo o alguna explicación posterior, entonces la seguridad jurídica no milita demasiado en pro de esta tesitura.

Desde otro ángulo, existe hace tiempo una tendencia a no hacer imperioso para el particular obtener todas las autorizaciones y permisos administrativos que

²⁴DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 2ª ed., pp. 232-4; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 310.

²⁵FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 283; FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, 1964, 2ª ed., p. 46; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 250-1.

²⁶DE VALLES, ARNALDO, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 115: “En el concepto de acto administrativo están comprendidos también los hechos.”

²⁷Nos remitimos al desarrollo del cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación.”

suelen requerirse para ejercer un comercio o industria lícita y conferir entonces al silencio de la administración el sentido de asentimiento tácito, por vía de normas generales que así lo establezcan;²⁸ pero por lo general están más en el campo de las intenciones que de la realidad del derecho positivo vigente.

También existe en el derecho urbanístico norteamericano el concepto de construir a cuenta y riesgo del propio profesional, en el sentido que ejecuta la obra conforme a las regulaciones edilicias y urbanísticas pertinentes, bajo pena de demolición a su cargo de lo mal construido. Empero, esa solución no parece muy aplicable a nuestro medio con su permanente incertidumbre normativa en materia urbanística y edilicia. Planteado en tales términos el problema, bien puede afirmarse que “El silencio administrativo, tanto en su versión positiva como negativa, sólo es remedio apropiado cuando la inactividad es conducta excepcional. Pues el primero reiterado invita a la anarquía y es muestra de desgobierno y el abuso del segundo aboca a los administrados a la desesperación.”²⁹

Si bien es cierto que en muchos casos puede inferirse claramente cuál es la voluntad o el criterio a que un hecho responde, existen muchos otros casos en los cuales no podría decirse concretamente que la intención o el deseo del Estado ha sido uno determinado: es que, en la realidad administrativa, la falta de un pronunciamiento expreso generalmente indica precisamente una falta o carencia de voluntad de la administración, pues no puede olvidarse que la administración se compone de una multiplicidad de órganos que atienden cada uno una multiplicidad de cuestiones. Si un órgano no toma formalmente una decisión o no formula expresamente una declaración, ello es índice probable de que no tiene voluntad alguna sobre el problema, o incluso que ni siquiera lo conoce; también puede ser índice de que está esperando una propuesta del interesado contraria a la CICC.³⁰

No podría en tales casos afirmarse con certeza que la administración tiene una voluntad dada; por ello, al no haber un pronunciamiento del órgano, la mera actuación material frecuentemente es insuficiente para establecer cuál es la opinión o la voluntad de la administración en el caso concreto.

Así la voluntad administrativa sólo estará claramente especificada a través de los actos; si bien esa voluntad también puede ser inferida de ciertos comportamientos materiales de la administración, tal interpretación no tiene la certeza que confiere la expresa manifestación de voluntad: en consecuencia, la regla general se formula en relación a aquellas actividades que confieren esa certeza, o sea los actos administrativos; sin perjuicio de que, por excepción, se apliquen

²⁸ Ampliar en MARTÍN MATEO, RAMÓN, “Actos tácitos y actividad autorizante,” *REDA*, 4: 25 (Madrid, Civitas, 1975); MURATORIO, “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” *op. loc. cit.*

²⁹ MORILLO-VELARDE PÉREZ, *op. cit.*, p. 162.

³⁰ Ver nuestros arts. publicados en *LL*, 1997-E, 1091; *JA*, 2000-IV-1269. También “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

también sus principios a algunos comportamientos materiales susceptibles de una interpretación clara y precisa de la voluntad que los origina y emana. Como se advierte, la sólo formulación de la alternativa muestra la incertidumbre que ella produce al destinatario de la conducta administrativa.

4.2. *Índole de los efectos jurídicos*

Una segunda diferencia es la que a veces ha sido expresada impropia-mente en las definiciones que dicen que el acto administrativo está “destinado a producir efectos jurídicos,” mientras que el hecho administrativo no está “destinado a producirlos,” sin perjuicio de que de todos modos los produzca.³¹ Vimos ya que no se trata de que haya una voluntad administrativa persiguiendo el “fin” de que ciertos efectos surjan del acto (pues no siempre hay tal fin, ni él corresponde siempre a una voluntad psíquica), sino de que *objetivamente* ciertos derechos o deberes emerjan del acto, que éste sea jurídicamente apto para producirlos.

Pues bien; existe una diferencia en la índole e importancia de los efectos jurídicos que emanan de un acto y de un hecho administrativo. En el caso del acto, su efecto jurídico principal y fundamental es operar una modificación en el orden jurídico,³² creando derechos o deberes de otros sujetos de derecho; el hecho, en cambio, normalmente no produce tales consecuencias jurídicas. Sus efectos jurídicos, cuando los tiene, son más débiles, tales como contribuir a crear derechos por vía consuetudinaria (si ella es admitida como fuente),³³ ayudar a la interpretación de un contrato a través de su ejecución o inejecución, o generar responsabilidad administrativa si ha ocasionado un daño.³⁴

En cambio, a nuestro modo de ver, el hecho es inoperante para generar *deberes* de los individuos frente a la administración, en cuanto se trata de una mera operación material que no explicita formalmente una determinada decisión o declaración administrativa. Distinto es el caso, desde luego, en que el acto administrativo se manifiesta por signos, señales, etc., o en que resulta de actos escritos en forma tácita o presunta: pero allí volvemos al campo del acto administrativo y salimos de la hipótesis del hecho administrativo.

³¹ Ver *supra*, t. 2, cap. II, § 6, “Procesos en que se aplica” y § 7, “El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor.”

³² RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, Dalloz, 1962, 2ª ed., p. 88 y ediciones posteriores.

³³ Ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 19, “La costumbre. Concepto y admisibilidad en general.” Los fallos que admiten el precedente administrativo como fuente o coadyuvante en la solución del caso se refieren a actos administrativos formales. Conf. CNFed. CA, Sala I, *Asociación de Balanceadores; Buffano; Rava, LL*, 1996-C, 457, con nota en GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 38, “La práctica administrativa,” pp. 104-6; Sala IV, *Peluso*, 1989. Ampliar en COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126, texto y nota 37.

³⁴ RIVERO, *op. cit.*, p. 83: “cualquiera que sea su importancia práctica, su rol jurídico se mantiene secundario: si ellos pueden dar nacimiento a obligaciones, es de manera indirecta —p. ej.— causando un daño que abre un derecho a reparación en favor de la víctima.” A pesar de la indubitable formación democrática y a favor de los derechos individuales del gran talento y maestro RIVERO, puede apreciarse a través de él la fuerza que el pensamiento del acto administrativo trae desde Francia: de allí la advertencia que formulamos en la “Introducción.”

4.3. *Presunción de legitimidad. Términos de impugnación. Consentimiento*

En tercer lugar, debe advertirse que una de las consecuencias de reconocerle a cierta actividad administrativa el carácter de “acto administrativo” será su presunción de legitimidad y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como así también el nacimiento de los términos para impugnarlo (pasados los cuales, en algunos casos el acto se reputará consentido). Estamos sin duda en desacuerdo con la extensión que se brinda a este supuesto, como veremos a lo largo de este libro, pero nuestro desacuerdo o disgusto no puede llevarnos a explicar de cierto modo lo que en la realidad es de un modo distinto.

Ello no ocurre con el mero hecho administrativo, pues no existen normas positivas que le otorguen tal presunción, no le son aplicables tampoco los argumentos que fundamentan a ésta en el caso de los actos administrativos, ni tampoco la jurisprudencia se la ha reconocido. Por otra parte, así como no proceden recursos contra ellos (por regla general), así tampoco empiezan a correr los términos de impugnación por algún recurso administrativo o judicial, a partir del conocimiento del hecho, salvo que la norma lo diga expresamente, lo que no es común: Los términos sólo nacen con la notificación formal de un acto y en ausencia de éste *no puede haber consentimiento a la conducta administrativa*.³⁵ Finalmente, el hecho no tiene fecha cierta, a diferencia del acto, que sí la tiene.

Esta regla tampoco es absoluta para la protección de los derechos de los individuos, pues si el hecho constituye un hecho dañoso, es a partir del comienzo de su producción que la jurisprudencia cuenta el escasísimo plazo de la prescripción de la acción de daños. Más de uno ha perdido sus derechos por esta circunstancia y el estar demasiado atento a los actos de la administración, que no a sus comportamientos dañosos sin expresarse en el papel, se ha descuidado en los plazos. Este argumento, como bien se advierte, milita en contra de la tendencia a distinguir entre actos y hechos a los efectos de poder acudir a la justicia.

4.4. *La sanción de nulidad*

Una cuarta diferencia que puede recogerse entre actos y hechos es que los primeros reciben como primera sanción la nulidad o anulación, mientras que los segundos no se anulan sino que generan en todo caso responsabilidad de la administración³⁶ o, con suerte, una sentencia de condena a realizar acciones o prestaciones determinadas. En materia de actos, entonces, además de la posible

³⁵ Lo dicho se refiere a los términos para interponer recursos administrativos o judiciales, que usualmente son cortos; en cambio, el término de *prescripción* de las acciones, de acuerdo al derecho de fondo, sí se cuenta indistintamente a partir de los actos o de los hechos. Con todo, dado que estos términos son usualmente largos, no presentan dificultad en la práctica porque su cómputo se inicie con la comisión del hecho.

³⁶ VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, UTET, 1962, p. 318. Por cierto, ello es sin perjuicio de que también se ordene reponer las cosas al estado anterior a la comisión del hecho, o se corrijan de otro modo sus efectos materiales.

responsabilidad, la primera y elemental sanción es la nulidad o en su caso sustitución del acto por la propia administración o por la justicia, según explicamos en el parágrafo 8.3. de la Introducción.

Los ordenamientos jurídicos locales de una etapa intermedia de evolución conocen de un recurso de *anulación*, cuyo objeto principal es lograr de un tribunal la declaración de nulidad del acto administrativo. Es claro que este recurso no puede ser aplicable a los hechos administrativos. No quiere esto decir, tampoco, que la solución legal sea encomiable,³⁷ pero es otra realidad que debe tomarse en cuenta.

4.5. *El derecho positivo*

Por último, debe recordarse que si bien el ordenamiento positivo no siempre hace una distinción formal entre ambas situaciones, ni la hace siempre de la misma manera, deja de todos modos sentado que los actos no reciben el mismo tratamiento que los hechos. El decreto 1759/72, *v. gr.*, establece que el recurso jerárquico procede contra “todo *acto administrativo*” (art. 89); del mismo modo, toda la legislación especial que en el orden nacional contempla recursos judiciales directos, lo hace “contra las resoluciones,” las “decisiones” o los “actos” de la administración.³⁸ Lo mismo cabe decir de los tradicionales códigos “contencioso-administrativo” provinciales³⁹ y de los proyectos más antiguos sobre la materia.⁴⁰

En el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires los mecanismos son diferentes según que la pretensión ataque un acto, un hecho o una omisión de la administración, aunque la norma privilegia la *pretensión procesal* por sobre la conducta que le da origen. Del mismo modo la Constitución nacional tutela el derecho de incidencia colectiva también en la acción de amparo.

Por el momento, no existe uniformidad legislativa ni jurisprudencial que permita unificar en su tratamiento jurídico al acto y al hecho, pues los mecanismos de mora y silencio siguen vigentes salvo para la acción de amparo, no demasiado agraciada con el éxito;⁴¹ todo ello nos muestra cómo está reflejada y recibida en la realidad una distinción entre los actos (sean decisiones, resoluciones, certifi-

³⁷ Señalamos algunas dificultades *supra*, t. 2, cap. XIII, § 1, “Dificultades del tema” y ss.

³⁸ Ver DANIELIAN, MIGUEL, *Recursos judiciales contra decisiones administrativas*, Buenos Aires, 1964, p. 5 y ss. En el mismo sentido CABA, art. 108: GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo Decreto Ley 19549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis / Depalma, 2003, pp. 545-548.

³⁹ Ver ARGANARÁS, MANUEL, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 41 y ss.: reproduce y compara las normas de los distintos códigos vigentes a la época. El desarrollo ulterior, muy mejorado, mantiene la distinción entre actos, hechos y omisiones.

⁴⁰ DANA MONTAÑO, art. 17 y ss.; DIEZ-AVILA-GORDILLO, arts. 1º, 15 y 16.

⁴¹ *Cien notas...*, *op. cit.*, § 5, “Consejo para amparistas. Medio ambiente,” pp. 39-41; § 33, “Rechazo *in limine litis* del amparo,” pp. 96-9; § 45, “Excepción de defecto legal y rechazo de amparo *in limine litis*,” pp. 124-5; § 50, “Amparo: nunca, jamás,” pp. 130-1; § 65, “El moribundo amparo,” pp. 145-9; § 88, “Rechazo *in limine* de la acción de amparo: que sea excepcional, no normal,” pp. 185-7.

caciones, etc.) y los hechos (en cuanto operaciones materiales que no se traducen en lo anterior) administrativos.

4.6. Conclusión

En conclusión, en la actualidad no queda más remedio que mantener una distinción entre los actos administrativos, los comportamientos materiales y las omisiones, sin que ello signifique que el particular deba quedar desguarnecido frente a los hechos, o que el concepto de acto deba interpretarse en forma muy restringida; por el contrario, debe tratarse de extender la protección judicial plena y efectiva a la mayor parte de situaciones que sea posible⁴² y de crear procedimientos que protejan al individuo frente a la actuación material u omisiva de la administración, cuando ella no aparece plasmada en decisiones o declaraciones administrativas formales,⁴³ como también fortalecer el desarrollo de las acciones de clase contra la administración.

II. Alcance de la distinción entre acto y hecho

5. El acto administrativo como manifestación de voluntad

Llega ahora el momento de establecer cómo se expresará el concepto de acto por oposición a hecho. La primer solución que acude al pensamiento es decir que se trata de una manifestación de voluntad o de una declaración de voluntad, trasladando así al derecho público la noción símil de acto jurídico del derecho privado. Es ésta la noción que ofrecen los autores tradicionales⁴⁴ y algunos modernos.⁴⁵ Sin embargo, ya señaló FORSTHOFF que hablar de voluntad del órgano administrativo no es más que una figura de lenguaje, una *façon de parler*, que no responde a la realidad, si por voluntad se quiere entender la voluntad psíquica del funcionario actuante;⁴⁶ ya hemos explicado que el acto no es aquel “destinado

⁴² Este criterio se ha generalizado en doctrina, p. ej. URRUTIGOITY, JAVIER, “El principio de tutela administrativa efectiva,” *JA*, 2005-IV-1383; *supra*, t. 2, cap. XIV y nuestros arts. “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union/La Constitution de l'Union Européenne*, “European Public Law Series,” LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294; *European Public Law Review/Bibliothèque de droit public européen*, vol. 16, n° 1, 2004, Esperia, Londres, pp. 281-94. PRIETO, KARINA, “La justicia en la Unión Europea,” *LL*, 2002-F, 164.

⁴³ Conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 175, p. 276.

⁴⁴ HAURIUO, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1927, p. 356; GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1941, 7ª ed., p. 177 y ss.; GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1955, 9ª ed., p. 167.

⁴⁵ STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 37 y ss.; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953; 4ª ed., puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, p. 388; BREWER CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 120; CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1968, 8ª ed., § 179; VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 112.

⁴⁶ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289; BREWER CARIAS, *Las instituciones...*, *op. cit.*, p. 100; KELSEN, HANS, *Teoría general del Estado*, México, 1957, p. 348.

a producir” efectos jurídicos sino simplemente aquel que objetivamente es apto para producirlos.⁴⁷

6. *El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión*

Pero a más de lo ya expresado cabe agregar que el concepto es de todos modos insuficiente, dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teológico, con una indicación de fin, por lo que no toma en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administradores de voluntad, sin estar a pesar de ello incluidos en dicho concepto (o sea, sin constituir decisiones con un fin trascendente).

Si bien algunos autores han negado importancia a la distinción entre manifestaciones de voluntad y declaraciones de conocimiento, otros en cambio defienden la distinción;⁴⁸ pero, aceptando la diferenciación, debe desprenderse de ella la consecuencia de que tales declaraciones constituyen actos administrativos, sujetos en general a sus mismos principios. En tal sentido, el acto por el cual la Universidad expide un diploma no es estrictamente una decisión o manifestación de voluntad, sino más bien la declaración administrativa de que le consta que un alumno ha terminado la carrera. Es pues una certificación o atestación, que consta en un diploma o certificado y es un acto administrativo en pleno sentido del término. Si una persona se recibe de abogado y le dan un diploma de procurador, puede impugnar dicha certificación, como si se tratara de una decisión.

El acto administrativo puede así, en primer lugar, ser un acto de registro o registral, en el cual la administración anota ciertos hechos a los que se quiere conferir autenticidad:⁴⁹ Nacimiento, defunción, etc., o inscribe en un registro público ciertos actos pasados entre particulares: Inscripción de una hipoteca, etc.⁵⁰ Como consecuencia directa, la administración puede luego (y a veces simultáneamente) otorgar actos que dan cuenta de su conocimiento o registro de tales hechos o actos, los que constituyen entonces una atestación, es decir, la *certificación* de un hecho llegado a conocimiento de la administración. Tal el caso de un certificado de nacimiento, de defunción, de domicilio; un documento de identidad, un diploma que certifica los estudios cursados y aprobados, etc.⁵¹

⁴⁷ En el cap. precedente, § 6.

⁴⁸ Ver VIGNOCCHI, GUSTAVO, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 49 y ss. En este criterio, las decisiones tienen por fin crear relaciones jurídicas y las certificaciones sólo tendrían el fin genérico de tutelar la fe pública y la certeza de las relaciones jurídicas (*op. cit.*, p. 53), no persiguen un fin ulterior inmediato.

⁴⁹ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 429.

⁵⁰ Así el decreto-ley 17.417/67, cuyo art. 14 incluso prevé “recursos registrales” contra los actos de inscripción, anotación, etc.

⁵¹ RANELLETTI, ORESTE, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, Giuffrè, 1945, 7ª ed., p. 3; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1958, p. 242 y ss.; SANTI ROMANO, *Corso de diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1930, 8ª ed., p. 197; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, t. I, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 342; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 198.

Más no sólo eso; el acto administrativo también puede ser la expresión de una *opinión o juicio* sobre una determinada situación o hecho: Certificado de salud, de higiene, de estanqueidad o navegabilidad, etc.⁵²

Con todo, debe destacarse que es más bien excepcional que una opinión produzca efectos jurídicos directos; aun en los casos expresados podría sostenerse que más que una opinión apta para producir efectos jurídicos, nos encontramos ante una certificación o atestación. Por lo demás, el dictamen o informe, aun en los casos en que está exigido por una norma expresa, no es un acto administrativo productor de efectos jurídicos directos, aunque pueda viciar un acto posterior si dicho dictamen no se produce en debida forma.⁵³ Hay también casos complejos, en que el acto participa de los caracteres tanto de la decisión, como de la certificación y el juicio, como ocurre con la denominada “declaración” que aprueba el “informe” de impacto ambiental en el Código de Minería.⁵⁴

Por ello debe desecharse, en suma, tanto la equiparación del acto administrativo a la manifestación de voluntad⁵⁵ o a la estricta decisión.⁵⁶ Ahora bien, expresar en su lugar que acto administrativo es “una declaración [...] de voluntad, de opinión, de juicio, de conocimiento”⁵⁷ o una “declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio,”⁵⁸ es reiterativo y fatigoso, sin ninguna necesidad de orden conceptual que obligue a esa enumeración.⁵⁹

7. El acto administrativo como declaración

Creemos que con decir declaración es suficiente, si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación⁶⁰ de un proceso intelectual,⁶¹

⁵² RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 243; SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 197; GASPARRI, P., *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1948, p. 273.

⁵³ Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 431. CNFed. CA, Sala IV, *Astilleros Fueguinos*, 2005; CNFed. CA, Sala I, *Aliment AR SA*, 2006; *Millán, LL*, 2005-C, p. 466. La Sala II del Tribunal Fiscal de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que los dictámenes u opiniones de la Dirección Provincial de Rentas no constituyen actos administrativos, *Lombardi*, 29-VIII-2000.

⁵⁴ Ver SARAIVA, LUIS ADOLFO, “La minería, las externalidades y el Doctor Coase,” *LL*, 1998-E, 1093, 1101/5.

⁵⁵ Lo destaca con mayor énfasis FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289.

⁵⁶ Como lo hace BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1955, 5ª ed.; 1964, 6ª ed., pp. 3-4.

⁵⁷ RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3, § 3.

⁵⁸ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 243; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 366; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1960, 1978, 6ª ed., p. 195.

⁵⁹ Es aplicable a otras definiciones que hablan de “declaración, disposición, decisión,” etc.

⁶⁰ El término suele aparecer en las obras italianas, p. ej., ALESSI, RENATO, *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1956, pp. 64 y 79; RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3. Según BARRAGUIRRE, JORGE A., *Derecho administrativo. Visión jurisprudencial*, Rosario, Juris, 1993, p. 94, es un “término que si bien [...] podría arruinar cualquier página, es ilustrativo,” pues “vale como exteriorización del pensamiento opuesto al de un comportamiento material,” texto y nota 7.

⁶¹ Como dice RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3, § 4, “Declaración es la extrinsecación, esto es la traducción en el mundo externo del pensamiento o de la voluntad de un sujeto.” Conf. MARCER, ERNESTO A., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 126.

comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad —dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento —atestación o certificación) y opinión o juicio.⁶²

En efecto, al hablar de declaración se indica claramente que se trata de una exteriorización intelectual por oposición a material, con lo que se da la nota característica del acto y su diferenciación con el hecho y se abarca tanto el caso en que ese intelecto persigue un efecto jurídico de cualquier tipo como aquel en que el fin se agota en la emisión del mismo. Es innecesario aclarar que una declaración puede serlo tanto de voluntad, como de conocimiento, opinión o juicio. Es también innecesario aclarar que una declaración puede ser una decisión, pues ello es obvio.⁶³ Por otra parte, tampoco se corre el riesgo de que por su amplitud abarque hipótesis que no deba, siempre que se tenga cuidado de aclarar, como ya lo hicimos, que el concepto de acto administrativo queda restringido a las declaraciones productoras de efectos jurídicos inmediatos. Por ello, pues, *declaración* en nuestro concepto significa e involucra tanto a la decisión, pronunciamiento o manifestación de voluntad; como a la certificación, atestación, o conocimiento y al juicio u opinión apta para producir efectos jurídicos directos: no, pues, al dictamen.⁶⁴

8. Diferencia entre declaración y ejecución material

En la práctica puede haber dificultades para distinguir el acto administrativo (es decir, la declaración, en particular la declaración de voluntad) del hecho administrativo. En efecto, la declaración debe encontrar una traducción al discurso o al lenguaje del mundo externo para poder ser tomada en consideración en cuanto acto por el orden jurídico. Esa forma exterior puede ser expresa o tácita, positiva o negativa,⁶⁵ pero cabe señalar que la ejecución *material* del acto administrativo comporta por lo general tan sólo un hecho administrativo,⁶⁶ por lo que una decisión que se infiera del conocimiento material de su ejecución superpone el concepto de acto y hecho.

¿Cómo saber si nos encontramos en presencia de un acto o un hecho en estos casos en que la voluntad se da a conocer al mundo exterior directamente en la ejecución de dicha voluntad? Supongamos que la decisión de un agente de policía

⁶² En igual criterio COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 2, § 2.1 y 2.1.1, pp. 5-8; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 7º y 8º, § 5.1, pp. 183-5; comp. SANTI ROMANO, que en sentido similar habla de pronunciamiento o declaración, *op. cit.*, p. 173; FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, 1927, p. 15.

⁶³ Y tampoco se justifica restringir el término decisión a los actos concretos y utilizar disposiciones para los actos generales pues con mayor comodidad y claridad pueden usarse y se usan, los tres vocablos tanto para referirse a los actos generales como particulares.

⁶⁴ En el mismo sentido MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 179, p. 282.

⁶⁵ RANELLETTI, *op. loc. cit.*

⁶⁶ Esto no significa que la ejecución de un acto deba siempre ser material, pues también puede un acto ejecutarse, en todo o en parte, a través de otro acto. Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 4, "La actuación del órgano."

de detener a una persona que perturba el orden se aprecia —es decir, se da a conocer— recién en el hecho de que el agente toma a la persona de un brazo y la lleva a la comisaría;⁶⁷ que la decisión de los bomberos de destruir una casa para evitar la propagación de un incendio se conozca o advierta recién al ver que la están destruyendo; que la voluntad de la administración de afectar una calle al uso público se conozca al advertir que se quitan los obstáculos que la cerraban al tránsito. En estos casos hay una voluntad de la administración que se exterioriza, que se traduce al mundo exterior. Sin embargo, es un poco difícil decir que en todos los casos hay un acto administrativo. A nuestro juicio, el término declaración es bastante cercano a la corrección, en cuanto no da idea de manifestación *ejecutada* de algo, sino tan sólo de expresión intelectual —teórica, abstracta— de una idea. Su raíz etimológica así lo indica. Manifestación viene de *manus fendere*, “golpear con la mano,” e indica una demostración de algo con hechos objetivos que hacen saltar a la vista de los demás individuos aquello que se quiere señalar; que lo indica, por así decirlo, groseramente.⁶⁸ Declaración, en cambio, proviene de *de-clarus*, poner en claro, aclarar y presupone una expresión más fina, más sutil: *ergo*, una expresión intelectual, ideal, que toma para su expresión y comprensión caracteres del lenguaje natural, escrito o hablado, o simbolismos comprensibles que se hace accesible al intelecto mediante un proceso de análisis y de conversión de los datos simbólicos a nociones o datos reales.⁶⁹ Así, la decisión ejecutada se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos reales que transmiten la idea respectiva: la decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruida, etc. En cambio, la decisión declarada se da a conocer a los demás individuos a través de hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado: la decisión de permitir pasar surgirá de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito, la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc.

9. Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos

De lo expuesto resulta que los *actos* son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que los *hechos* son las actuaciones materiales,

⁶⁷ Es necesario destacar que en el ejemplo, por supuesto, no estamos suponiendo la licitud del comportamiento.

⁶⁸ La distinción que hicimos ya en la primera edición de *El acto administrativo*, 1963, declaración y manifestación de voluntad, con fundamento en su diferente raíz etimológica, que reproducimos aquí textualmente, ha sido seguida por DIEZ, *Derecho administrativo, op. cit.*, 1ª ed., pp. 204-5; pero este autor es quien primero apuntó la existencia de diferencias entre ambos conceptos: DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 109.

⁶⁹ Ver la nota precedente: DIEZ, *Derecho administrativo, op. loc. cit.*; *El acto administrativo, op. loc. cit.*: “Declarar el pensamiento quiere decir traducir en signos perceptibles para los sentidos de los demás, los que podrán en su propia mente interpretarlo;” “la declaración siempre es formal y precede a la ejecución del acto.”

las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no sean ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también en alguna medida es expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse, entonces, que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los individuos a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido convencional o ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material.

Si bien de algunos hechos o actuaciones materiales de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que los ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto. Para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad o conocimiento que se dirige o manifiestan al intelecto humano, a su comprensión intelectual en forma discernible como diferente a su directa ejecución material. Aparece allí la forma del acto administrativo; generalmente escrito o por señales o signos automáticos, a veces oralmente.⁷⁰

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza discursiva, simbólica, formalmente como tal y no materialmente a través de su directa ejecución, que requiere suponer o imaginar cuál haya sido la decisión que lleva a tal ejecución material. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que al menos un instante queda allí nomás, como determinación, opinión, o conocimiento: que no se ejecuta en el mismo acto de exteriorizarse.⁷¹ No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse. Lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión,

⁷⁰ *Infra*, cap. X. Es el caso de las órdenes de los agentes de tránsito, de los superiores en la administración pública, los docentes en la enseñanza, los guardiacárceles en los institutos de detención, etc. Parte de la doctrina llama a estos últimos regímenes "relaciones especiales de sujeción." Ver PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "La categoría de las relaciones especiales de sujeción," en GUILLERMO A. MUÑOZ y JORGE L. SALOMONI (dirs.), *Problemática de la administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, 1997, p. 131 y ss., y SALOMONI, JORGE LUIS, "La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino," en el mismo libro, p. 151 y ss.

⁷¹ En sentido similar DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 109.

una separación conceptual y real entre a) la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado y b) la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.), no estamos ante un acto, sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde.

El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad, pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o a emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución posible de dicho acto).

10. *Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc.*

En los ejemplos del epígrafe es claro, conforme a lo que venimos exponiendo, que hay manifestación inequívoca de voluntad administrativa. No hay en los carteles de prohibición de estacionar una decisión implícita que pueda considerarse no desplegada formalmente; no hay libertad de forma, ni es un acto de forma críptica.⁷² Tampoco presentan duda alguna de interpretación al conductor de un automóvil. Diríamos pues que si hay cartel hay acto o reglamento administrativo; en el caso de las normas de estacionamiento el cartel es la expresión misma de la voluntad administrativa.

Sin embargo, los Jueces de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires absuelven las infracciones de estacionamiento en los casos en que el gobierno de la Ciudad puso los carteles pero no ha dictado nunca un acto en soporte papel disponiendo lo mismo que dirá gráficamente el cartel. Es un caso de acto que existe, pero que los tribunales consideran inexistente conforme a la jurisprudencia local por no haberse utilizado una forma válida de expresión de la voluntad administrativa. En cambio no se podría desoir el sonido de un silbato del policía de tránsito, o la señal de alarma de que las barreras están próximas a descender, ni pretender mover las barreras físicas, sean ellas viales, ferroviarias, etc.⁷³

A la inversa, la secuencia puede invertirse sin que cambie la solución. Ello ocurre cuando la norma existe en soporte papel y es publicada en el *B.O.* de la Ciudad, pero no se instalan en los lugares pertinentes los carteles de “Prohibido

⁷²Todas estas caracterizaciones en BARRAGUIRRE, *op. cit.*, p. 97, nota, para referirse al “acto implícito.” Por su parte ILDARRAZ, BENIGNO; ZARZA MENSACQUE, ALBERTO R. y VIALE, CLAUDIO, *Derecho constitucional y administrativo*, Córdoba, EUDECOR, 1999, 2ª ed., p. 376, señalan que los “signos de universal entendimiento,” “señales luminosas en los semáforos,” etc., cumplen la misma función “y aún mediante la computación [se] podría registrar las infracciones.”

⁷³Comp. ILDARRAZ, ZARZA MENSACQUE y VIALE, *op. cit.*, pp. 375-6.

estacionar.” La inexistencia de cartel, aún habiendo norma que prohíbe estacionar, lleva a la no aplicación de sanciones por mal estacionamiento,⁷⁴ con distintas excepciones. Entre éstas cabe computar las normas que se reputan conocidas u obvias aún sin cartel: estacionar en avenida, sobre la mano izquierda, en esquina, sobre senda peatonal, obstruyendo una entrada de rampa, en doble fila, etc.

Tanto las normas de tránsito y estacionamiento como el código contravenacional⁷⁵ en general dan lugar a una rica casuística en cuanto a las múltiples variantes que presenta la exteriorización de la voluntad administrativa, entre otros variadísimos problemas.⁷⁶

⁷⁴ Allí confluyen la voluntad ciudadana de no cumplir las normas y ejercer señorío absoluto sobre su vehículo, en desmedro de la sociedad y el derecho. Los ejemplos son múltiples: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Fragmentos de derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp.77-9, “Derecho público del transporte de carretera.” Ver también *infra*, t. 4, cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

⁷⁵ Sobre el cual algo dijimos en el t. 2, cap. V, § 5, “Su cambio en el Estado actual.”

⁷⁶ Puede verse, en cuanto al fondo, MILITELLO, SERGIO A., *Código contravenacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999; por lo que hace a los criterios de determinación de la infracción ver BAGNARDI, HORACIO y DONATO, PEDRO ERNESTO, *Código de procedimientos en materia de faltas municipales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 14-7.

CAPÍTULO IV

ACTOS ADMINISTRATIVOS, REGLAMENTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO

| | |
|---|-------|
| 1. Los actos jurídicos de la administración y su clasificación | IV-1 |
| 2. Discrepancias terminológicas, no de fondo | IV-2 |
| 3. Criterio para seleccionar la denominación | IV-3 |
| 4. Aspectos comunes del régimen administrativo | IV-3 |
| 5. Diferencias en el régimen administrativo de los reglamentos y actos concretos | IV-4 |
| 5.1. Notificación y publicación..... | IV-5 |
| 5.2. Jerarquía normativa del reglamento sobre el acto administrativo...IV-6 | |
| 5.3. Estabilidad del acto regular | IV-6 |
| 5.4. Motivación del acto administrativo y el reglamento | IV-6 |
| 5.5. Audiencia previa en el reglamento y en el acto administrativo | IV-7 |
| 5.6. El acto administrativo producido por silencio de la administración pública | IV-7 |
| 5.7. Potestad de emitirlos | IV-8 |
| 5.8. Efectos de la interposición de recursos | IV-8 |
| 5.9. Retroactividad e irretroactividad del saneamiento | IV-9 |
| 5.10. Retroactividad del acto administrativo sustitutivo o favorable al interesado | IV-9 |
| 5.11. El reglamento como fuente de competencia | IV-10 |
| 5.12. Impugnación | IV-10 |
| 5.12.1. Casos de impugnación | IV-10 |
| 5.12.2. Autoridad competente para entender en el recurso..... | IV-12 |
| 5.12.3. Término para la interposición del recurso..... | IV-12 |
| 5.12.4. Efectos del recurso de alzada contra reglamentos | IV-13 |
| 5.12.5. Conclusión | IV-13 |

| | |
|---|-------|
| 5.13. Procedimiento de elaboración | IV-13 |
| 5.14. Terminación del procedimiento..... | IV-13 |
| 5.15. Impugnación judicial | IV-14 |
| 5.16. Primeras conclusiones | IV-15 |
| 6. La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología | IV-17 |
| 7. La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general | IV-18 |
| 8. Actos y contratos administrativos..... | IV-20 |
| 9. La distinción entre acto unilateral y bilateral | IV-25 |
| 10. El acto unilateral en su formación, de efectos bilaterales | IV-26 |
| 11. Los actos que requieren solicitud o aceptación..... | IV-27 |
| 11.1. Efectos del acto: pueden ser bilaterales | IV-27 |
| 11.2. La formación del acto | IV-28 |
| 12. Conclusión | IV-30 |
| 13. Noción de acto administrativo..... | IV-31 |

Capítulo IV

ACTOS ADMINISTRATIVOS, REGLAMENTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. *Los actos jurídicos de la administración y su clasificación*

En los caps. precedentes se ha visto cómo el total de la función administrativa puede clasificarse: *a)* en primer lugar, según sea apto o no para producir efectos jurídicos directos (sean provisionales o definitivos, hacia afuera o hacia adentro de la administración, de contralor o no, hayan sido queridos o no, sean lícitos o ilícitos); *b)* en segundo lugar, según se manifieste a través de actos (declaraciones, sea de voluntad, conocimiento u opinión) o de hechos, operaciones materiales que también responden a una voluntad, pero no la declaran sino que la ejecutan directamente. Dijimos que superponiendo transversalmente ambas clasificaciones, obteníamos cuatro grandes sectores de la actividad administrativa: los actos productores de efectos jurídicos directos, los actos no productores de efectos jurídicos directos, los hechos productores de efectos jurídicos directos y los hechos no productores de efectos jurídicos directos. Obviamente, el sector más importante es el de los actos productores de efectos jurídicos directos. Como veremos, algunos autores, con mayores o menores diferencias, llaman a estos actos administrativos, dejando para los demás (los no aptos para producir efectos jurídicos directos), la denominación de actos de la administración, actos internos, meros pronunciamientos administrativos, etc. Otros autores, dejando cualquiera de estas últimas denominaciones para los actos no aptos para producir efectos jurídicos, llaman actos administrativos a los actos unilaterales (*particulares* o *generales*), excluyendo a los contratos administrativos que reciben por tanto sólo tal denominación. Otros, por fin, llaman actos administrativos únicamente a los actos *unilaterales e individuales* o particulares, prefiriendo denominar reglamentos administrativos a los actos unilaterales generales y contratos administrativos a los actos *bi* o *plurilaterales*. Si bien parecen opiniones distanciadas, no lo están tanto, según pasaremos a explicarlo.

Las principales diferencias, en resumen, residen en determinar si la expresión acto administrativo se aplica también a los reglamentos y contratos administrativos, o no. No existe discrepancia en aplicar el término reglamento a los actos unilaterales generales y contrato administrativo a los actos bi o plurilaterales: La diferencia reside en establecer si *además* de tal nombre, se los llama *también* actos administrativos.

2. Discrepancias terminológicas, no de fondo

Por cierto, la cuestión es puramente de nombres, sin implicar en todos los casos problemas de fondo. Todo es cuestión de aclarar qué se entiende por los términos, pues si se toma la expresión acto administrativo en un sentido amplio, comprensivo de todos los actos jurídicos de la administración, entonces es claro que hay actos administrativos generales y bi o plurilaterales; si, a la inversa, se toma la expresión en sentido restringido, comprendiendo a una parte tan sólo de los actos jurídico-administrativos, resultará que no existen actos administrativos generales y así sucesivamente.

No debe creerse tampoco que haya algún uso obligado, necesario o lógico de utilizar el término, porque todos los autores emplean distinta terminología y porque tan discrecional es llamar acto administrativo a sólo una parte de los actos jurídico-administrativos, como llamar acto de la administración a los actos no aptos para producir efectos jurídicos. Si se quiere plantear la cuestión como problema de utilización lógica de los vocablos, debe advertirse que las expresiones acto de la administración y acto administrativo, p. ej., son idénticas y que sólo en forma *convencional* es que puede limitarse la primera expresión al campo de los actos *no jurídicos* y la segunda al de los *jurídicos*; no vemos entonces qué extrañeza podrá causar que la expresión acto administrativo ya restringida *convencionalmente* al campo de los actos *jurídicos*, sea nuevamente restringida, en forma tan discrecional¹ como la anterior a un nuevo sector de actos.

Tal vez lo ideal sería contar con un léxico más amplio, que nos proveyera con un nombre genérico (*v. gr.*, acto administrativo) para todos los actos productores de efectos jurídicos (1º, los unilaterales individuales; 2º, los unilaterales generales; 3º, los contractuales) y con un nombre específico o sectorial para cada una de las especies. Si tal fuera el caso, no habría distinción alguna: Todos serían llamados acto administrativo en forma genérica y cada uno tendría luego su propia denominación particular, dentro del género de los actos administrativos. El problema es que el lenguaje ha resultado insuficiente en este punto y si bien confirió nombre propio a los reglamentos y contratos administrativos, no otorgó un nombre específico para los actos unilaterales e individuales: Consecuentemente, alguna

¹O estipulativa; o arbitraria, si se prefiere. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 201, nota 13, la considera aclaratoria. Ver *supra*, t. 1, cap. I.

doctrina los denomina actos administrativos especiales y otra sencillamente los llama actos administrativos, aplicando a los otros sólo sus nombres específicos, sin repetirles el denominador común acto administrativo a todos.²

3. Criterio para seleccionar la denominación

Ya vimos al comienzo de esta obra³ que agrupar o diferenciar ciertos objetos depende de qué consideremos más importante, las semejanzas o las diferencias; de qué resulta más cómodo, la utilización de una sola palabra de clase o la clasificación en sectores; que siempre hay en cualquier grupo de objetos, caracteres que los asemejan y caracteres que los distinguen. Queda librado a nuestra elección escoger sus caracteres semejantes y agruparlos en una sola clase, o tomar sus caracteres diferenciales y separarlos en clases distintas dentro de una clase mayor.⁴

En verdad, esto hace que la discusión sea menos importante aún, a la luz del análisis filosófico ya que *no se discute siquiera la conveniencia de distinguir tres clases de actos jurídico-administrativos* (unilaterales generales, unilaterales particulares, contractuales) *sino sólo el nombre que se les dará.*

Pero lo cierto es que nos comunicamos con el lenguaje que tenemos y que éste se presta a confusiones recíprocas, por lo que no queda más remedio que intentar superarlas. Es como la discusión que ya vimos en materia de actos de entes públicos no estatales: Existen actos administrativos unilaterales e individuales emanados de estos entes, pero no contratos administrativos regidos por la legislación administrativa, sin perjuicio de que se apliquen algunos principios de derecho público.

No queda pues otro remedio que entrar también en la discusión, pues al fin de cuentas alguno hay que elegir y los autores argumentan sobre la bondad de la elección realizada. En atención a que la elección ha de efectuarse sobre la base de qué acentuaremos, las semejanzas o las diferencias, la exposición habrá de servirnos al menos para analizar a grandes rasgos el régimen jurídico vigente de los actos administrativos de todo tipo. Sea esto último, pues, nuestra justificación para ahondar en el tema.

4. Aspectos comunes del régimen administrativo

Sea que se opte por una definición amplia o restringida, en todo caso siempre hay tanto rasgos comunes como diferenciales. En el caso de los primeros, cabe señalar que todos “están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico-administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente

² Que, por otra parte, también podría hacerse extensivo a los actos no productores de efectos jurídicos dictados por la administración, según vimos.

³ *Supra*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. I; 9ª. ed., México, Porrúa, 2004.

⁴ *Supra*, t. 1, cap. I.

superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión.”⁵

Además de ello existen otros principios *comunes* a reglamentos y actos administrativos, particularmente en materia de *nulidades* y *vicios* del acto, de las reglas que debe seguir y respetar la administración en su emisión, etc., pero ello no obsta a que existen todavía algunas diferencias entre ambos, que a nuestro modo de ver justifican la distinción terminológica.

Conviene adelantar, porque es una cuestión importante en nuestra débil vigencia del Estado de Derecho, que la cuestión no pasa por reconocer potestades legislativas propias o delegadas al Poder Ejecutivo, algo que prohíbe el art. 76 de la Constitución de 1994,⁶ sin perjuicio de que sí tienen potestades regulatorias sub legales las autoridades administrativas independientes creadas para el contralor de los servicios públicos privatizados.

No es pues por postular características legislativas al reglamento, lo que en modo alguno hacemos, que entendemos que corresponde diferenciarlo semánticamente del acto administrativo unilateral e individual.

5. *Diferencias en el régimen administrativo de los reglamentos y actos concretos*

Desde el decreto-ley 19.549/72 algunos autores han entendido encontrar una consagración normativa de la solución que postula la asimilación conceptual de ambos términos,⁷ pero debe tenerse presente la advertencia de LINARES, en el sentido de que no basta la mera expresión empleada en alguna disposición legal,

⁵ GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. III, Madrid, 1963, 10ª ed., p. 380. El primer punto de semejanza fue siempre correcto; el segundo entendimos en su momento que no se ajustaba al derecho argentino, como lo explicamos en esta misma obra y lugar, 3ª ed., § 4 del cap. IV. Sin embargo, la Constitución de 1994 al introducir expresamente los derechos de incidencia colectiva ha dado lugar a un desarrollo en el cual se admiten los efectos *erga omnes* de la sentencia, lo cual ha modificado positivamente nuestro derecho. Ver *supra*, t. 2, cap. II y el cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed. Ver también HUTCHINSON, TOMÁS, “La impugnación judicial de los reglamentos,” en RADA, 9: 31, Buenos Aires, 1976, quien analiza el problema a la luz del decreto-ley 19.549/72; GRECCO, CARLOS MANUEL, “Impugnación de reglamentos,” en el libro de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 69 y ss.; SANMARTINO, PATRICIO MARCELO E., “Impugnación de actos de alcance general: la dispensa del reclamo impropio como recaudo habilitante de acceso a la jurisdicción,” en el libro citado, p. 77 y ss.; DIEZ, HORACIO PEDRO, “Vías de impugnación de los reglamentos, por reclamo y recursos, en el procedimiento administrativo nacional,” igual libro, p. 90 y ss.

⁶ Ver MAIRAL, “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2004, esp. secc. II, § 3. b). La doctrina argentina es uniforme en relación a lo que ahora púdicamente se denomina la “calidad institucional.”

⁷ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 237. En el derecho comparado tiende a prevalecer la opinión que restringe el uso de la frase a los actos unilaterales e individuales, pero también hay autores y países en los cuales se prefiere llamar acto administrativo tanto al general como al particular, p. ej. PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, p. 64.

pues: “No obstante ello, si se computa la plenitud del sistema de esa ley, las diferencias que resultan del trato sobre diversos aspectos tales como preparación del acto, denegatoria por silencio, fundamentación, jerarquía normativa, estabilidad, retroactividad y otros, hacen que, en definitiva, la formación de un género único para reglamentos y actos individuales resulte meramente verbal.”⁸

Por ello ya antes del dictado del decreto-ley 19.549/72 habíamos analizado el régimen concreto de actos y reglamentos para establecer la conveniencia o inconveniencia de una u otra terminología,⁹ análisis que posteriormente actualizamos en relación al referido cuerpo normativo¹⁰ y que también ha recibido otras contribuciones similares.¹¹ A todo ello nos referimos a continuación.

5.1. Notificación y publicación

El acto administrativo particular adquiere efectos jurídicos o eficacia a partir de su *notificación*, art. 11, lo que implica un conocimiento *cierto* del acto, art. 41 del decreto 1759/72, implícitamente; salvo el caso de la citación por edictos, tratándose de personas cuyo domicilio se ignora, art. 42. En cambio, el reglamento adquiere eficacia a partir de los ocho días cumplidos después de su *publicación* (art. 11 del decreto-ley 19.549/72; art. 108 de la reglamentación),¹² lo que implica un conocimiento ficto o presunto del acto.¹³

Es más, el conocimiento cierto *vs.* el presunto del reglamento se ha visto notoriamente agravado por una práctica creciente del *Boletín Oficial* de la Nación: Publicar en la 1ª sección (legislación y avisos oficiales) primero las leyes, luego los decretos (muchas veces sintetizados), después decisiones administrativas (*ídem*) y finalmente resoluciones sintetizadas, concursos oficiales, remates oficiales y avisos oficiales.

En esta última sección de avisos oficiales, que nadie razonablemente leería a diario en forma sistemática, aparecen resoluciones administrativas con efectos jurídicos generales importantes, como de la DGI, el B.C.R.A., llamados o postergaciones de audiencias públicas, etc., incluso acordadas de la Justicia.

⁸ LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 205-6.

⁹ *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, 1ª ed., p. 68 y cap. V, § 5; 2ª ed., 1969, pp. 101-4.

¹⁰ “Acto, reglamento y contrato administrativo en la ley 19.549,” *RADA*, 3: 13, Buenos Aires, 1972.

¹¹ Para un desarrollo mayor de algunas de las distinciones que explicamos en el texto, ampliar en RAINAUD, JEAN MARIE, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, París, 1966; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 298 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición,” *RAP*, 29: 164, Madrid; MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967 y sus referencias; VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, pp. 196-215.

¹² Cfr. Provincia de Buenos Aires, art. 125 del decreto-ley 7647/70: “producirán efectos jurídicos a partir del día siguiente al de su publicación.”

¹³ En igual sentido HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1997, reimpresión de la 4ª ed., pp. 87-8, 104 y ss. y otros autores.

Hay fallos que el Poder Judicial de la Nación manda publicar en el *Boletín Oficial* por ser de efectos *erga omnes*,¹⁴ p. ej. del Juez MARINELLI declarando no promulgada, en la parte pertinente, una ley vetada parcialmente por el Poder Ejecutivo. Pero la administración se las arregla para sabotear el resultado: Salió no ya en la sección avisos de la 1ª sino de la 2ª sección, a la cual virtualmente nadie se suscribe. Con estas y otras publicaciones insuficientes, que violan el principio de publicidad de buena fe de los actos estatales, resulta imposible pensar en una equiparación realista, en el derecho argentino viviente, de reglamentos y actos administrativos.

5.2. Jerarquía normativa del reglamento sobre el acto administrativo

Si bien las normas del decreto-ley 19.549/72 no se refieren al punto, pensamos que se mantiene incólume el principio de que “toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida,” o sea, que existe una jerarquía normativa entre el reglamento y el acto administrativo particular.¹⁵ Por lo demás, tanto el procedimiento general como los procedimientos especiales están regidos por reglamentos (el propio decreto 1759/72 y las normas reglamentarias que se dictan en virtud del art. 2º, inc. a), es decir, por normas generales que serán luego fuente de los actos particulares de aplicación que se dicten en cada caso.

5.3. Estabilidad del acto regular

El acto concreto del que hubieran nacido derechos subjetivos a favor del individuo, no puede ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa (art. 18); el reglamento, en cambio, puede ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa.¹⁶

5.4. Motivación del acto administrativo y el reglamento

El art. 7º, inc. e) del decreto-ley, exige como requisito esencial cuya violación produce nulidad absoluta del acto (art.14, inc. b), su adecuada motivación, o sea que exprese “en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.” Esta exigencia legal no es aplicable con igual rigor para el reglamento que para el acto administrativo.

Es en el acto individual donde con mayor severidad cabe reclamar la debida motivación, pudiéndose admitir en cambio mayor latitud en los actos de alcance general, de suyo más difíciles, por su misma generalidad, de ser concretamente fundados en cada una de sus disposiciones.

¹⁴ Explicamos esta problemática *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

¹⁵ Ampliar *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VII, § 11, “La inderogabilidad singular y sus alcances” y sus referencias.

¹⁶ Ampliar *infra*, cap. VI, § 4, “Acto administrativo.”

La obligación de que el acto “haga expresa consideración de los principales argumentos” (art. 1º, inc. f), ap. 3º), p. ej., nos parece especialmente aplicable al acto administrativo, con exclusión del reglamento, salvo en el caso de grandes proyectos que requieran audiencia pública previa de la cual el acto habrá de dar cuenta.

5.5. Audiencia previa en el reglamento y en el acto administrativo

El acto administrativo puede decidir cuestiones no propuestas por el interesado, siempre que le otorgue previa audiencia (art. 7º, inc. c); del mismo modo, el art.1º, inc.f), ap.1º, faculta al particular a “exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.”¹⁷

La exigencia de la previa audiencia en materia reglamentaria funciona mediante el procedimiento de audiencia pública.¹⁸

5.6. El acto administrativo producido por silencio de la administración pública

De acuerdo al procedimiento de reclamo y pedido de pronto despacho que regula el art. 10 del decreto-ley 19.549/72, es posible producir un acto denegatorio tácito¹⁹ de la administración pública, a través del silencio de ésta. Nos parece claro que dicha norma está concebida para el caso de silencio en actos administrativos en sentido estricto y que no cabría interpretarla como admitiendo la posibilidad de que se produzca una norma general por denegación tácita.

No es distinta la situación cuando pueda presumirse la ineficacia cierta del reclamo previo, en virtud de una clara conducta administrativa, en sentido contrario a la pretensión que se intenta formular. En otras palabras, si la administración

¹⁷ La fuente de la norma está a su vez, casi textualmente, en el art. 236, inc. 2º) de nuestro Proyecto de 1964: “expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo que se refiere a sus derechos subjetivos o intereses legítimos;” hemos publicado el proyecto en nuestro libro *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., p. 258.

¹⁸ Nos remitimos a su exposición en el t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” Ver también el denominado “proceso de elaboración participativa de normas,” conforme el reglamento aprobado por el decreto 1172/03, Anexo V: BARAGLI, NÉSTOR “Elaboración participada de normas,” Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, 2004; REJTMAN FARAH, MARIO, “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 97 y ss. Sobre la desafortunada derogación del art. 104 del decreto 1759/72, que preveía un procedimiento para someter a información pública y requerir la opinión de personas o entes ajenos a la administración actos de alcance general, ver REJTMAN FARAH, “La desorganización de la organización administrativa o la organización del desgobierno” en *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, p. 335 y ss., esp. p. 348 y ss.

¹⁹ Un mayor desarrollo *infra*, cap. X. Ampliar y comparar en REJMAN FARAH, “La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, p. 809 y ss.; MURATORIO, JORGE I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 663 y ss.

ha fijado una posición en otros casos en forma expresa o tácita, no se exige al particular que le pida en reclamo previo que se la reitere a él personalmente, para habilitarlo a acudir a la instancia judicial.²⁰ Pero esto no es, como se ve, un caso de “norma general tácita denegatoria,” que tenga vida en el mundo jurídico en cuanto norma general, sino de una presunción (que deberá demostrarse a partir de hechos o actividades concretas) que faculta al interesado a iniciar la acción judicial en su caso particular, prescindiendo del reclamo previo.

De allí se deduce, p. ej., que no podría admitirse una impugnación administrativa o judicial de la supuesta norma general tácita, precisamente porque ella no existe en cuanto tal en el ordenamiento jurídico.

5.7. *Potestad de emitirlos*

Otra diferencia es también, para nosotros, que la facultad para dictar unos y otros puede ser entendida de manera diversa. En nuestro concepto y por lo que se refiere al derecho argentino, la facultad de dictar actos administrativos es de la propia naturaleza de la función administrativa y por lo tanto *amplia*. La facultad de dictar reglamentos, por diversas razones es en cambio, comparativamente, *restringida*.²¹ Claro está que esta discusión se ubica centralmente como una clave de bóveda de las teorías que construyen un sistema que privilegia la autoridad contra la libertad, no obstante todas nuestras malas experiencias con el poder absoluto de nuestros gobernantes. Todas, sin embargo, pasado su período eruptivo²² llegan a la madurez de privilegiar la libertad contra la autoridad. Sólo hace falta que la realidad acompañe estos principios...

5.8. *Efectos de la interposición de recursos*

También existen diferencias entre ambos en cuanto a los efectos de la interposición de los recursos administrativos contra ellos. Mientras que, según una parte de la doctrina, los recursos administrativos o judiciales tienen en ciertos casos efectos suspensivos de pleno derecho respecto de los actos administrativos impugnados (típicamente, cuando se trata de actos que avanzan sobre la propiedad

²⁰D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. II, secc. A, § 5, pp. 30-1; *La justicia administrativa en Argentina, Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. 2, secc. A, § 5, pp. 36-7; ampliar *infra*, t. 4, cap. XII, § 10.3.6, “Ritualismo inútil.”

²¹Esto, que ya sostuvimos anteriormente, ha sido objetado por un autor que entendió, partiendo de un sistema constitucional tan diverso al nuestro como el francés de 1958, que existía una potestad reglamentaria “reservada” de la administración: MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 224-5, cuya respuesta desarrollamos en el t. 1, *Parte general, op. cit.*, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración;” puede verse su evolución en COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La «zona de reserva de la administración» y el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 501 y ss. Para el encuadre político, ver la “Introducción,” en este mismo vol.; para el jurídico y político más general ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VII, § 7, citado y FRANÇOIS VINCENT, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, París, L. G. D. J., 1966, p. 44.

²²BREWER-CARÍAS dice que es una suerte de sarampión de los administrativistas.

privada o la libertad de los ciudadanos),²³ ese efecto, en cambio, no alcanza a los reglamentos. En otras palabras, interpuesto un recurso, él puede tener por efecto suspender la ejecución del acto impugnado, si dicho acto es individual o particular y adolece de nulidad. Si se trata de un acto general, la interposición del recurso no tiene *per se* efecto suspensivo respecto de él. Es siempre indispensable una decisión expresa, administrativa o judicial, suspendiéndolo.

5.9. *Retroactividad e irretroactividad del saneamiento*

La regla general es la irretroactividad tanto del reglamento como del acto administrativo;²⁴ en ambos casos existen algunas excepciones, pero ellas divergen según la materia. Así p. ej., en materia de saneamiento de actos administrativos singulares, las excepciones a la irretroactividad vienen dadas por el propio decreto-ley 19.549/72, que en su art. 19 otorga efecto retroactivo al saneamiento por ratificación o confirmación.²⁵ En materia de actos generales, en cambio, la regla de la irretroactividad de la norma tiene tanto su formulación como sus excepciones en la jurisprudencia,²⁶ y no parece posible concebir supuestos de saneamiento retroactivo.

5.10. *Retroactividad del acto administrativo sustitutivo o favorable al interesado*

Con alcance más general, el art. 13 autoriza la retroactividad del acto administrativo dictado: a) en sustitución de otro acto revocado, o b) que “favoreciere al administrado.” En la primera hipótesis, sustitución de un acto por otro, el decreto-ley trata de un acto particular ya que sería inadmisibles sentar por principio la retroactividad de un nuevo reglamento que sustituya otro revocado, en contra del señalado principio de irretroactividad de las normas generales.

En el segundo caso, la misma expresión de la norma —“cuando favoreciere al administrado”— indica también inequívocamente que se trata de un acto referido a persona determinada, por tanto acto administrativo en sentido estricto.

²³ Ver *infra*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

²⁴ Reformulamos así lo expuesto más antiguamente; en las últimas ediciones seguimos en este punto a HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 117; BARRA, RODOLFO C., “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586; MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 440 y ss., p. 773 y ss. Sobre la cuestión de los efectos *ex nunc* o *ex tunc* de la revocación o anulación del acto administrativo singular, nos remitimos al debate que explicamos más abajo, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo,” § 9, “Especies de nulidades administrativas.”

²⁵ HUTCHINSON, *op. ult. cit.*, pp. 146-7 y los demás casos que menciona en la p. 120 y ss. Otros supuestos de retroactividad del acto administrativo particular, previstos en leyes provinciales, en MONTI, LAURA, “Consideraciones sobre la retroactividad en el ámbito del derecho administrativo,” *ED*, 176: 739, 744 y ss.

²⁶ Comp. MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 261; MONTI, *op. ult. cit.* La regla no se aplica en materia de exenciones impositivas, que se interpretan restrictivamente: CNFed. CA, Sala IV, *Su Supermercado S.A., LL*, 1998-E, 537. Ver también *infra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad,” § 4.2, “Individualidad,” *in fine*, al comparar la estabilidad del acto administrativo con la del reglamento.

El art. 13, pues, se refiere solamente a los actos particulares, con exclusión de los actos reglamentarios.²⁷

5.11. *El reglamento como fuente de competencia*

En su art. 3° el decreto-ley establece que la competencia de los órganos administrativos será la que resulte de la Constitución, de las leyes “y de los reglamentos dictados en su consecuencia,” con lo cual el origen de la competencia puede ser reglamentario, pero no puede nacer de actos concretos. Sin embargo, el sistema constitucional de 1994 limita severamente la potestad del Poder Ejecutivo de dictar reglamentos,²⁸ salvo en el caso de los entes reguladores independientes.²⁹ Como sabemos, no se trata de una norma que se esté cumpliendo, muy al contrario, el Poder Ejecutivo ha exacerbado en los últimos años diversas formas de ejercicio de potestad reglamentaria,³⁰ exacerbando el arcaísmo de nuestra sociedad.³¹

5.12. *Impugnación*

La carga o gravamen para el interesado, de impugnar en término los actos, rige solamente para los actos unilaterales de contenido particular.³²

5.12.1. *Casos de impugnación*

El decreto 1759/72 introduce en este aspecto una distinción que no es a nuestro juicio acertada y que pensamos deberá modificarse o al menos morigerarse por

²⁷ Ver HUTCHINSON, *op. ult. cit.*, p. 116 y ss.; GRECCO, CARLOS M., *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988; MONTI, *op. ult. cit.*, p. 743.

²⁸ Aunque está ampliamente facultado para *delegar* sus atribuciones, por la ley 22.520: *infra*, cap. VIII, § 11, “Competencia en razón del grado,” nota 11.3.

²⁹ *Supra*, t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social,” t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo” y XV, “Los entes reguladores.”

³⁰ Ampliar las referencias de *supra*, “Introducción,” notas 5 y 37, 2ª parte., pp. Int-2 e Int.-6.

³¹ Ver nuestro art. “La modernización de la administración pública,” En *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, *opus* No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71. Lo explicamos con más detalle, anteriormente, en “Civilizations and Public Law: a View from Latin America,” en EVANGELOS VENIZELOS /ANTOINE PANTELIS (dirs.), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXXIX, Esperia Publications Ltd., Londres, 2005, pp. 215-232 y separata; nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003.

³² CNFed. CA, Sala V, *Tello, LL*, 2000-C, 171, año 1999. Ver también las referencias de nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios; el problema viene creciendo a través del tiempo, como lo adelantamos en “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091-1102; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?”, *LL*, 2005-A, pp. 905-921; reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

vía interpretativa. Dice el art. 73, primera parte, que el acto de alcance general puede ser impugnado mediante recursos administrativos cuando la administración le “hubiera dado o comenzado a dar aplicación.”³³

Ello daría a entender, aparentemente, que la impugnación del acto general solamente puede hacerse a través de los actos o hechos concretos de aplicación. Ahora bien, ese principio no se compadece con el que contiene el art. 24, inc. a) del decreto-ley 19.549/72, que prevé expresamente la impugnación judicial del acto general, cuando éste “afecte o pueda afectar en forma cierta o inminente en sus derechos subjetivos” a un particular y se haya formulado reclamo previo con denegatoria expresa o tácita de acuerdo al art. 10. Conjugando la norma legal y la reglamentaria, resultaría que es distinta la solución si el acto general afecta derechos subjetivos, en que se aplica el decreto-ley 19.549/72, o intereses legítimos, en que no se aplica el art. 24.

a) En el primer caso, al ser de aplicación el principio del art. 24, inc. a) es por lo tanto admisible la impugnación administrativa (con miras a la ulterior impugnación judicial) cuando el acto meramente “puede afectar en forma cierta e inminente” los derechos subjetivos del impugnante; o, por cierto, cuando los “afecte” en forma directa.

b) En el segundo caso, cuando el reglamento no afecta en forma inminente y cierta a derechos subjetivos y afecta entonces potencialmente a derechos subjetivos, o actual o potencialmente a intereses legítimos, aparentemente recobraría vigor la regla del art. 73 del decreto 1759/72 y entonces el reglamento no sería impugnable administrativamente sino cuando se le “hubiere dado aplicación” o “comenzado a dar aplicación;” o sea, no sería impugnable directamente, con la salvedad enunciada en el art. 75, 2ª parte.³⁴

No encontramos *prima facie* una explicación para la distinta solución legal-reglamentaria que así resultaría en el tratamiento de la impugnación de actos generales. La diferencia debería ser allanada, admitiéndose como principio la posibilidad de impugnar el reglamento por quienes se vean afectados por él, actual o potencialmente, en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, según el criterio más genérico del art. 74. Un posible fundamento para una unificación interpretativa residiría en señalar que el haber “comenzado a dar aplicación,” a que se refiere el art. 73, comprende tanto la aplicación al propio interesado como a cualquier otra persona, o incluso cualquier actitud expresa o tácita de la administración que importe una suerte de preparación para la ejecución que

³³ Sobre el tema ampliar y comparar GÜIDI, GRACIELA, “Impugnación de reglamentos,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 124 y ss.; HUTCHINSON, “La impugnación judicial de los reglamentos,” *op. loc. cit.*

³⁴ “Si se tratare de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general, será competente el organismo que dictó la norma general sin perjuicio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicación.”

haga así potencialmente “inminente” (*lato sensu*) su aplicación. En esta variante, se daría un sentido final homogéneo al decreto-ley.

5.12.2. *Autoridad competente para entender en el recurso*

También en este aspecto el reglamento intenta introducir una distinción entre acto particular y general, en el art. 73: “Serán competentes para resolver los recursos administrativos contra actos de alcance individual los organismos que se indican al regularse en particular cada uno de aquellos. Si se tratare de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general será competente el organismo que dictó la norma general,³⁵ sin perjuicio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicación.”

Como se ve, no se dice cuáles son los recursos aplicables en el segundo caso, pero puede estimarse que serán los que correspondan de acuerdo al ordenamiento ordinario de los recursos, con la sola diferencia de variar el órgano de decisión ante el primer recurso (contra el acto particular de aplicación de otro general) y sin perjuicio de los recursos ulteriores que correspondan contra la decisión que adopte en este caso la autoridad que dicta el acto general y resolvió además la impugnación contra el acto particular de aplicación.

5.12.3. *Término para la interposición del recurso*

Los términos para recurrir corren solamente a partir de los actos de aplicación; el reglamento puede ser impugnado *sine die*,³⁶ en forma directa o contra aquéllos,³⁷ incluyendo su articulación como defensa o excepción.³⁸ La solución se afianza con la reforma constitucional de 1994 y su tutela de los derechos de incidencia colectiva.³⁹

³⁵ No está claro si el recurso debe ser resuelto por dicha autoridad solamente cuando lo que se ataca es específicamente el acto general al cual se conforma el acto de aplicación impugnado, o también cuando la impugnación se refiere a vicios del acto particular, sin cuestionarse la legitimidad del reglamento en el cual se lo encuadra. Con todo que semejante distinción podría ser lógica, pensamos que si se introdujera, produciría casi siempre incertidumbre respecto de la autoridad competente, con perjuicio para los derechos del recurrente, que no sabría así a ciencia cierta ante qué autoridad interponer qué recursos. Estimamos que mientras la norma subsista, debería aplicársela sin efectuar distinciones.

³⁶ Es la solución preexistente al decreto-ley 19.549/72, como lo explicamos en su momento en nuestro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., pp. 364-5. Conf. GRECCO, *op. cit.*, p. 87 y ss.; MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 378 y ss.; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 41 y *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 497 y ss.

³⁷ MAIRAL, *op. cit.*, t. II, p. 398 y ss.

³⁸ MAIRAL, t. II, *op. cit.*, p. 398 y ss.

³⁹ *Supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.” La importancia de esta incorporación constitucional ha sido muy grande, pero todavía dista de aplicársela plenamente. Es otra manifestación del mismo fenómeno que analizamos en las remisiones precedentes de las notas 31 y 32.

5.12.4. *Efectos del recurso de alzada contra reglamentos*

La regla del art. 97 *in fine* para el recurso de alzada será difícil mantenerla para el acto concreto,⁴⁰ pero puede funcionar para el acto general, en cuanto limitación adicional de la revisión por el Poder Ejecutivo. En todo caso cabe destacar que no parece constitucional, desde 1994, admitir el recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo contra los actos, sean particulares o generales, de los entes reguladores independientes.⁴¹

5.12.5. *Conclusión*

Aunque con dudas e imprecisiones, existen diferencias entre la impugnación de actos generales y particulares incluso en sede administrativa.

5.13. *Procedimiento de elaboración*

El procedimiento de elaboración del acto particular y general es distinto. En especial, cabe destacar que al reglamento y a los grandes proyectos les son de aplicación los principios de la audiencia pública que ya explicamos.⁴² Ese procedimiento no es de aplicación para la mayor parte de los actos singulares, excepto para los grandes proyectos según dijimos: típicamente, el análisis de impacto ambiental. En tales casos parece claro que no estamos en presencia de un reglamento, pues nada se incorpora como norma permanente al ordenamiento jurídico, pero el hecho de tomar una decisión que afecte el medio ambiente le da un carácter de afectación de derechos de incidencia colectiva que surge de la propia Constitución en sus arts. 41 y 43 y torna indispensable la previa audiencia pública.

5.14. *Terminación del procedimiento*

El procedimiento administrativo termina por voluntad del interesado,⁴³ o de la administración. En este último caso lo normal es una resolución particular,⁴⁴ en la cual se ratifica o confirma el acto impugnado, o se lo revoca, sustituye o modifica.⁴⁵ En cambio, es más bien excepcional la terminación de un procedimiento en sede administrativa por la derogación total o parcial de un reglamento a través de otro acto reglamentario, o por la emisión de un nuevo acto reglamentario o sustitutivo del anterior (art. 83.) En sede judicial, con todo, ha comenzado una

⁴⁰ Por lo expuesto en *Procedimiento y recursos administrativos* desde la 2ª ed., *op. cit.*, pp. 471-2, hoy t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2006, 9ª ed., cap. XI, "Recurso de alzada." Máxime en la actualidad, en que la justicia modifica, convierte y sustituye actos administrativos, lo explicamos en la "Introducción" e *infra*, cap. XII, § 12, "Sustitución y reforma."

⁴¹ *Infra*, t. 4, cap. XI, § 3.4, "Entes reguladores."

⁴² Ver *supra*, t. 2, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública." Ver también REJTMAN FARAH, "El principio de transparencia..." *op. loc. cit.*

⁴³ Desistimiento del recurso; o del derecho; o caducidad, art. 1º, inc. e), ap. 9º del decreto-ley y arts. 66 a 70 de la reglamentación.

⁴⁴ Expresa: art. 64; o tácita, art. 65 de la reglamentación y 10 del decreto-ley.

⁴⁵ Art. 81 de la reglamentación y 19 y 20 del decreto-ley.

saludable tendencia a dejar sin efecto actos reglamentarios con carácter *erga omnes*.⁴⁶ La mayor parte de las normas del decreto 1759/72 se refieren así a individuos concretos que impugnan actos particulares y ello es una razón más que indica la conveniencia de distinguir conceptualmente los reglamentos de los actos administrativos *stricto sensu*.

5.15. *Impugnación judicial*⁴⁷

Es necesario considerar dos aspectos: la oportunidad de la impugnación y los efectos de su acogimiento judicial. En el primero, el acto administrativo particular se impugna directamente en sede judicial (art. 23 del decreto-ley); el reglamento en principio se impugna indirectamente, cuando se produce su aplicación actual (art. 24, inc. b) y 25, inc. c), o inminente, previo reclamo y silencio de la administración (art. 24, inc. a) y art. 25, inc. b).⁴⁸ Ello, claro está, sin perjuicio de la inaplicación del acto reglamentario nulo de nulidad absoluta, por otros tribunales.⁴⁹ Como destaca la doctrina, no existe plazo para la interposición del reclamo impropio del art. 24,⁵⁰ lo que también abona la tesis de que no existe plazo para la impugnación judicial de los reglamentos, por acción, defensa o excepción. En cuanto a los efectos, la doctrina⁵¹ había sugerido hace tiempo lo que finalmente la jurisprudencia ha comenzado a admitir: los efectos *erga omnes* de la sentencia condenatoria de la administración o anulatoria de un acto de carácter general, abandonando así la vieja solución que en caso de considerarlo ilegítimo se limitaba a su no aplicación al caso particular. Es sin duda un avance de nuestro derecho viviente, sugerido hace tiempo por la doctrina. Nos hemos acercado pues al postu-

⁴⁶ Ver los casos *Blas* y *Barsanti* de la Sala I que comentamos *supra*, t. 2, cap. II y “Los grandes fallos de la actualidad,” en *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. XI; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A., *Las nulidades de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 1972, pp. 298-9.

⁴⁷ Ampliar en GORDILLO - DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo. Decreto-ley 19.549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, 2ª ed., título IV, p. 237 y ss; MAIRAL, *op. loc. cit.*; COMADIRA, JULIO RODOLFO y MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, com. al art. 24, § 6, p. 449 y ss.; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, cap. III, p. 111 y ss.; GRECCO, *Impugnación...*, *op. cit.*, p. 77 y ss.; *op. loc. cit.*; “Impugnación...,” *op. loc. cit.*; GÜIDI, “Impugnación...,” *op. loc. cit.*; HUTCHINSON, “La impugnación...,” *op. loc. cit.*; SANMARTINO, “Impugnación...,” *op. loc. cit.*; DIEZ, HORACIO PEDRO, “Vías de impugnación de los reglamentos, por reclamo y recursos,” *op. loc. cit.*

⁴⁸ Ver excepciones *supra*, § 5.12.3, “Término para la interposición del recurso” y notas.

⁴⁹ Ampliar *infra*, cap. XI, § 14, “La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad.”

⁵⁰ GRECCO, *op. loc. cit.*; CANOSA, ARMANDO N., “El concepto de recurso administrativo,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 585 y ss., pp. 588-9.

⁵¹ BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 133 y ss.; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 37. Comp. DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 348-9. Manifestó la posición contraria sobre el derecho positivo MAIRAL, *op. cit.*, p. 879 y ss.; “Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento,” *RADA*, 2: 223, Buenos Aires, 1989.

lado de HUTCHINSON,⁵² para quien los reglamentos contrarios a derecho son nulos de pleno derecho⁵³ y carecen de presunción de legitimidad,⁵⁴ todo lo cual torna asistemática su vigencia genérica a pesar de declararse su nulidad; a lo cual agregó claras razones de economía procesal.⁵⁵ También han comenzado a aparecer diversos supuestos de decisiones judiciales de efectos *erga omnes*: *Agueera*,⁵⁶ *Barsanti*,⁵⁷ *Blas*,⁵⁸ *Ekmekdjian*,⁵⁹ *Gambier*,⁶⁰ *Labatón*,⁶¹ *Monges*,⁶² *Torello*,⁶³ *Viceconte*,⁶⁴ *Youssefian*,⁶⁵ etc.⁶⁶ Lo mismo ocurre en el ámbito provincial.⁶⁷ En el estado actual de la jurisprudencia no se puede afirmar que siempre la declaración de nulidad de un reglamento tiene efectos *erga omnes*, y hay sentencias que, a la inversa de los fallos precedentes, se ocupan de aclarar específicamente que la declaración de nulidad es sólo para el caso individual y particular sometido a decisión, conforme la jurisprudencia tradicional. Puede afirmarse, en suma, que la sentencia que declara la nulidad de un reglamento podrá o no tener efectos *erga omnes* de acuerdo a lo que decida el tribunal.

5.16. *Primeras conclusiones*

De lo expuesto se desprende a nuestro modo de ver que las principales diferencias de régimen jurídico entre actos, reglamentos y contratos administrativos se han acentuado en el decreto-ley; por ello, entendemos que corresponde utilizar una definición estricta de acto administrativo, que no lo confunda con los reglamentos

⁵² HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 37. Menos terminante DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, *op. cit.*, pp. 348-9. En el derecho comparado GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Civitas, 1970, pp. 8-9.

⁵³ HUTCHINSON, *op. cit.* p. 37: “los reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho y no podría ocurrir de otra manera, por cuanto si ellos fueran solamente anulables, significaría que dicha anulabilidad podría hacerse valer dentro de un plazo, lo que determinaría que por el mero transcurso del tiempo se haría inatacable, supuesto totalmente inadmisibles pues ello introduciría una nueva causal de derogación de las leyes: la producida por un reglamento que a ella se opone, por el sólo hecho de haber dejado transcurrir los plazos sin impugnarlo.”

⁵⁴ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁵ “Por otra parte, la impugnación directa de un reglamento ilegal y como consecuencia su eliminación, tiene también un efecto directo de economía procesal, al evitar el planteamiento de multitud de litigios con ocasión de la aplicación de dicho reglamento ilegal, facilitando a su vez la unidad de calificación de tal ilegalidad:” HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁶ CSJN, *LL*, 1997-C, 322.

⁵⁷ CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 293.

⁵⁸ CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 288.

⁵⁹ CSJN, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 338.

⁶⁰ CNFed. CA, Sala II, *LL*, 1999-E, 623.

⁶¹ CNFed. CA, Sala V, *LL*, 1998-F, 345.

⁶² CSJN, *ED*, 173: 272; *LL*, 1997-C, 143.

⁶³ CNFed. CA, Sala II, *LL*, 2000-B, 275.

⁶⁴ CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305.

⁶⁵ CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar); sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 710.

⁶⁶ Ampliar *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva” y el cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*

⁶⁷ Así SCJBA, *in re Quintana, Teodoro Carlos (UPCN) y otros*, 5-XII-01, con nuestra nota “Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine,” *LL*, 2002-B, 344.

administrativos, para que la definición realmente se corresponda armónicamente con el derecho positivo y ayude a explicarlo o interpretarlo adecuadamente. Por nuestra parte, entonces, mantenemos en este aspecto la definición que diéramos oportunamente.⁶⁸

Dicho en otras palabras, el decreto-ley y su decreto reglamentario no se refieren en forma indiferenciada y unívoca, en todas sus normas por igual, a los actos administrativos *stricto sensu*, a los reglamentos y a los contratos administrativos. Toda pretensión de generalización sería en este aspecto equívoca, según acabamos de ver de las diferencias de régimen existentes; corresponderá entonces en cada situación interpretar y determinar si el art. pertinente que se está analizando está destinado a regir a una u otra de las especies de actividad jurídica de la administración pública (acto administrativo; reglamento administrativo; contrato administrativo; hecho administrativo), a fin de poder aplicarlo correctamente.

Estas afirmaciones no pueden llevarse al extremo de sostener, exactamente a la inversa, que ninguna similitud y ninguna coincidencia de régimen jurídico administrativo existe entre ellos, desde luego. Sabido es que nunca dos objetos son tan disímiles que no se puedan encontrar elementos comunes, ni tan idénticos que no se puedan encontrar diferencias. Se trata sólo de resolver, por estipulación, qué resulta más cómodo para el uso: si denominar los objetos en base a sus diferencias o en base a sus semejanzas.⁶⁹

En el caso de los reglamentos, actos y contratos administrativos, p. ej., existen muchas similitudes en materia de vicios y nulidades y muchas veces las soluciones son las mismas.⁷⁰ Y a su vez, dentro de cada especie, puede continuarse con la subdivisión. Ya hemos visto que no hay tampoco una única categoría de contrato administrativo, sino una infinita variedad que a lo sumo puede agruparse en tres categorías a los fines didácticos;⁷¹ que los reglamentos se suelen dividir a su vez

⁶⁸ *El acto administrativo*, op. cit., Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., cap. V. Conf. en este aspecto LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 203-4; DROMI, *Instituciones...*, op. cit., pp. 192-3; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 111; *Derecho administrativo*, t. II, op. cit., p. 208; BUJ MONTERO, MÓNICA, "El acto administrativo," en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (Directores), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 159.

⁶⁹ Es lo que explicamos en el t. 1, *Parte general*, op. cit., cap. I, "El método en derecho," a cuya bibliografía nos remitimos. Ya lo veníamos explicando desde este mismo libro *El acto administrativo* en su primer capítulo de la edición de 1969 que citamos en la nota precedente, pero al iniciar el presente tratado en 1974 decidimos incorporarlo al t. 1º como una temática común a todos los vols.

⁷⁰ La solución que proviene de los tratados de inversiones extranjeras que referimos en el t. 2, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional," p. ej. en materia de prohibición de "nacionalización" de inversiones extranjeras, importa la derogación de la permisón del rescate en las concesiones de servicios públicos, o la revocación por razones de oportunidad o mérito del acto administrativo individual. No parece en cambio que pueda aplicarse al acto reglamentario. La caducidad por incumplimiento del particular, del mismo modo, es aplicable tanto al acto individual como al contractual, no así al reglamentario. El listado tanto de igualdades como de diferencias puede extenderse al infinito.

⁷¹ Es lo que explicamos en el t. 1, cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos," a propósito de lo cual existe una nueva posible discusión, que referenciamos en este t. 3, *supra*, "Introducción," nota 3.

en cuatro categorías diferentes;⁷² que dentro del acto administrativo se discuten situaciones particulares como la pretendida no justiciabilidad de algunos actos.⁷³

Del mismo modo se pueden encontrar semejanzas entre el reglamento y la ley, en cuanto a su análoga sumisión al principio constitucional de razonabilidad y diferencias en cuanto a su irretroactividad.

Pero todo esto ya puede ser una discusión eterna y sobre todo no fructífera.⁷⁴

6. La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología

La discusión acerca de si hablar de reglamentos y de actos administrativos como categorías diferentes, o englobar en la sola frase “actos administrativos” tanto a los de contenido general como a los de contenido particular, sufre una prueba de fuego cuando se trata de utilizar sistemáticamente esos conceptos. Pues como dijera memorablemente GENARO CARRIÓ, de nada vale que una persona diga: “Prefiero el sistema de medición de los ingleses,” si luego, al preguntarle por su altura, responde: “Mido un metro con setenta centímetros;” en tal caso, está prefiriendo el sistema métrico decimal.⁷⁵

Algo similar ocurre con los autores que expresan que es útil definir el acto administrativo en forma amplia, comprendiendo los reglamentos y, luego incluyen en un primer libro, *dentro de las fuentes del derecho administrativo*, a los reglamentos y en otra parte, dentro del tema “acto administrativo,” *no incluyen los problemas presentados por la potestad reglamentaria*, que desarrollaron en la primera.⁷⁶

Si fuera cómodo incluir a los reglamentos dentro de los actos administrativos no existiría razón para proceder así y con toda naturalidad se habrían incluido esos problemas dentro del tomo referente al acto administrativo; si no se lo hace, si se explica la problemática de los reglamentos en una parte y la de los demás actos administrativos en otra, no corresponde expresar que los reglamentos son *definidos* como actos administrativos, pues no son *utilizados* con esa orientación conceptual. Esto prueba que para los autores es más cómodo diferenciar, como de hecho lo hacen, entre reglamento y acto administrativo.

Lo mismo ocurre con los fallos que emplean en sus considerandos argumentos que resultan indistintos para el acto y el contrato administrativo, o el acto

⁷² Tal como lo explicamos en el t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 9, “Concepto y clasificación de los reglamentos,” a § 17, “El reglamento como fuente del derecho administrativo.”

⁷³ *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VIII, “Los «actos de gobierno».”

⁷⁴ Es otra vez la metodología referida en la primera parte del cap. I del t. 1 y la profusa bibliografía allí existente, que a su vez lleva a más.

⁷⁵ Ver también *supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho,” § 8.2, “Definición y clasificación.”

⁷⁶ Basta consultar más de una obra general sobre la materia para comprobar este punto.

y el reglamento (*v. gr. Oca S.A. c. SIDE*),⁷⁷ pero el uso indiferenciado que así ocasionalmente se encuentra no implica que la mayor parte de los problemas de obra pública, suministros, etc., se resuelvan acudiendo al decreto-ley 19.549/72, o a una obra cuyo título sea *El acto administrativo*: sólo algunos pueden serlo. Corresponde pues recoger esa distinción que viene impuesta por la realidad de su uso, en una correspondiente distinción terminológica.

7. La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general

De acuerdo a lo que venimos exponiendo, los reglamentos son de contenido general y los actos de contenido particular pueden ser denominados actos administrativos. No consideramos, para el derecho administrativo argentino al menos, que corresponda hacer una distinción como la que se encuentra en la doctrina comparada, entre reglamento, acto administrativo general y acto administrativo particular.

Se ha dicho, p. ej., que “El acto general tiene de común con el Reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquel que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero, a diferencia del Reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irrepetible y no meramente regular la conducta.”⁷⁸ En sentido similar se ha expresado que “el criterio básico es siempre y a nuestro juicio, el ordinalista: el Reglamento forma parte del Ordenamiento, sea su contenido general o particular y el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del Ordenamiento jurídico, es un acto ordenado y no ordinalista,”⁷⁹ o “la actuación administrativa será un Reglamento en cuanto se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de la consunción será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume por sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si, por el con-

⁷⁷ CSJN, *S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado, ED*, 177: 749, año 1998, con nota de COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento.” La cantidad de fallos en materia contractual que llegan a la CSJN es reducida en relación al total de problemas reales y que el uso mayoritario jurisprudencial se resuelve en consecuencia a niveles menores y en el derecho público provincial. La solución de la CSJN a un determinado problema puede llegar a afirmarse, pero no también su selección de vocablos para fundarlo: nos remitimos para ello al t. 1, cap. VII, § 18.4. Ver COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1994, p. 98 y ss., nota 57 *in fine*; “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 111: 845; “El concepto de contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.

⁷⁸ ORTIZ, EDUARDO, *Materia y objeto del contencioso-administrativo*, San José, 1965, p. 128.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición,” en *Revista de Administración Pública*, 29: 164, Madrid.

trario, mantiene y extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un Reglamento.”⁸⁰

Por nuestra parte, consideramos que en el derecho argentino los principios jurídicos aplicables a los actos de contenido general son los mismos tanto si el acto general es dictado para situaciones de hecho indeterminadas y repetibles como si es dictado para una situación de hecho única e individualizada; tanto si el acto general se agota y consume por estar destinado a una sola situación, aunque para un número indeterminado de personas, como si se mantiene en vigencia como parte del ordenamiento jurídico más o menos permanente. Tampoco el acto pierde el carácter de general porque el número de sus destinatarios sea reducido.⁸¹

El régimen de impugnación, los recursos procedentes, el tipo de protección jurisdiccional, la publicidad, la irretroactividad, son a nuestro entender aplicables por igual a los actos generales de tipo permanente o de tipo instantáneo aunque indeterminable en cuanto a los sujetos que alcanza; por ello entendemos que no corresponde hacer la distinción expuesta y que dentro del concepto de reglamento cabe incluir, sin distinciones, todos los actos de contenido general dictados en ejercicio de la actividad administrativa.

En el derecho español, en cambio, se señalan algunas diferencias en cuanto a las autoridades que los pueden dictar, su obligatoriedad respecto de los individuos, las excepciones oponibles a unos y otros, etc.⁸² Esas diferencias no existen en el derecho argentino tradicional.

Ahora bien, con el dictado del decreto-ley 19.549/72 se ha sostenido que el derecho argentino ha receptado la señalada distinción,⁸³ pero pensamos que es un poco prematuro apuntar dicha conclusión. El decreto-ley utiliza la terminología de acto administrativo de alcance general, es cierto, pero todo parece indicar que lo hace en referencia al reglamento y no en el sentido de la distinción española. Es dable pensar que la jurisprudencia pueda encontrar en esta teoría una aceptable solución intermedia para la tesis tradicional restrictiva de la impugnación judicial de los reglamentos.

Podría así sostenerse que los actos que, aún alcanzando a una pluralidad de personas o de situaciones, no se incorporan con vocación de permanencia al ordenamiento jurídico, sino que se agotan en su cumplimiento más o menos inmediato, pueden ser considerados “actos administrativos” en lugar de “reglamentos,” con la consecuencia de que pueden ser impugnados judicialmente en forma directa.⁸⁴

⁸⁰ MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, “Actos administrativos generales y reglamentos,” en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 40: 225, 249.

⁸¹ Así lo ha resuelto p. ej. la CNCom., Sala B, *Coordinadora Color c. Inspección General de Justicia*, año 1983, ED, 104: 598, cons. 10, f), interesante fallo.

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. ult. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 229-300.

⁸³ HUTCHINSON, “La impugnación judicial de los reglamentos,” en *RADA*, 9: 31, 34.

⁸⁴ Ver también HUTCHINSON, *Régimen ..., op. cit.*, p. 83.

De todas maneras cabe apuntar que a partir de la incorporación constitucional de la categoría de los derechos de incidencia colectiva ha comenzado a ampliarse no solamente la legitimación contra los actos generales,⁸⁵ sino también y en su consecuencia los efectos de la sentencia, que ahora pueden ser *erga omnes*.⁸⁶

8. Actos y contratos administrativos

No parece posible exponer en un sólo lugar lo referente a los actos unilaterales y también a los diversos *contratos administrativos*: obra pública, suministro, concesión de servicios públicos,⁸⁷ concesión de obra pública, uso del dominio público, etc.⁸⁸ La temática propia de los contratos administrativos presenta problemas fundamentales que nada tienen que ver con el acto unilateral.⁸⁹ Así se interpreta generalmente, por lo demás, lo dispuesto en el régimen del decreto-ley 19.549/72.⁹⁰ A veces se invocan *obiter dicta* de la CSJN para imputarle una concepción que encuadraría al *contrato* administrativo dentro del *acto* administrativo.⁹¹ Pero no es esto cuestión que resuelva o pueda resolver la doctrina de un fallo. A nuestro modo de ver, tanto en el país como en el derecho comparado es cómoda y más

⁸⁵ Nos remitimos a lo expuesto en el t. 2, caps. II y III

⁸⁶ Ver t. 2, cap. II y “Los grandes fallos de la actualidad” en *Después de la reforma...*, *op. cit.*

⁸⁷ Ampliar *supra*, t. 2, cap. VI, “Servicios públicos;” MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación, prestación privada y aprobación ficta por el Congreso (A propósito de las leyes 25.561, 25.790 y 25.820),” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 79-85.

⁸⁸ Conf. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 137; *La Ley Nacional de Procedimientos administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p.163, quien considera “categórica” la exclusión de los contratos en el decreto-ley. Pueden subdistinguirse grupos o matices como lo hacemos en el t. I, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos;” no se trata de generalizar todo lo contractual en una única categoría jurídica. Conf. FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Les contrats administratifs*, Londres, Esperia, 1998; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ; MODERNE, FRANK; DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, t. I, París, LGDJ, 1983 y sus respectivas referencias.

⁸⁹ Esta cuestión resulta clara en GRANILLO OCAMPO, RAÚL ENRIQUE, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990. En el cap. I, § 11 y 12, al referirnos a los actos de los entes públicos no estatales, concesionarios y licenciatarios de servicios públicos, etc., señalamos que los unilaterales e individuales tienen elementos de derecho público, pero no sus contratos, en principio. El tema también ha sido plasmado en la obra GORDILLO (dir.) “El contrato administrativo en la actualidad,” *op.cit.*, donde se han tratados diversas problemáticas específicas en torno al contrato administrativo.

⁹⁰ BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 24 y GRECCO, CARLOS MANUEL, “Procedimiento administrativo y contratos administrativos. (Variaciones sobre el art. 7º, párrafo final de la ley N° 19.549),” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 133 y ss., p. 136: “Advertimos, entonces, que para la ley el acto administrativo, el contrato del Estado y los reglamentos o, si se prefiere, actos administrativos de alcance general, condensan disímiles categorías.”

⁹¹ Cabe destacar al efecto los valiosos y numerosos trabajos de COVIELLO, PEDRO J. J., recientemente “El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 83 y ss., p. 89, donde considera que de este modo queda zanjado el diferendo doctrinario; del mismo autor, “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 111: 845.

expresiva del derecho vigente la clasificación tripartita que distingue, por de pronto, los actos unilaterales y bi o plurilaterales como categorías diferenciadas y reserva la noción de acto administrativo para el acto administrativo individual.⁹²

Los autores en general lo han entendido empíricamente así, al construir sus obras con partes distintas para el estudio de los contratos y de los actos administrativos.⁹³ Las obras sobre contratos administrativos, en esta línea empírica pero no por ello menos científica, se preocupan de diferenciarlos de los contratos privados, pero no suelen plantearse una comparación con el acto administrativo, de tan obvia que es la diferencia.⁹⁴ Hay puntos comunes, cierto es, pero las diferencias justifican una explicación separada para no inducir a confusiones entre dos regímenes que de hecho tienen todavía más diferencias que semejanzas.

A nivel teórico las posiciones siguen divergentes,⁹⁵ incluyendo quienes como MAIRAL controvierten —por sus efectos— incluso la teoría del contrato administrativo.⁹⁶ En otros temas de la materia hemos realizado intentos parecidos al de este agudo autor, como nuestra crítica al poder de policía, que empezamos en 1960 —siguiendo en ello a WALTER ANTONIOLLI— y mantenemos.⁹⁷ Hace poco un joven estudioso se lamentaba de lo poco que se escribe sobre esa materia y esa constatación de “omisión” de algún modo la consideramos el fruto exitoso de una larga batalla. Pues de eso se trataba en la especie, de que se resuelvan los problemas de derecho administrativo sin necesidad de recurrir a construcciones dogmáticas o de excesiva generalidad. Entendemos pues, desde esta óptica metodológica y volviendo al tema de los contratos administrativos, que ese es el

⁹² Ver FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, op. cit., p. 35; BARRAGUIRRE, JORGE A., *Derecho administrativo*, Santa Fe, Juris, 1993, pp. 101-5.

⁹³ Incluso un autor que habla de la unilateralidad del contrato administrativo —noción ya exagerada o “extremista” como señala FLOGAÏTIS, op. ult. cit., p. 39—, no puede menos que hacerlo dentro de un libro referido, precisa e inevitablemente, a los “contratos administrativos.” PÉQUIGNOT, G., *Théorie générale du contrat administratif*, París, Pedone, 1945, p. 265.

⁹⁴ CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE, *Los contratos públicos*, Asunción, Intercontinental Editora, 1998, p. 51 y sus referencias.

⁹⁵ Para una reseña de ellas puede verse FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, “El surgimiento del contrato administrativo,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO/ VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coords.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, § X, pp. 41-3.

⁹⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO (dir.), op. ult. cit., pp. 3-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35. El debate comenzó por su art. “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655, que apunta a las prerrogativas implícitas en la concesión de servicios públicos; es un hecho que también recuerda FLOGAÏTIS, op. ult. cit., p. 39, respecto de PÉQUIGNOT, op. ult. cit. Se le ha objetado que generaliza demasiado: CASSAGNE, “Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo,” *ED*, 180: 773; replicado en MAIRAL, “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849. Ver también MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, CA, 2000, pp. 209-14.

⁹⁷ *Supra*, t. 2, cap. V, “El «poder de policía»” y nuestro art. “Policía y Poder de Policía,” en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41; y las referencias de este t. 3, “Introducción,” nota 1.

alcance de la crítica de MAIRAL, especialmente cuestionar las potestades implícitas del comitente.⁹⁸

En todo caso, el juego argumental siempre debe analizar el régimen y no las esencias, para evitar discusiones fútiles como la anteriormente analizada referida a si las personas públicas no estatales pueden o no dictar actos administrativos: en sentido de actos unilaterales, sí;⁹⁹ en sentido de contratos administrativos, no.¹⁰⁰ En cuanto a sus relaciones contractuales con los usuarios, hay elementos de derecho público como la tarifa, prohibición de ganancias “sin límite objetivo alguno,”¹⁰¹ condiciones del servicio, etc., que son indubitables en cuanto tales; también hay diferencias en cuanto a la responsabilidad del concesionario o licenciatario y del Estado, por la prestación del servicio público.¹⁰² No puede hacerse una sola categoría con esta multiplicidad de situaciones.

El régimen de contrataciones del sector público nacional constituye un procedimiento administrativo especial, de conformidad con lo establecido en el art. 2° del decreto 722/96, modificado por decreto 1155/97. Siendo ello así, los actos dictados durante el procedimiento de selección, se rigen por su propia normativa, sin perjuicio de la aplicación supletoria del decreto-ley 19.549/72.

Respecto de los actos dictados durante la ejecución del contrato, también existe un importante grado de controversia jurisprudencial acerca del régimen que corresponde reconocer a los actos que la administración dicta en la ejecución de un contrato, que suelen ser unilaterales pero también pueden importar acuerdos sobre la ejecución del contrato.

Aquellos que son unilaterales a su vez resultan alcanzados por la regla de que la conducta de las partes —ambas partes, desde luego— es la mejor guía para interpretar su voluntad en el contrato; con ello nacen dudas acerca de si cada uno de ellos debe ser impugnado individualmente, o si puede esperarse a la conclusión del contrato para realizar un estudio global de toda la relación jurídica entre las partes, como postulan los pliegos internacionales de la FIDIC, Federación Internacional de Ingenieros Consultores; no creemos que esté resuelta pacífica y categóricamente.

⁹⁸ En lo que, como dice al final de la controversia, ambos coinciden.

⁹⁹ Nos remitimos al cap. I, § 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales.”

¹⁰⁰ Salvo BARRA, bien podría afirmarse que la hipótesis es todavía impensable para la mayor parte de los autores, como se advierte en GRANILLO OCAMPO, *op. cit.*, cap. II, p. 65 y ss. Sin embargo, los contratos de concesión o licencia suelen exigir la licitación pública para tales contrataciones con proveedores y otros medios para asegurar la transparencia de ellas y que no encubran costos artificiales que se pretenda luego “trasladar” a la tarifa. Por eso se prohíben también las autocontrataciones con el mismo grupo económico, los subsidios cruzados, etc.

¹⁰¹ Ver t. 1, cap. XI, § 6.2, “Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios” y 6.4, “Reducción de ganancias excesivas” y los fallos que allí se citan, p. ej. que “el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja [...] debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.”

¹⁰² Para el tema de la responsabilidad nos remitimos al cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios” del t. 2, y sus referencias; CSJN, *Ferreira*, 2006, *Fallos*, 329: 646.

La primera fue la solución del plenario *Petracca e Hijos S.A.*,¹⁰³ la segunda de la CSJN en *Mevopal S.A.*¹⁰⁴ y *OKS*,¹⁰⁵ que luego ésta parece abandonar en *Gypobras S.A.*,¹⁰⁶ sin por ello olvidar el pronunciamiento de la CSJN recaído en *Serra*.¹⁰⁷ En el derecho francés se recurría a la expresión acto separable, para destacar que pueden ser impugnados en forma autónoma del procedimiento contractual al cual se refieren; entre nosotros ha hecho avances la denominación de actos coligados o simplemente ligados. Por su especificidad, corresponde remitirse a los trabajos dedicados al análisis del tema.¹⁰⁸

Las diferencias entre el contrato (acto bilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo. Cualquier libro de la materia con uno o más acápites especiales sobre los contratos administrativos, muestra de hecho cómo no es posible analizar conjuntamente los contratos y los actos unilaterales de la administración. De allí se sigue, para nosotros, que tampoco conviene conceptualizarlos conjuntamente.

El decreto-ley 19.549/72 es categórico en excluir a los contratos administrativos, al disponer en su art. 7° *in fine* que “Los contratos que celebrare el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de la normas del presente Título, si ello fuera procedente.” La solución de este decreto-ley se enfatiza por el posterior decreto 1023/01,¹⁰⁹ de dudosa constitucionalidad formal en cuanto a la competencia, el cual sustituye del siguiente modo esa parte del art. 7°, en su art. 36: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto

¹⁰³ *LL*, 1986-D, 10.

¹⁰⁴ *ED*, 118: 377, con nota de CASSAGNE, “El plazo de caducidad del artículo de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos.” En cuanto al empleo del vocablo “ley” o “decreto-ley” ver las referencias que hicieramos *supra*, “Introducción,” nota 1, y en el t. 1, cap. I, § 4 y 5.

¹⁰⁵ *ED*, 122:694.

¹⁰⁶ Ver TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” *LL*, 1995-E, 473.

¹⁰⁷ *LL*, 1995-A, 40. En este pronunciamiento la CSJN determinó que si el derecho del actor a accionar judicialmente nace de la relación contractual con la administración y no del acto administrativo que rechazó su pretensión, no era necesario interponer demanda judicial en el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72. Pero hay toda clase de pronunciamientos en esta materia y no puede considerarse que la cuestión esté definitivamente resuelta.

¹⁰⁸ BARRA, RODOLFO CARLOS, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989; COVIELLO, PEDRO J. J., “Estudio preliminar,” en MERTEHKIAN, EDUARDO, *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996, p. 54 y ss. y sus referencias. CSJN, *Serra*, *LL*, 1995-A, 401; CNFed. CA, Sala V, *Compañía Misionera de Construcciones S.A.*, 27-IV-98, cap. IV, párrafo sexto.

¹⁰⁹ Para un análisis crítico del decreto 1023/01 ver MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” *op. cit.*, § III, p. 7 y ss.; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” *op. cit.*, pp. 132-3.

fuere pertinente.”¹¹⁰ Igual solución rige en el ámbito local de la Ciudad de Buenos Aires.¹¹¹ Además y como dice LINARES,¹¹² “Si se examina el contrato administrativo, se advierte que, desde el punto de vista *orgánico*, no es puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica.” Esta diferencia entre el acto administrativo como acto principal estatal o al menos dictado en ejercicio de funciones del Estado y el contrato administrativo como una declaración de voluntad común a la cual concurre un sujeto de derecho ajeno al Estado y en ejercicio generalmente de competencia privada, es de suficiente importancia como para recogerla a nivel conceptual. Las reglas de interpretación necesariamente variarán, será necesario considerar la capacidad y el consentimiento del particular como elementos del acto,¹¹³ e incluir los vicios de la voluntad del particular como aspectos que determinarán también la validez del contrato administrativo, etc. Por lo demás, mal se podría postular la presunción de legitimidad y la ejecutividad —notas clásicas del acto administrativo— para un contrato de la administración con un particular.¹¹⁴ También la responsabilidad del Estado, como es obvio, es diferente según ella sea contractual (contrato administrativo) o extracontractual (acto, hecho u omisión administrativa, reglamento).¹¹⁵ El contrato es una construcción demasiado específica y con sus complejidades propias,¹¹⁶ como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídico administrativos. Queda con ello dicho que los contratos se rigen por sus normas y principios especiales y que sólo subsidiariamente, o analógicamente,¹¹⁷ se recurrirá

¹¹⁰ Se ha querido terminar así con las discusiones acerca de si la aplicación era “supletoria” o “analógica.” En todo caso, siguen siendo normas y soluciones distintas para los actos unilaterales y los contratos. En contra COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. II, § 1.5.7, pp. 46-7: “La aplicación directa, no ya analógica, dispuesta ahora por la norma, refuerza la postura [...] según la cual los contratos son concebidos por la ley como actos administrativos” (p. 47); *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 2, § 2.5.2, pp. 18-9.

¹¹¹ Artículo 7 del Decreto 1510/97, ratificado por Resolución Nro. 41/LCBA/98.

¹¹² LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 202.

¹¹³ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 205; CABRAL, JULIO E., “El acto administrativo y sus elementos esenciales,” *ED*, 42: 847.

¹¹⁴ Lo ha señalado BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, (*Substantivo*), Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 275.

¹¹⁵ Ver MABROMATA, ENRIQUE G., “El lucro cesante en la revocación de los contratos administrativos,” *LL*, 1994-B, 352, nota al fallo *Ruiz Orrico, CSJN*, 1993 y sus referencias, entre ellas MARIENHOFF, *LL*, 1991-C, 1080; *ED*, 114: 949.

¹¹⁶ Ver VEGA, SUSANA ELENA, “Política, economía y derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato Administrativo...*, op. cit., pp. 153-8.

¹¹⁷ Como decía originariamente el decreto-ley. Pensamos que sus autores han incurrido en un simple error material, antes que en la utilización formal de un determinado concepto, al expresar que la aplicación de dicho decreto-ley será “analógica” para los contratos administrativos y no “subsidiaria” o “supletoria.” El tema teórico ha sido ya aclarado suficientemente por LINARES, JUAN FRANCISCO, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 91 y ss., p. 104 y ss., pp. 110-1, 113, 125. En lo que se refiere a la redacción actual del art. 7º, ver las referencias indicadas *supra*, nota 110.

a las normas y principios de los actos unilaterales; al final de cuentas, también se recurre en ocasiones al Código Civil y no por ello se postula que los actos o contratos administrativos dejen de serlo o corresponda abandonar la noción, salvo el cuestionamiento que hiciera MAIRAL en cuanto a su demostrada peligrosidad.¹¹⁸

La distinción del derecho positivo, tanto argentino como comparado, sigue siendo a nuestro modo de ver tan nítida como antes en esta materia. La discusión aparenta ser inagotable y más práctico es remitirse al modo en que los autores tratan el tema en sus obras. El que no explica todo junto, es que prefiere diferenciar.¹¹⁹ En algunos temas puntuales es frecuente y casi inevitable que se mezclen temas de acto y de contrato. Así en materia de extinción de actos por revocación, rescate, caducidad, que tratamos de ese modo.¹²⁰ Ello para insistir en que ninguna de estas cuestiones de conceptos y definiciones puede ser planteada ni resuelta en términos demasiado categóricos, como ya explicamos.¹²¹ Cualquiera de las definiciones y clasificaciones que se elija tendrá siempre sus virtudes y sus defectos, pues nunca se encontrará una perfecta. En tal sentido, los autores que intentan la asimilación terminológica se ven obligados a pesar de todo a elegir fórmulas como “acto — contrato,”¹²² demostrando a nuestro juicio la incomodidad semántica de tal elección.

9. La distinción entre acto unilateral y bilateral

Al caracterizar al acto administrativo como unilateral y al contrato administrativo como bi o plurilateral, se hace necesario considerar el alcance de la uni o bilateralidad.

En este sentido, puede distinguirse la uni o bilateralidad tanto en la *formación* del acto (si concurre a él la voluntad de un sólo sujeto de derecho, o la voluntad de más de un sujeto de derecho) como en sus *efectos* (si el acto crea derechos y deberes para un sólo sujeto o para más de uno). El contrato administrativo sería

¹¹⁸ *Supra*, “Introducción,” nota 3 *in fine*. A nuestro juicio, el debate que iniciara sobre la peligrosidad de la noción de contrato administrativo ha quedado ampliamente resuelto, por los hechos, en el sentido que él mismo indicara. Así lo hemos sostenido en nuestra intervención en las Jornadas realizadas en la Universidad Austral el año 2006 en homenaje a JULIO RODOLFO COMADIRA, en prensa: “El debate que iniciara MAIRAL ha concluido. Tenía razón. Hoy está demostrado en los hechos.”

¹¹⁹ Es lo mismo que señaló CARRIÓ, optar entre el sistema métrico decimal o el sistema de medición de los ingleses: *supra*, t. 1, cap. I, § 8.2, “Definición y clasificación.” Como ya recordamos *supra*, § 6, “La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología,” si se dice optar por uno, lógico es usarlo. Pero si alguien dice que prefiere el sistema de medición de los ingleses y preguntado por su altura contesta “un metro setenta centímetros,” entonces su primera afirmación es falsa.

¹²⁰ Ver *infra*, cap. XIII, “Extinción,” donde precisamente haremos referencia a autores que han escrito sobre el tema desde la perspectiva simultánea de los actos unilaterales y contractuales de la administración.

¹²¹ En la primera parte del cap. I, “El método en derecho,” del t. 1.

¹²² El uso de expresiones tales como “el acto — contrato — administrativo” o “los contratos administrativos — en tanto actos administrativos —,” en efecto, no parece resultar cómodo, lo que se advierte en el interesante trabajo de MURATORIO, JORGE I., “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta,” *LL*, 1995-D, 1205, 1218, quien a pesar de afirmar que toma partido por la tesis verbal de la identidad, p. 1208, no obstante emplea en su título la forma verbal dual: debe ser mejor.

la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos,¹²³ quedando para el acto administrativo la posibilidad de un triple planteo: a) que el acto sea unilateral en su formación y en sus efectos: en esto no hay discusión alguna; b) que el acto sea unilateral en su formación y bilateral en sus efectos. No todos los autores admiten esta categoría; c) que el acto sea bilateral en su formación y unilateral en sus efectos; otros autores entienden que en estos casos no hay en realidad acto bilateral, sino dos voluntades que concurren sin integrarse en un sólo acto.

10. *El acto unilateral en su formación, de efectos bilaterales*

Si bien hay quien entiende que hablar de un acto unilateral productor de consecuencias bilaterales sería una construcción artificial o caprichosa, a nuestro modo de ver la mayor parte de los actos administrativos se encuentran en esa condición:¹²⁴ cuando la administración ejerce las diversas facultades que el ordenamiento jurídico le acuerda, e impone una multa, determina una obligación tributaria, clausura un negocio, sanciona a un funcionario, concede una jubilación de oficio, etc., en todos estos casos en que el Estado ejerce una potestad legal para imponer un deber jurídico, la voluntad del individuo no participa en la formación del acto, que es entonces en ese aspecto estrictamente unilateral. Sin embargo, del hecho de que el objeto principal del acto sea eventualmente imponer un deber al individuo, p. ej., no se desprende la conclusión de que sólo para él emerjan consecuencias jurídicas. Por el contrario, la administración también está obligada por el acto que ha dictado: no puede agravar la sanción que ha aplicado, una vez que ésta ha sido recurrida.¹²⁵ No puede desconocer los hechos en que se ha fundado para dictar la resolución, si el individuo acepta que son reales pero aduce que no justifican la decisión, por desproporcionada, irrazonable, etc.¹²⁶ Si el acto es ilegítimo y causa un daño, la administración está obligada a indemnizarlo. Aunque el acto ilegítimo no ocasione un perjuicio, la administración tiene el deber de revocarlo en virtud del principio de la legalidad objetiva y de la impulsión de oficio y el particular tiene el derecho de atacarlo, etc. En otras palabras, cuando la administración impone un deber al individuo, el acto es bilateral en sus efectos pues no sólo obliga al particular sino que también obliga a la administración en la medida que se acaba de explicar. Sin embargo, es un acto típicamente unilateral en su formación. Lo mismo puede decirse y con mayor razón aún, de los actos que

¹²³ La Corte Suprema, con todo, en una ocasión consideró que el acogimiento a un régimen de promoción industrial era bilateral en su formación y efectos, sin ser contrato: *Metalmecánica, S.A.*, ED, 71: 463; sigue así a MARIENHOFF.

¹²⁴ Confr. DIEZ, *op. cit.*, t. III, p. 19.

¹²⁵ O incluso antes, por efecto del principio de la “cosa juzgada administrativa” que más adelante en esta misma obra se analiza; a su vez, interpuesto un recurso, no es admisible la *reformatio in pejus* y por ello no puede agravarse la sanción.

¹²⁶ Ver, en esta misma obra, lo referente a la “razonabilidad” del acto, *infra*, cap. IX, § 8 y cap. X, § 9; un desarrollo más general en el t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 8 y ss.

en lugar de imponer un deber otorgan un derecho, como puede ser una jubilación de oficio, un beneficio asistencial, etc., en los casos en que puede dictarse el acto aún contra la voluntad del interesado. En tales hipótesis la administración no sólo concede un derecho al individuo, sino que también le impone deberes correlativos: no ejercer otro trabajo remunerado, o no hacerlo sin previa autorización, residir en el país, etc.; la administración tiene así correlativamente, también derechos y deberes que emergen del acto. Luego, el acto es en tales casos también bilateral en sus efectos. Por ello concluimos que debe reservarse la expresión “contrato administrativo” para el que produce efectos bilaterales y es además producto de una declaración de voluntad común.¹²⁷

La circunstancia de que el acto sea unilateral no significa que falte fundamento legal de los derechos y obligaciones que de ese acto emergen: dicho fundamento habrá de encontrarse en las normas que otorguen al órgano la potestad de que se trate.¹²⁸ Claro está, si se trata de un acto que *no puede dictarse sino a petición del interesado*, al que nos referiremos con más detención en el número siguiente, entonces es correcta la afirmación de que la administración no tendría la facultad de dictar el acto imponiendo su contenido al particular; pero ello ocurre sólo en esos casos. En los demás casos el fundamento de la imposición que cualquier acto administrativo unilateral hace, es siempre una norma legal que expresamente faculta a la administración a aplicar la sanción, cobrar el impuesto, crear la obligación, etc. En todas estas situaciones, es indiscutible el fundamento legal de la actuación administrativa y nada ha de extrañar en consecuencia que en virtud de tales facultades el Estado *unilateralmente* imponga un deber a un particular, sin perjuicio de resultar también él obligado a resultas de ese acto, según ya se explicó.

11. Los actos que requieren solicitud o aceptación

11.1. Efectos del acto: pueden ser bilaterales

Hay una serie de actos que sólo pueden dictarse con la conformidad del interesado, manifestada generalmente como un *pedido o solicitud*: Así, una solicitud de inscripción en la Facultad, una solicitud de retiro voluntario, la inscripción en

¹²⁷ LINARES llega a igual conclusión, pero la fundamenta en que en estos casos “aparece como lo principal y directo lo que establece el Estado como obligación a su cargo, en la jubilación; o como obligación a cargo del individuo en la orden administrativa. En el caso del contrato administrativo [...] los derechos y obligaciones de las partes son en cambio igualmente directas y principales.” Ver LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 203. Sigue el mismo criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 308.

¹²⁸ Tal como lo explicamos *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. XII, § 6, al señalar el alcance de la competencia del órgano. Conviene reiterar aquí que las facultades del órgano surgirán en forma expresa o razonablemente implícita de las *normas* pertinentes, siendo metajurídico pretender reconocerle a sus actos virtualidades que no emerjan del orden jurídico, como podría ser una supuesta potestad extranormativa de “mando” y otra semejante. En el presente vol. se encontrará la misma forma de encarar este problema, en materia de ejecutoriedad del acto administrativo, *infra*, cap.VII.

un concurso para un premio, para una beca, etc. La doctrina alemana expresa que estos actos necesitan una voluntad concurrente o coadyuvante, que es la manifestación del interesado;¹²⁹ otros autores estiman que en tales hipótesis la voluntad del individuo es la causa del acto¹³⁰ y algunos opinan que se trata de un acto bilateral en su formación aunque unilateral en sus efectos.

No compartimos el criterio de que estos actos puedan ser bilaterales en su formación, pero que no pueden ser bilaterales en sus efectos, pues si el efecto del acto es conferir un derecho al individuo, ese derecho siempre implica algunos deberes que él deberá cumplir y opera también simultáneamente como un deber de la administración.

Los efectos jurídicos alcanzan entonces por igual a ambas partes. El otorgamiento de una beca obliga tanto a la administración como al becado; la inscripción en la Facultad obliga tanto a la Facultad como al estudiante, etc.

Este punto ya lo aclaró suficientemente la doctrina alemana¹³¹ en el sentido de que de actos de esta índole no sólo pueden surgir derechos para los individuos, sino también deberes; no nos parece discutible que los efectos del acto sean bilaterales. No consideramos por ello que pueda hablarse de actos bilaterales de efectos *unilaterales* en los casos expresados.

11.2. *La formación del acto*

Ahora bien, en lo que hace a la formación del acto, no es nueva la posición que estima que se trata en estos casos de un acto bilateral. Este criterio fue sostenido por WALTER JELLINEK,¹³² quien recibió por ello la crítica unánime de la doctrina alemana, que consideró se trataba de una expresión confusa y que llevaba a error.¹³³ Expresa SCHLOCHAUER, en tal sentido, que esta denominación es equívoca, pues lleva a una confusión con el contrato de derecho público,¹³⁴ aspecto éste sobre el que también insiste FORSTHOFF.¹³⁵

Nosotros también consideramos que induce a equívocos innecesarios hablar de un acto bilateral en lo que hace a su *formación* si no estamos en el supuesto

¹²⁹“Coadyuvante” en la traducción española a FORSTHOFF, por LEGAZ LACAMBRA, GARRIDO FALLA y GÓMEZ DE ORTEGA Y JUNGE, *op. cit.*, p. 294. La expresión alemana es *mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt*. Hubiéramos preferido traducir esta expresión como “acto que necesita una voluntad concurrente,” pues el significado de esta última palabra, “concurrente,” no sólo es más claro en nuestro idioma, sino que corresponde mejor al vocablo *mitwirkung* del alemán.

¹³⁰GARRIDO FALLA, t. I, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 443-5; 10ª ed., p. 440 y nota 92.

¹³¹SCHLOCHAUER, HANS-JÜRGEN, *Öffentliches Recht*, Karlsruhe, 1957, p. 182; FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, Munich y Berlín, 1961, 8ª ed., p. 194 y ss. En el tema de este acápite nos seguiremos refiriendo a la octava edición alemana de esta obra y no a la traducción española de la quinta edición alemana. Ver también, en el sentido que indicamos, DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 21.

¹³²*Verwaltungsrecht*, t. II, 1924, 3ª ed., pp. 149-51.

¹³³FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, *op. cit.*, p. 195; SCHLOCHAUER, *Öffentliches Recht*, *op. cit.*, 182 y otros.

¹³⁴SCHLOCHAUER, *op. loc. cit.*

¹³⁵*Op. cit.*, p. 196.

concreto del contrato administrativo. No se trata de negar importancia a la voluntad del individuo¹³⁶ ni de afirmar que pueda prescindirse de su asentimiento para el dictado de una decisión eficaz, en este tipo de actos, sino de poner en su justo lugar la posición que esa voluntad ocupa en la estructura del acto. Afir- mar, p. ej., que en estos casos la expresión de voluntad del individuo *integra* el respectivo acto administrativo, permitiendo su formación y existencia, llevaría a la conclusión de que un acto dictado sin la petición del particular no tendría existencia jurídica, le faltaría un elemento esencial. De seguirse tal criterio, un acto de este tipo, dictado sin la petición del interesado, resultaría ser totalmente nulo y no podría sanearse con la posterior manifestación de voluntad del inte- resado, aceptando el beneficio.¹³⁷ La conclusión nos parece inadecuada, pues es claro que el asentimiento también puede expresarse después.¹³⁸

Esa conclusión demuestra que el criterio a que responde no es aceptable: no se pensará que si la administración ha querido concedernos algo que pudiéramos haber pedido pero no pedimos, no podremos tampoco aceptarlo, porque ha faltado nuestra voluntad en la emanación del acto... Por ello compartimos la opinión de la doctrina que estima que el acto administrativo no deja de ser unilateral en su formación, para transformarse en bilateral, porque sea necesaria su aceptación o solicitud por parte del interesado.

De otro modo podría resultar que si un particular *consiente* un acto que le impone un deber jurídico y ha sido dictado unilateralmente por la administra- ción, dicho consentimiento lo transforma de unilateral en bilateral, lo que no sería correcto.¹³⁹

Además, con aquel criterio resultaría de hecho que cualquier petición del inte- resado que fuese atendida por la administración, formaría un acto bilateral. Un recurso jerárquico interpuesto por un individuo contra un acto, al ser aceptado no constituye acto bilateral; un pedido de pronto despacho, al ser proveído dene- gándose el reclamo de fondo pero resolviendo prontamente como se pedía, no da lugar a un acto bilateral, etc.

No creemos tampoco que pueda distinguirse, dentro de las peticiones de los individuos, aquellas que se refieren solamente al trámite con fundamento en que las providencias recaídas en el trámite pueden ser contrarias a la petición;

¹³⁶ Tampoco sería justo hacer esa crítica a la doctrina alemana, en la cual la teoría del acto necesi- tado de coadyuvante justamente viene a realzar el significado de esa voluntad, insistiendo en que su ausencia vicia el acto. Se abandona así la vieja concepción imperial que permitía que el Estado pudiera p. ej. obligar a un particular a ser funcionario público. Ver TUREGG, *op. cit.*, pp. 120-21.

¹³⁷ Por nuestra parte, pensamos que es admisible una aceptación *ulterior* al acto y que se produce frecuentemente; en la realidad ocurre que sólo en casos excepcionales puede considerarse ineludible la manifestación de voluntad *antes* de la emisión del acto, tales como los que trae FORSTHOFF, *op. cit.* (ed. alemana), p. 197.

¹³⁸ FORSTHOFF, *op. cit.* (ed. alemana), p. 196.

¹³⁹ Ver SCHLOCHAUER, *op. cit.*, pp. 182-3, donde distingue el acto necesitado de coadyuvante, del acto al cual el particular se somete; también FORSTHOFF, *op. cit.* (ed. alemana), p. 196.

esto no marca diferencias con el resto de las peticiones, que también pueden ser denegadas.

Tampoco podría hacerse la diferencia expresando que las medidas de trámite pueden dictarse de oficio, sin la petición del interesado, pues si bien esto es válido en algunos casos no lo es en todos: el recurso administrativo, *v. gr.*, no puede considerarse interpuesto de oficio, sino que requiere la manifestación de voluntad del interesado, a pesar de lo cual no podrá considerarse que la aceptación del recurso comporta un acto bilateral de la administración y el recurrente.

En conclusión: Ni la solicitud del interesado, aceptada por la administración,¹⁴⁰ ni el acto de la administración, consentido por el particular, dan lugar de por sí a la formación de actos bilaterales;¹⁴¹ sin que ello signifique, por cierto, que pueda prescindirse en el primer caso de la voluntad del interesado, ni que ella carezca de relevancia en el segundo. Lo que sí quiere decir es que no es admisible que exista un acto bilateral en su formación (según este criterio) y bilateral en sus efectos (según ya vimos, la bilateralidad de los efectos es común) que no sea contrato administrativo. En consecuencia, no compartimos la aparición de categorías conceptuales intermedias y entendemos que si hay acuerdo de voluntades en la formación y bilateralidad en los efectos, estamos ante un contrato administrativo; que, a la inversa, *si no se da esa bilateralidad simultáneamente en ambas hipótesis, se trata de un acto administrativo unilateral*. Admitimos, por fin, que un acto administrativo unilateral pueda producir efectos jurídicos bilaterales, obligar al individuo y a la administración, pero negamos que puedan darse actos administrativos bilaterales que produzcan efectos jurídicos unilaterales: Acuerdos de voluntades que obliguen a una sola de las partes.

12. Conclusión

En sentido lato, pues, todo acto dictado en ejercicio de la función administrativa es un acto de la administración; e igualmente en sentido lato puede decirse que acto administrativo es toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos. Pero dentro de estos actos no se aplican los mismos principios para los contractuales que para los unilaterales, ni a su vez dentro de los unilaterales, para los generales que para los individuales.

Dado que los contratos tienen un régimen jurídico específico claramente definido y que los actos generales (reglamentos) también tienen un régimen jurídico de ciertas particularidades, no parece sino lógico separarlos como categorías propias y reservar el nombre de “actos administrativos” —ahora en sentido restringido y técnico— para los actos unilaterales e individuales: Se trata de una razón empírica, que no pretende tener base dogmática *a priori* alguna, pero que

¹⁴⁰ DIEZ, *op. cit.*, t. III, p. 19-20.

¹⁴¹ La CSJN *in re Metalmeccánica S.A.* (ED, 71: 463) utiliza palabras que parecen indicar lo contrario, pero se trataba del acogimiento a un plan de promoción industrial que por cierto generó obligaciones y derechos, pero no justifica a nuestro juicio la terminología en cuestión.

es práctica y contribuye a esclarecer los conceptos.¹⁴² Más aún, por un capricho del lenguaje, es frecuente que los autores utilicemos el sobrante “acto de la administración” para referirnos a los actos no productores de efectos jurídicos directos que la administración produce. Ello muestra más que a las claras que estamos meramente en búsqueda de convenciones verbales con las cuales entendernos recíprocamente, no en la determinación de ninguna verdad absoluta.

Es importante destacar entonces que el fundamento de esta restricción en el concepto no es teórico, sino práctico. El que se designe como “acto administrativo” sólo a una porción limitada de los actos jurídicos realizados en ejercicio de la función administrativa, no significa que los demás actos (contratos y reglamentos) dejen de pertenecer a dicha función; no es que no sean “administrativos” en su sustancia, ni que dejen de tener el régimen general que corresponde a la función administrativa por oposición a las funciones legislativa y jurisdiccional; se hace la distinción tan sólo tratando de establecer, *dentro del régimen jurídico de la función administrativa*, algunas diferencias específicas que no varían el régimen general sino que lo particularizan en distintos sentidos y hacer luego una elección semántica que permita la comprensión recíproca.

En suma, definir al acto administrativo como una decisión general o especial no es erróneo, pero implica alejarse de la realidad del lenguaje cotidiano, porque su excesiva amplitud no permite obtener consecuencia alguna de ello ni aplicar directamente las diferencias específicas mencionadas. El uso de la denominación se aplica más convenientemente al acto jurídico¹⁴³ unilateral e individual (o concreto, particular, etc.) realizado en ejercicio de la función administrativa.

13. *Noción de acto administrativo*

Por todo lo expuesto habíamos estipulado, desde 1963, llamar acto administrativo a una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.¹⁴⁴ Con las reflexiones de Mairal sobre los meros pronunciamientos administrativos, actos emanados de la administración que no son susceptibles de modificar la esfera de derechos del particular, ajustamos la misma definición en el sentido siguiente:

¹⁴² Así carece también de relación con el tema decir que los contratos y reglamentos también son administrativos, o que no todos los actos de la administración son unilaterales, ya que eso es obvio e innegable; lo que ocurre es otra cosa: que el concepto de “acto administrativo” es en adelante empleado como término técnico de alcance restringido y no como amplio concepto informal. Cfr. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 195.

¹⁴³ *Id est*, acto productor, en forma directa e inmediata, de efectos jurídicos.

¹⁴⁴ Nos parece tener un apreciable grado de seguimiento, p. ej. en las leyes de Catamarca, Corrientes, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Salta. La doctrina entiende que es la idea predominante, *u.gr.*, BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 371 y nota 472; BUJ MONTERO, *op. cit.*, p. 159. Un balance distinto en LINARES, JUAN FRANCISCO, “El concepto de acto administrativo y su definición,” en AADA, *Procedimiento administrativo*, La Plata, Colegio de Abogados y AADA, 1981, pp. 5-10.

una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

a) *declaración*;¹⁴⁵ o sea que es una exteriorización intelectual, que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos (lenguaje hablado o escrito; signos convencionales, etc.), de significación figurada, que se hacen accesibles al intelecto de los demás individuos sólo mediante un proceso de análisis y conversión.

Además, por tratarse de una declaración, se refiere sólo al momento externo del proceso intelectual; a la emisión o exteriorización del mismo; por lo que comprende la emisión de cualquier producto de la psiquis: volición, cognición, opinión;

b) *unilateral*;¹⁴⁶ es decir, se excluyen del concepto de acto administrativo a los contratos, por cuanto los mismos tienen un régimen jurídico particular, dentro del genérico correspondiente a la función administrativa.

c) *realizada en ejercicio de la función administrativa*:¹⁴⁷ No decimos declaración “de la administración” pues el concepto de ésta se particulariza a órganos administrativos y ya hemos visto que también los jueces y el Congreso, que no son órganos administrativos, realizan en ciertos casos funciones administrativas regidas por el derecho administrativo. Debe recordarse que algunos actos que tradicionalmente se consideran función administrativa de los jueces y legisladores (jurisdicción voluntaria y leyes concretas, respectivamente) deben ser asimilados preferentemente a la función específica del órgano (jurisdiccional o legislativa) por su mayor nexo conceptual y formal con la misma, que con la función administrativa.¹⁴⁸ Los actos producidos en tales actividades, pues, no habrán de considerarse como actos administrativos, sino como actos relativos a la función específica del órgano. Pero, en cambio, otros actos de función administrativa realizados por esos órganos jurisdiccionales y legislativos (p. ej., en lo relativo a organización, medios y personal) sí serán actos administrativos;

d) *apta para producir efectos*:¹⁴⁹ No se habla de “destinada a producir” en virtud de que los efectos jurídicos no se aprecian exclusivamente con relación a la voluntad del agente, sino que pueden llegar a producirse con independencia de ella; pero desde esta 9ª ed. precisamos que debe tener aptitud legal para producir el efecto de que se trate;

e) *jurídicos*:¹⁵⁰ La aclaración de que los efectos que surgen del acto son jurídicos es imprescindible y no se evita diciendo que la declaración proviene de la admi-

¹⁴⁵ Ver *supra*, cap. III, § 5, “El acto administrativo como manifestación de voluntad” a § 9, “Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos.”

¹⁴⁶ Ver *supra*, § 8, “Actos y contratos administrativos” a § 11, “Los actos que requieren solicitud o aceptación.”

¹⁴⁷ Ver *supra*, cap. I, “El acto administrativo como parte de la función administrativa.”

¹⁴⁸ Ampliar *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. IX, “Las funciones del poder.”

¹⁴⁹ Ver cap. II, § 6, “Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos.”

¹⁵⁰ Ver cap. II, § 3, “Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos” a § 15, “Conclusión.”

nistración activa, pues no todos los actos de la administración activa producen efectos jurídicos, tales como comunicaciones, felicitaciones, invitaciones, etc.

*f) individuales:*¹⁵¹ O sea, se excluyen del concepto de acto administrativo a los actos generales —reglamentos— por cuanto éstos tienen un régimen jurídico especial, dentro del género de los actos de la función administrativa;

*g) en forma inmediata:*¹⁵² Es esencial al concepto de acto administrativo que los efectos jurídicos sean directos, es decir, que surjan del acto mismo, sin estar supeditados a la emanación de un acto posterior; como señala FORSTHOFF, el acto debe “de suyo” producir efectos jurídicos respecto al individuo. Por ello los dictámenes, pericias, informes, proyectos, etc., no constituyen actos administrativos.

¹⁵¹ Ver cap. IV, § 8, “Actos y contratos administrativos” a § 12, “Conclusión.”

¹⁵² Ver cap II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico.”

CAPÍTULO V
PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, EXIGIBILIDAD
Y EJECUTORIEDAD

SUMARIO

| | |
|---|------|
| I. <i>Introducción</i> | V-1 |
| 1. Caracteres y nulidades del acto administrativo | V-1 |
| 1.1. Remisión metodológica | V-1 |
| 1.2. Nulidades del acto administrativo..... | V-2 |
| 1.3. Incidencia del decreto-ley 19.549/72 y su eficacia..... | V-2 |
| II. <i>Presunción de legitimidad</i> | V-4 |
| 2. La presunción de legitimidad. Crítica | V-4 |
| 3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia | V-5 |
| 3.1. Jurisprudencia tradicional | V-5 |
| 3.2. El caso Pustelnik (<i>Fallos</i> , 293: 133)..... | V-7 |
| 3.3. El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia | V-8 |
| 4. Fundamentos de la presunción de legitimidad | V-10 |
| 4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances..... | V-10 |
| 4.2. Fundamento positivo de la presunción de legitimidad | V-12 |
| 4.3. Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular | V-14 |
| 5. Efectos de la presunción de legitimidad | V-20 |
| 5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos | V-20 |
| 5.2. Necesidad de pedir la ilegitimidad | V-21 |
| 5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad? | V-22 |
| 5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo..... | V-23 |
| 6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo..... | V-24 |
| III. <i>Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad</i> | V-24 |
| 7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción... V-24 | |
| 7.1. Criterio tradicional. Fundamento y alcances..... | V-26 |

| | |
|---|------|
| 7.2. Derecho nacional y comparado | V-27 |
| 7.3. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo..... | V-33 |
| 7.4. Implicancia política del tema..... | V-34 |
| 7.5. Otro derecho comparado | V-35 |
| 7.6. Conclusiones | V-36 |
| 8. La ejecutoriedad. Alcances y medios | V-37 |
| 9. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica | V-38 |
| 9.1. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 | V-38 |
| 9.1.1. No comprende la coerción indirecta (aplicación de sanciones) | V-38 |
| 9.1.2. La ejecución por los propios medios de la administración . | V-39 |
| 9.1.2.1. Ejecución en lugar del particular. La propiedad .. | V-39 |
| 9.1.2.2. La ejecución violentando al particular. La libertad | V-41 |
| 9.1.3. Conclusiones sobre la ejecutoriedad en el art. 12 | V-41 |
| 9.2. La ejecutoriedad en la práctica | V-42 |
| 10. La suspensión administrativa de la ejecución del acto | V-43 |
| 10.1. La solución tradicional y su mutación..... | V-43 |
| 10.2. La tesis de LINARES | V-43 |
| 10.3. El decreto-ley 19.549/72 | V-45 |
| 10.3.1. Ejecutoriedad y efecto no suspensivo de los recursos | V-45 |
| 10.3.2. La facultad discrecional de suspender el acto ante la interposición del recurso | V-46 |
| 10.3.3. El caso de la suspensión que perjudica a un tercero | V-47 |
| 10.3.4. La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta | V-48 |
| 10.3.4.1. La obligación de revocar el acto nulo | V-49 |
| 10.3.4.2. La fuente de la disposición | V-49 |
| 10.3.4.3. Las obligaciones del cargo | V-49 |
| 10.3.4.4. El deber de obediencia | V-50 |
| 10.3.4.5. El problema semántico | V-50 |
| 10.3.4.6. Conclusiones..... | V-51 |
| 11. La suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo | V-51 |
| 11.1. En general..... | V-51 |
| 11.2. “Recursos” otorgados por leyes especiales..... | V-53 |
| 11.2.1. Caso en que la ley no resuelve sobre el efecto de la interposición..... | V-53 |
| 11.2.2. Casos en que la ley otorga efecto devolutivo al recurso. V- | 54 |
| 11.2.3. Conclusiones acerca de los recursos otorgados por leyes especiales | V-55 |

Capítulo V
**PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, EXIGIBILIDAD Y
EJECUTORIEDAD**

I. *Introducción*

1. *Caracteres y nulidades del acto administrativo*

1.1. *Remisión metodológica*

Hay mucha dispersión en doctrina acerca de cuáles serían los caracteres del acto administrativo, generalmente enunciados como presunción de legitimidad (o ejecutividad) y ejecutoriedad (o ejecución de oficio por la administración): ambos a su vez muy cuestionados.¹ En cualquier caso, corresponde considerar dos caracteres más, fundamentales para el Estado de derecho: Estabilidad² e impugnabilidad.

Una advertencia inicial se impone en punto a los caracteres del acto administrativo: No se trata de indagar apriorísticamente qué notas conceptuales creemos que deben darse al acto, sino de investigar el derecho positivo a fin de averiguar cómo está regulado. Esta advertencia, que es harto fundamental y hemos expuesto ya en diversos lugares,³ adquiere nueva dimensión frente a un decreto-ley que requiere una interpretación que le de sentido constitucional político en un Estado de derecho y en un mundo de derechos humanos de rango supranacional e internacional.

¹ MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 773 y ss., § 440 y ss.; BARRA, RODOLFO, "Ejecutoriedad del acto administrativo," *RDA*, 1/2: 65, Buenos Aires, Depalma, 1989.

² Tema en el cual retrocedemos en lugar de progresar. La regresión es todavía mayor en materia de contratos: VEGA, SUSANA E., "Política, economía y derecho: Las tres dimensiones de la contratación administrativa," en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, LL, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 153-8.

³ Ya lo advertimos en el t. 1, cap. I y anteriormente en el cap. I de la 2ª ed. (1969) de *El acto administrativo*; también *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007; *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª ed., 2001.

En otras palabras, los caracteres jurídicos del acto administrativo deben ser un reflejo de todo el sistema jurídico aplicable y por ello no pueden resolverse a nivel puramente doctrinario sino que se hace necesario apelar a fundamentos sistemáticos y no puntuales de orden jurídico. No puede *primero* afirmarse que los caracteres son tales y *después* preguntarse “¿cuál es su fundamento?” pues primero hay que encontrar y demostrar que ese principio verdaderamente existe y no se encuentra solamente en las obras de la materia.⁴

1.2. Nulidades del acto administrativo

Un problema metodológico difícil de solucionar adecuadamente, en otro sentido, es el de la vinculación de los caracteres del acto administrativo con el sistema de nulidades. En rigor, ambos deben ser analizados conjuntamente y el lector hará bien en remitirse desde ya al cap. de nulidades.⁵

De todas maneras, debemos adelantar que los caracteres del acto administrativo no son los mismos según que el acto adolezca de una u otra clase de nulidad: específicamente, distinguimos tres categorías de nulidad del acto administrativo, denominadas estipulativamente anulabilidad (o nulidad relativa), nulidad (o nulidad absoluta, o actos nulos de nulidad absoluta) e inexistencia (o actos administrativos inexistentes, o vías de hecho administrativas, o inexistencia de acto administrativo.) A diferencia del derecho civil, en que se distingue entre el acto nulo y anulable, como dos categorías y la nulidad absoluta y relativa, como otras dos categorías distintas, en el derecho administrativo se hacen solamente dos o a lo sumo tres (si se incluye la inexistencia) categorías. La utilización de los términos anulable y nulo no tiene una necesaria correlación con los vocablos análogos del derecho privado, pues el sistema de nulidades administrativas tiene sus propios principios, derivados de la doctrina, la jurisprudencia y el decreto-ley 19.549/72.

Adelantando aquí las conclusiones que iremos desarrollando en los caps. que siguen, podríamos delinear como características generales las siguientes: el acto administrativo válido y el acto administrativo anulable, que son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares; el acto administrativo nulo, que es el que tiene vicios graves o muy graves, es un acto irregular. En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente.

1.3. Incidencia del decreto-ley 19.549/72 y su eficacia

Las normas del decreto-ley 19.549/72, con todo que han significado un avance en la materia y justifican intrínsecamente una presunción de legitimidad limitada,

⁴ O sea, no hay que partir de una supuesta naturaleza o esencia de una institución, pretendidamente descubierta por cada doctrinario: ver *supra*, t. 1, cap. I, § 6, “Lenguaje, método y derecho administrativo;” ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 111 y sus referencias.

⁵ Ver *infra*, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

en particular al acto administrativo anulable o no muy gravemente viciado, no son suficientes para justificar una presunción de legitimidad amplia, que comprendiera también el acto nulo, en tanto no produzcan efectivamente una mutación de los comportamientos administrativos.

En efecto, no siempre la administración respeta las garantías del procedimiento establecidas en defensa de los particulares: audiencia previa, fácil acceso y fotocopia de las actuaciones, producción de la prueba solicitada, alegato, dictamen jurídico previo, etc., todo ello *antes* de la emisión de un acto que *fundadamente* pueda afectar los derechos o intereses de los individuos.

No siempre fundamenta de forma suficientemente amplia, en los hechos⁶ y en el derecho aplicable al caso, la resolución que adopta, etc. La justicia, a su vez, considera que todos estos vicios son subsanables, sea por un dictamen posterior, una explicación tardía, la oportunidad de defenderse judicialmente si no se pudo hacerlo en sede administrativa, etc. A su vez el criterio de apreciación de la gravedad de los vicios del acto administrativo (que será determinante para optar entre anulabilidad o nulidad, p. ej.) se hace siempre a favor del acto,⁷ con lo cual los casos de nulidad del acto administrativo serán menos y a su vez menos defendibles. Todo esto debe verse reflejado en la forma que el intérprete explica el resto del sistema jurídico. Por ello, si bien se puede admitir en base al decreto-ley 19.549/72 una presunción de legitimidad limitada, no puede hacérselo con el alcance de cubrir también el acto nulo.⁸

Por lo demás, en el acto nulo se da casi por hipótesis una violación grave justamente de las normas que se han dictado para garantizar al individuo, con lo cual sería contradictorio argumentar, en base concretamente a la existencia de las normas violadas o transgredidas en el caso, que el acto debe presumirse legítimo. La razón de ser de la presunción de legitimidad habrá de estar, entonces, en el cumplimiento de tales garantías, pero no precisamente en su incumplimiento. La experiencia argentina, como en tantas otras cosas comenzando con la Constitución, es el incumplimiento sistemático del orden jurídico supremo y también del decreto-ley de procedimiento y actos administrativos, sin que la justicia lo sancione con la nulidad insanable del acto, ni la doctrina le reproche unánimemente por ello. El pasado absolutista es todavía demasiado fuerte entre nosotros

⁶ Lo cual es decir, por supuesto, la *prueba*, no las afirmaciones dogmáticas del autor del acto: CSJN, *Cabrera, Fallos*, 305: 1937, año 1983, cons. 6°.

⁷ *Infra*, cap. XI, "Sistema de nulidades del acto administrativo," § 17, "Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo."

⁸ Así lo adelantamos en 1963 y 1969, antes del decreto-ley 19.549/72 (*El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, 1ª ed., p. 98, nota 33; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., pp. 126-9.) Mantuvo y desarrolló el criterio DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Acto administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1973, p. 44. Hemos mantenido el criterio en 1979, 3ª ed. y actualmente. En el ínterin han seguido y desarrollado todavía más el criterio MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 777 y ss., § 443, con excelentes argumentos a los que nos remitimos; BARRA, *op. loc. cit.* y las referencias que luego haremos a BIANCHI, TAWIL, etc.

y como ha dicho con acierto MAIRAL, el decreto-ley 19.549/72 da “una respuesta coherentemente autoritaria.”⁹

II. Presunción de legitimidad

2. La presunción de legitimidad. Crítica

El Código Civil establece para los actos privados una presunción de validez que alcanza a los actos de vicios no manifiestos, o sea anulables;¹⁰ pero expresamente excluye a los actos de vicios manifiestos, o sea nulos.¹¹ De los primeros dice el art. 1046 lo siguiente: “Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.”

Ninguna norma de derecho administrativo establecía antes de 1972 para los actos administrativos una presunción semejante, pero tampoco una distinta; de tal modo, aplicando por analogía la norma civil, podía concluirse que los actos administrativos anulables se presumen legítimos o válidos, *no así los actos administrativos nulos*. (“Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.”)¹² A ese argumento normativo civilista cabía agregar otro de índole lógica: si un acto tiene un vicio que no es manifiesto o aparente, es plausible que deba considerárselo, en principio y provisoriamente (hasta que una autoridad competente resuelva lo contrario), legítimo; si, en cambio, el vicio es claro y evidente, no podría presumirse que el acto es —a pesar de ese vicio manifiesto— válido;¹³ ello equivaldría tanto como cerrar los ojos ante la realidad, como decir “el sol brilla, pero presumo que no brilla.” En otras palabras, es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica ni siquiera podría ser superada por una hipotética norma legal expresa que así lo dijera,¹⁴ pues allí tendríamos una pretendida presunción legal cuya irrazonabilidad parece manifiesta. En tal sentido cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera que “Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone.” Pero es claro que ello resulta irrazonable, por ende inconstitucional.

No podría ni siquiera en ese caso, postularse que “si encuentras un acto manifiestamente ilegítimo, *presume a pesar de ello que es legítimo*,” pues ello es como ordenar que se piense en cierto modo, lo que es una imposibilidad material y

⁹ MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 773.

¹⁰ Art. 1046.

¹¹ Art. 1038: “Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.”

¹² Ver también *supra*, nota 1.5 y sus referencias.

¹³ WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 15. Ver también *supra*, nota 1.5 y sus referencias, esp. MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 777.

¹⁴ WINKLER, *op. cit.*, p. 29.

moral y por ende una imposibilidad jurídica. El decreto-ley no cambia ni puede cambiar, pues, la razón. Ni tampoco la ley de la gravedad.¹⁵

Así surgía para nosotros que la presunción de legitimidad del acto administrativo podía existir, por vía analógica, respecto de los actos anulables cuyo vicio no era evidente o manifiesto; que, en ausencia de norma expresa, no podía en cambio jurídicamente hablarse de una supuesta presunción de legitimidad para *todos* los actos sin distinción. Es que, como dice IMBODEN, la nulidad de un acto excluye necesariamente su exigibilidad, por la lógica inmanente al ordenamiento jurídico.¹⁶ Por tales razones ya en la primera edición (1963) de *El acto administrativo* sostuvimos que “el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legitimidad [...] El acto administrativo nulo no debe tener presunción de legitimidad” y agregábamos que el criterio contrario “representa un pensamiento político estatista y autoritario;”¹⁷ tal criterio lo reiteramos en otra obra, un año más tarde, destacando entonces que: “Ello, evidentemente, carece de toda razonabilidad ya que ninguna argumentación doctrinaria puede destruir el hecho de que puedan existir actos manifiestamente viciados; y ello, a su vez, implicará necesariamente que en tales casos el acto no podrá tener presunción de legitimidad.”¹⁸ Este mismo criterio ha sido también adoptado crecientemente por la doctrina argentina.¹⁹

3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia

3.1. *Jurisprudencia tradicional*

Un asunto diverso era determinar qué posición había asumido la jurisprudencia en la cuestión. La generalidad de los autores que han analizado el tema, comenzando por los trabajos pioneros y aún hoy fundamentales de BOSCH²⁰ y LINARES,²¹

¹⁵ Reiteramos como constante problema nuestra dificultad en percibir la realidad y no imaginarla, como en aceptar los postulados más elementales de la razón: “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

¹⁶ Citado por WINKLER, *op. cit.*, p. 15, quien se pronuncia en igual sentido.

¹⁷ *El acto administrativo*, *op. cit.*, 1963, 1ª ed., p. 98, nota 33; 1969, 2ª ed., p. 121.

¹⁸ *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, p. 105, nota 48.

¹⁹ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 468, 477-8. Si bien este autor, posteriormente a nuestra obra, nos atribuye la opinión contraria (*op. cit.*, p. 500) nuestro criterio fue y es el que hemos reproducido en el texto. En igual sentido, FIORINI, BARTOLOMÉ, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 295; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 9, § 9.1.2, p. 140; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, § 1.1.2, p. 234 y autores citados *supra*, nota 8.

²⁰ BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia,” en la *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1946 (marzo), pp. 192-5.

²¹ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 26 y ss.; *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 191, p. 229; *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 362.

continuando por las obras de BIELSA,²² DIEZ²³ y otros,²⁴ han entendido que a partir del año 1941 —año éste hasta el cual se aplicaba pacíficamente el Código Civil a los actos administrativos, sin diferencias sustanciales— la Corte Suprema de Justicia de la Nación había adoptado un criterio diverso.²⁵ Según la interpretación que esa doctrina en su momento otorgara a la citada jurisprudencia, ella consagraba el criterio de que en el derecho administrativo los actos administrativos deben presumirse legítimos a pesar de tener un vicio manifiesto.

Otros autores, en cambio, entienden que *ese mismo fallo* de 1941 consagra un criterio distinto, semejante al del Código Civil, lo que no deja de tener trascendencia habida cuenta que en 1975, luego de la vigencia del decreto-ley 19.549/72, la CSJN en *Pustelnik* viene a decir precisamente lo contrario que la interpretación doctrinaria de *Los Lagos*: que el acto manifiestamente nulo no puede presumirse legítimo. La realidad de *Pustelnik*, entonces, viene a dar alguna forma de razón a los que pensaban que *Los Lagos* no permitía inferir tal conclusión²⁶ o que esa sentencia pecaba tan sólo de generalidad, no variando la jurisprudencia anterior,²⁷ o al menos, que ha sido abandonada ulteriormente en *Pustelnik*.

Nada nos gustaría más que constatar que el derecho ha progresado, o no era tan anticuado como lo creía todo el mundo. Pero vemos que siguen reapareciendo fallos y doctrina que insisten en el viejo criterio, tomando muy al pie de la letra las viejas palabras del tribunal: “Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio.”²⁸ Esto es un error, pero se repite. La jurisprudencia en materia de recurso de amparo, si bien utilizó terminología que indujo a pensar en una solución distinta, de hecho llegó a consagrar los mismos principios. Esa jurisprudencia, en efecto, si bien expresaba que el recurso de amparo es procedente contra los actos administrativos viciados de “ilegitimidad manifiesta,” en la práctica sólo consideró que un acto se encuentra en esas condiciones cuando tiene un vicio de tal manera grosero y extraordinario como para ser descalificado

²² BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., pp. 116-7.

²³ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, pp. 431-2; del mismo autor, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., p. 298.

²⁴ Nuestra 1ª ed. de *El acto administrativo*, p. 83 y ss. y previamente “Teoría de las nulidades del acto administrativo,” *ED*, 2: 1091, año 1962.

²⁵ En ese mismo fallo la CSJN ensayó su criterio de que la inconstitucionalidad de un acto no puede declararse de oficio, contra el que se han levantado primero votos como los de FAYT y BELLUSCIO: *Fallos*, 306: 303, *LL*, 1984-B, 426; *Fallos*, 310: 1401, *LL*, 1987-E, 126; a los que se suma BOGGIANO, *Ricci*, *LL*, 1998-E, 233. Es de esperar que finalmente impere el *derecho*. Volvemos sobre esto en el cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

²⁶ SPOTA, ALBERTO G., “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos. Aplicación del Derecho Civil,” *JA*, 75: 918; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, lo da a entender en su artículo “Los contratos de petróleo,” *LL*, 111: 1050 y ss., notas 73 *bis* y 74.

²⁷ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 477.

²⁸ CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*, 1941. Desde luego, esto no excluye que también se la alegue y pruebe ante la administración.

como acto administrativo; es decir, que sólo tratándose de vicios groseros que de acuerdo a la doctrina constituyen vías de hechos,²⁹ o actos inexistentes, pero no actos administrativos nulos o anulables, dejan abierta la vía del amparo. En consecuencia, lamentablemente, esa jurisprudencia no implicó un apartamiento categórico del principio consagrado a partir del caso *Los Lagos*.³⁰ Con todo, avanza la idea de que corresponde declarar la nulidad cuando existen varios vicios que, aislados, tal vez no hubieran llevado a la misma conclusión.³¹

De todas maneras, cabe reconocer que tanto la administración como la justicia habían comenzado a admitir, en algunos casos, la no exigibilidad de actos nulos: la Corte Suprema, p. ej., ha dicho en el caso *Acuña Hnos y Cía. SRL*³² que “el derecho de la actora de ningún modo ha de estimarse disminuido ni excluido por la circunstancia de que ella no haya observado las prescripciones de una cláusula manifiestamente inválida;” algo parecido ha sostenido también la Procuración del Tesoro de la Nación.³³

3.2. *El caso Pustelnik (Fallos, 293: 133)*

La tesis de negar presunción de legitimidad a los actos administrativos nulos, que se venía abriendo lentamente paso en la jurisprudencia última, recibe un nuevo elemento de sustentación en el decreto-ley 19.549/72, cuya interpretación sistemática lleva a la misma conclusión.³⁴

Sin embargo, más importante es destacar que la propia discusión teórica ha sido reformulada, en términos categóricos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pustelnik*, de 1975.³⁵ Expresa ahora la Corte que “la invalidez *manifiesta* de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece *patente* en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto algunos, constituye un concepto general del orden jurídico” (cons. 3°); o sea, la Corte adopta el criterio de que es un principio o concepto general del derecho, inevitablemente aplicable en cualquier disciplina, el que un acto manifiestamente viciado no puede ser presumido legítimo; por ello aclara el tribunal “Que dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos *no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta.*” (Cons. 2°)

Este tipo de acto con invalidez evidente, patente o manifiesta, es llamado por el decreto-ley 19.549/72 y por la misma Corte, irregular: “Dicho acto irregular

²⁹ MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 213.

³⁰ Comp. LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 191, p. 230.

³¹ *Infra*, cap. IX, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios;” cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros.”

³² *Fallos*, 252: 39, 50, año 1962.

³³ *Dictámenes*, 91: 364.

³⁴ Ver *infra*, § 4, “Fundamentos de la presunción de legitimidad” y § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad” y cap. XI, § 9.2, “El supuesto de las sanciones de menor gravedad.”

³⁵ *Fallos*, 293: 133, *Pustelnik*, 1975.

no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la *gravedad y evidencia* del vicio que contiene.” (Cons. 5°.) Y agrega la Corte que “regular” no es sinónimo de válido, por cuanto un acto inválido puede ser regular si su vicio no es manifiesto, supuesto en el cual gozará de presunción de legitimidad hasta que una autoridad administrativa o judicial lo anule; o se, el acto “regular” puede ser tanto válido como anulable, el acto irregular es siempre nulo. Esa es la terminología del decreto-ley.

Precisamente en tal sentido el tribunal critica el fallo apelado, al cual deja sin efecto, por haber hecho el razonamiento viciado de que el acto en cuestión era irregular aún teniendo un vicio no aparente; en efecto, expresa la Corte que “en cuanto la sentencia apelada afirma simultáneamente que la autorización para edificar aparentó ser un acto regular³⁶ cuando en verdad constituía un acto irregular,³⁷ resulta autocontradictoria en los términos de la doctrina de derecho administrativo citada [...] y respaldada por la jurisprudencia [...] según la cual *no priva de su carácter regular al acto administrativo una causa de invalidez no manifiesta*” (cons. 15); en efecto, continúa la Corte, “no le es dable al poder jurisdiccional calificar retroactivamente como irregular un acto que aunque los jueces valoren inválido en sus sentencias era aparentemente válido y regular al momento de dictarse.” (Cons. 16.)

Otros párrafos del fallo *Pustelnik* insisten en que la presunción de legitimidad existe solo en tanto y en cuanto “el acto no fue manifiesta ni evidentemente inválido” (cons. 17) y que aún para el supuesto de una posible desviación de poder, “debería mediar *evidente* desviación de poder para irregularizar el acto en su finalidad” (cons. 17, *in fine*); que en el caso *sub examine* “aquella autorización no estuvo viciada, en su origen, de ilegitimidad *evidente*.” (Cons. 7°.)

Por referirse a un caso de derecho local, en el cual no resulta de aplicación directa el decreto-ley 19.549/72 (a cuyas normas no hace entonces referencia el fallo), la doctrina de la Corte se ubica en los principios generales del derecho administrativo.

3.3. *El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia*

El derecho penal y constitucional realizan también un aporte sustancial al tema en materia de órdenes de personal de seguridad. En efecto, entre las modificaciones de nuestro orden jurídico no es menor aquella que niega a la autoridad policial la facultad de detener o de otro modo aplicar la coerción, realizar requisa, requerir identificación, etc., sin causa probable o indicios vehementes de culpabilidad. Esta solución, por lo demás, proviene de establecer el principio de que “toda privación de libertad dispuesta en relación con la investigación de un

³⁶ Regular, claro está, en el sentido de acto válido o *anulable*.

³⁷ O sea, nulo.

delito, no importa su duración, debe estar precedida por orden judicial.”³⁸ Es a partir de ese principio que se admite la validez de ciertas leyes que “conferen, con carácter de excepción a la regla, la facultad a las fuerzas de seguridad e incluso a los particulares de efectuar aprehensiones sin la previa orden del órgano judicial competente.”³⁹

Tomando dicha facultad como excepción, se sigue entonces que si el acto carece de causa probable o no hay indicios vehementes de culpabilidad, carece de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad,⁴⁰ no existe deber alguno de obediencia al acto y se puede resistir su cumplimiento.⁴¹ Es así absolutamente nulo, en el más pleno sentido de la palabra. En el caso de la autorización u orden para la utilización injustificada de armas de fuego, la vía de hecho queda configurada. Ni qué decir del acto que ordena o permite las torturas y otros vejámenes: no puede recibir el nombre de acto administrativo.

Como ya dijieran tres votos de la mayoría de la CSJN en el caso *Daray*, ello también era aplicable con la derogada ley “que permitía a sus agentes detener con fines de identificación en circunstancias que lo justifiquen y por un lapso no mayor de 24 hs., a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes. Esta norma no constituye una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de las autoridades oficiales, ella requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y al mismo tiempo proscribir que cualquier habitante esté expuesto en cualquier circunstancia y momento de su vida sin razón explícita alguna a la posibilidad de ser detenido por la autoridad.”⁴²

³⁸ CARRIÓ, ALEJANDRO, *Justicia criminal*, Buenos Aires, 1986, p. 27; *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p. 130 y ss. Y no se trata tampoco de que el Juez tenga discrecionalidad para esto: la coerción está siempre subordinada, también para el Juez, al principio de la legalidad, del cual sólo puede prescindir cuando aplica una coerción innominada menor que la autorizada por la ley, por el principio de mínima intervención, pero aún así con autorización legal: SOLIMINE, MARCELO A., “Principios generales de las medidas de coerción,” *LL*, 1998-E, 1213, 1222.

³⁹ Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia*, *LL*, 1998-E, 311, 316.

⁴⁰ Ver, en otras palabras pero igual criterio, Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia*, *LL*, 1998-E, 311, con nota en igual sentido de SANDRO, JORGE ALBERTO, “Síndrome del maleante e intervención policial drástica,” “tras la reforma legal no existe la facultad policíaca de identificación «pura» o «directa» frente al ciudadano que recorre o se detiene en las calles o lugares públicos y la demora de una persona con ese propósito queda ahora supeditada, rigurosamente, al presupuesto genérico del arresto sin orden judicial («indicios vehementes de culpabilidad») o, en el vocabulario de la jurisprudencia estadounidense, «causa probable»,” p. 311.

⁴¹ TOral Criminal, *Heredia*, *op. loc. cit.*; SANDRO, *op. loc. cit.*: “Las consecuencias que genera el arresto ilícito para el derecho penal material resultan casi automáticas. No hay *tipo* de resistencia a la autoridad, por falta del elemento normativo característico, si el renitente se opone a un funcionario público que ejerce *ilegítimamente* sus funciones aunque la autoridad crea, por error, que obra dentro de sus facultades.”

⁴² Voto de NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR y LEVENE *in re Daray*, que el Tribunal Oral Criminal hace propio, *Heredia*, *op. cit.*, p. 317.

Si ello está postulado así en materia de fuerzas de seguridad, parece más razonable que se lo aplique a los actos de las autoridades civiles. Claro está, siempre se puede argumentar que la solución penal contemporánea —comparada y finalmente nuestra— deriva en realidad del deseo de tutelar en mayor medida la libertad personal; pero dado que esa solución se ha formulado frente al equilibrio entre la seguridad pública y la libertad personal, dos elementos clásicos de confrontación histórica, pareciera que el mismo tipo de razonamiento es aplicable con mayor razón cuando lo que está en juego no es la seguridad pública, sino alegados intereses públicos de menor entidad, o un bien común menos intenso que dicha seguridad pública.⁴³

4. Fundamentos de la presunción de legitimidad

4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances

Es así manifiesta la debilidad o inexistencia del fundamento en que se hace reposar esa presunción de legitimidad: aún dejando de lado la vieja afirmación de la Corte, que los actos administrativos “por serlo” se presumen legítimos y atendiendo a la que ofrece alguna doctrina,⁴⁴ se advierten sus limitaciones. Se afirma en la jurisprudencia que el fundamento radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, lo que demuestra la tesis contraria. La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. La ausencia de alguno de ellos —aislado y a veces ni siquiera sumados—, no lleva a la nulidad judicial sino a su anulabilidad, saneable *per se*. Cabe pues concluir, *de lege lata*, que no están dadas en el derecho viviente las condiciones postuladas para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo. Tiene razón NAVA NEGRETE cuando sostiene que esta situación “se antoja como hacerse justicia por propia mano, lo que expresamente prohíbe la Constitución a toda persona.”⁴⁵ Lo grave es que la justicia deja

⁴³ Decíamos en este mismo lugar, en la 8ª ed. de 2004, que: “Por lo demás, un cálculo de probabilidades pareciera afirmar que es posible que se llegue a dicha solución para los actos administrativos ya que cabe apuntar en distintos aspectos de este razonamiento votos bastante categóricos, nunca reunidos en una misma solución pero sí sobrevolándola: NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR y LEVENE *in re Daray*; PETRACCHI; FAYT, BELLUSCIO y BOGGIANO en cuanto a la declaración de oficio de la inconstitucionalidad y no como *última ratio* del orden jurídico. Está todo preparado para un cambio de escenario.” Y recordábamos a FAYT y BELLUSCIO: *Fallos*, 306: 303, *LL*, 1984-B, 426; *Fallos*, 310: 1401, *LL*, 1987-E, 126; a los que se sumaba BOGGIANO en *Ricci*, *LL*, 1998-E, 233.

⁴⁴ TIVARONI, CARLO, *Teoría degli atti amministrativi*, Turín, 1939, p. 54; RIVALTA, MARÍA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, 1960, pp. 195-6; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 370; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., pp. 109-10.

⁴⁵ NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, FCE, 1996, p. 306.

que la administración se haga justicia por su propia mano, como si estuviéramos en el *Ancien Régime*.

En el derecho argentino no existen todavía garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar en forma plena, eficaz y oportuna los derechos individuales;⁴⁶ a lo que cabe agregar la ausencia de entes reguladores autónomos e independientes, no controlables por el Poder Ejecutivo.⁴⁷ Tampoco podría encontrarse un fundamento teórico de manera similar que para las leyes, que por razones prácticas se establece que el derecho se supone conocido por todos, aunque de hecho ello no sea así. Es que —en épocas normales, para las cuales tales principios son establecidos— la ley está rodeada de garantías reales y no teóricas que morigeran la comisión de arbitrariedades: La discusión o debate parlamentario, distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, un mayor control social, etc. En cambio, el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un sólo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley,⁴⁸ como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.

El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, en condiciones de imparcialidad, etc., entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad.⁴⁹ Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto *manifestamente viciado*, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que cierto acto es lo que *manifestamente no es*. El acto nulo, en consecuencia, no puede en ningún caso tener presunción de legitimidad.

⁴⁶ *Supra*, t. 2, caps. XII, “La licitación pública” y XIV, “Problemas del acceso a la justicia.”

⁴⁷ *Supra*, t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores” y t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.” Algo se va progresando, con la improcedencia del recurso de alzada contra sus decisiones: *infra*, t. 4, cap. XI.

⁴⁸ Ver VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “Sólo por ley...,” *LL*, 2005-E, 279.

⁴⁹ Ver SCJBA, *Clemeno*, 12-III-2003, en *LL*, 2005-C, 475, con nota de ISABELLA, DIEGO P., “El silencio administrativo relativiza la aplicabilidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado. En torno a un trascendente fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.” El tribunal sostuvo que la presunción de legitimidad debía restringirse por la configuración del silencio administrativo, ante un recurso planteado por el particular, porque tal accionar era violatorio del derecho al debido proceso y en particular al derecho a obtener una decisión expresa y fundada.

4.2. *Fundamento positivo de la presunción de legitimidad*

El decreto-ley 19.549/72 consagra expresamente la presunción de legitimidad como característica del acto administrativo, cuando dice, en el art. 12,⁵⁰ primera parte, que: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad.” Ahora bien, como la norma no precisa si esta característica se aplica al acto administrativo válido, al anulable, al nulo y al inexistente, cabe analizar el alcance de la extensión del principio en el decreto-ley. A nuestro juicio, para esto se torna de importancia la fuente que el decreto-ley ha utilizado al tratar en sus arts. 17 y 18 la estabilidad del acto administrativo. Allí expresa, de conformidad con lo que sostuviéramos en el proyecto de 1964 y en el proyecto de LINARES y nuestro, que como regla general el acto administrativo regular tiene estabilidad y el acto administrativo irregular no la tiene, entendiéndose por acto administrativo irregular específicamente el acto nulo. Tanto el acto administrativo válido como el anulable tienen carácter de actos regulares, no así el acto administrativo nulo, que se considera irregular. En los proyectos indicados se establecía que la presunción de legitimidad solamente alcanzaba al acto administrativo regular,⁵¹ no así al irregular.

La misma solución está receptada en el decreto-ley razonablemente interpretado, pues sería incongruente construirlo en el sentido de que el acto nulo sería un acto irregular, como claramente surge del texto normativo, pero que a este acto irregular de todas maneras habría de presumírsele legítimo. Ello atenta contra la armonía del sistema y no hay ningún motivo que pueda llevar a esa afirmación. Lleva a la misma conclusión el hecho de que el art. 17 destaca expresamente la *obligación* de la administración pública de revocar el acto nulo, por razones de ilegitimidad. Esta obligación no es extensiva al acto anulable, respecto del cual la administración puede optar por sanearlo, en lugar de revocarlo. Si la administración debe, pues, revocar el acto nulo, no resultaría tampoco armónico interpretar que a pesar de ello puede presumirlo legítimo. La presunción de legitimidad es así una tolerancia al funcionamiento del acto anulable, la que se basa en la posibilidad de que el acto sea finalmente saneado, con lo cual su cumplimiento previo, derivado de la presunción de legitimidad que se le asigna, queda cohonestado. No habrá de ocurrir lo mismo, entonces, con el acto irregular o nulo.

En cambio, en el caso del acto nulo no sería posible llegar a la misma idea, precisamente porque es un acto insanablemente viciado y entonces no tiene sentido jurídico ni práctico cumplir o exigir el cumplimiento de un acto que deberá finalmente ser extinguido por razones de ilegitimidad.⁵²

⁵⁰ En igual sentido Honduras, art. 30.

⁵¹ El fundamento es la menor importancia del vicio, no interesando que sea más o menos evidente. Cabe suponer, desde luego, que generalmente no será manifiesto.

⁵² Conf. FIORINI, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, 2ª ed., p. 452; LINARES, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 362, quien cambia así la opinión contraria que expresara en *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 230.

De cualquier manera, no puede razonablemente —a una norma tan vaga, imprecisa e indeterminada como el referido art. 12— atribuírsele válidamente la generalidad que parece ostentar. Como dijera el mismo Tribunal Oral Criminal *in re Heredia* ya citado, recordando un voto de PETRACCHI.⁵³

“¿No es ello acaso sólo un mito asentado en el resabio de la larga historia de autoritarismo que nuestro país ha padecido, durante cuyo imperio surgía como una de sus características más visibles la proliferación de prohibiciones como único recurso para el control de las relaciones sociales, resultando así que se hallaba prohibido desde la circulación de ciertos libros, el acceso a la exhibición de ciertas vistas cinematográficas, el uso de faldas cortas o pelos largos, el salir del domicilio sin documento de identidad y toda una amplia ristra de prohibiciones que determinaron, al cabo, que nadie tuviere muy claro en qué consistía, de existir, el marco de su libertad individual?”

“¿Cuál es la ley que nos prohíbe a los habitantes de la Nación el decidir salir de nuestros domicilios sin documentos de identidad, bajo el riesgo de tener que soportar ser detenidos y conducidos, por esa sola circunstancia a una comisaría?”

“¿Qué norma establece la facultad legítima de las autoridades policiales para detener a una persona, exigirle la exhibición de documentos de identidad, palparla en sus ropas, introducirlo a un patrullero, etc., si esa persona no ha realizado con carácter previo conducta alguna que indique ha cometido o está por cometer un hecho ilícito?”

“¿A qué quedaría reducida la operatividad de la garantía que consagra la Constitución Nacional y reglamentan las normas legales arriba mencionadas, si los jueces de la Nación afirmáramos que en definitiva todo habitante de este país puede ser legítimamente detenido y obligado a exhibir su documento de identidad [...] mientras se encuentra en la fila de ingreso a un local bailable o en la fila de un banco o de un cine, o bien, mientras conversa con otras personas en la vía pública, o en un bar, etc.?”

Obviamente, el tribunal no piensa que el art. 12 del decreto-ley 19.549/72 sea una de esas normas: su extrema generalidad, desde un gobierno *de facto*, no puede ser un *bill de indemnidad* para las autoridades de gobiernos *de jure*. Ese alcance es el que surge también de los pronunciamientos de la CSJN en iguales materias policiales y de seguridad pública y libertad personal. Falta generalizarlo a las autoridades civiles. Es en efecto el viejo dilema entre autoridad y libertad, que *toda* la jurisprudencia debiera ahora decidir *in favorem libertatis*. No se nos oculta que esto remueve muchas cosas del inconsciente colectivo, como lo demuestra la apasionada discusión con las diferentes versiones del Código de Convivencia Urbana de la Ciudad de Buenos Aires, la autocensura que todavía despierta todo lo relativo al último período de facto,⁵⁴ las gestiones que se han

⁵³ Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia, LL*, 1998-E, 311, 317.

⁵⁴ Algunos de cuyos ejemplos explicamos, remitiéndonos a las publicaciones pertinentes, en la nota 1 de la “Introducción.”

efectuado en los casos *Regina v. Evans*⁵⁵ y complementarios, las discusiones sobre los límites de la libertad de expresión del pensamiento y la creatividad artística, etc. Son tiempos de consolidación democrática que van a producir lentamente, con esperanza, un nuevo equilibrio social. Lo comentamos *supra*, en la “Introducción” al presente vol.

4.3. *Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular*

Admitir la presunción de legitimidad en forma amplia, como lo hizo la Corte Suprema en el pasado, lleva a la consecuencia de proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso, dificultar la efectiva vigencia de los derechos de los individuos.⁵⁶

Ahora bien, cabe preguntarse, como seguramente muchos lo harán, si reducir la presunción de legitimidad sólo a los actos válidos y anulables (o sea los regulares, en el esquema del decreto-ley, que sigue en esto la tradición doctrinaria), no extendiéndola a los actos nulos,⁵⁷ o sea los actos irregulares, no puede tener efectos negativos sobre la eficiencia y continuidad de la actividad administrativa, que se vería algo así como continuamente amenazada por la desobediencia.

Es en esa orientación que parecieran haberse orientado los temores de la Corte, cuando en alguna oportunidad llegó a decir que “la sola voluntad” del interesado es insuficiente para quitarle presunción de legitimidad y eficacia al acto administrativo.⁵⁸ Ahora bien, cuando se ha generalizado en el país el corte de calles por lo que se denomina, a veces correctamente y a veces no, la protesta social, se está violando el orden jurídico: ¿se arregla esto estableciendo la obligatoriedad de la ejecución del acto nulo?

A este interrogante se da la siguiente respuesta: “Los efectos ulteriores de una suposición desatinada [...] no alteran el punto de vista del orden jurídico [...] ya que los límites de lo legal o ilegal son establecidos por el derecho con independencia de las representaciones de los súbditos del orden jurídico.”⁵⁹

Tradicional es también la respuesta de SOLER: no se trata de que “los actos de la autoridad estén entregados a la libre apreciación de los particulares ni que se sancione la anarquía. El problema no es erigir a los particulares en jueces de los actos de la autoridad y tampoco es en qué circunstancias debe un ciudadano

⁵⁵ LL, 1999-A, 431, año 1998, y comentarios que efectuáramos *supra*, cap. II, nota 120, p. II-29.

⁵⁶ Por ello dice WINKLER, *op. cit.*, p. 35, que en el Estado de derecho la nulidad absoluta, que no se presume legítima, es un baluarte del individuo frente a la actividad antijurídica estatal.

⁵⁷ Cabe la misma aclaración que antes: aunque generalmente la nulidad será manifiesta, puede no serlo. En el primer caso es indubitable que no puede existir presunción de legitimidad. En el segundo puede ser una cuestión debatible.

⁵⁸ Igual criterio en GIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen vewaltungsrechts*, t. 1, Zurich, 1960, p. 429.

⁵⁹ SANDRO, *op. cit.*, p. 311.

rechazar un acto ilegítimo de autoridad [...] No se trata de otorgar un premio al renitente sino de ver qué condiciones deben mediar para imponerle o no una pena. Y la imposición de una pena no puede basarse en el propósito de rendir *un homenaje perpetuo a la autoridad, incluso la abusiva*.”⁶⁰

Es claro que aquella duda es un error de apreciación producto del pasado: ninguna duda cabe de que “la sola voluntad” del afectado no puede privar de eficacia al acto, pero nadie pretende semejante conclusión; lo que se propone es que, de resultar acreditado que un acto *manifiestamente* viciado fue desobedecido, no puede además de ello castigarse a quien lo desobedeció; a la inversa, que si una persona desobedece un acto y no prueba que el acto estaba gravemente viciado, recibirá las sanciones pertinentes.⁶¹ Por ello, las consecuencias que se derivan de reconocer al acto administrativo presunción de legitimidad sólo cuando carece de vicios manifiestos, en ningún modo implican incitar a la desobediencia de los actos de las autoridades públicas. Si una persona no obedeciera un acto por considerarlo gravemente viciado, la administración puede a su vez sancionarla por el incumplimiento si ella estima que el acto no tiene tal tipo de vicio o incluso es válido. Y tocará al fin a la justicia resolver si el individuo tuvo o no razón en considerar al acto como nulo.⁶² En caso de resolverse en definitiva que el acto tenía un vicio grave, se dejará sin efecto la sanción que se hubiera impuesto por el incumplimiento y el individuo habrá tenido razón;⁶³ si en cambio se resuelve que el acto no tenía un vicio grave sino leve, entonces se decidirá que debió haberlo obedecido y que la sanción aplicada por la desobediencia es válida.⁶⁴

⁶⁰ *Derecho penal argentino*, t. IV, 4ª ed. de la parte especial, Buenos Aires, TEA, 1988, p. 139; la bastardilla es nuestra. No es la razón la base de aquellos temores: es el temor mismo o, al decir de CARRARA, la pasión.

⁶¹ ULE, citado por WINKLER, *op. cit.*, p. 32; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 341; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 681. Ver también el caso *Resch*, que comenta TIMONIN, MARÍA FLORENCIA, “*Resch*: ¿Alcanza con invocar el artículo 1º del decreto-ley 19.549/72 para no aplicar el título IV? Una interpretación integrativa de un tema que no se agota,” en prensa.

⁶² HUBER, *op. cit.*, p. 681.

⁶³ Y por supuesto, el particular que fue sancionado ilegalmente por haber desobedecido un acto nulo, deberá luego ser indemnizado del daño material y del agravio moral ocasionado a él por la administración y sus funcionarios. La responsabilidad que le caben al Estado, sus concesionarios o licenciatarios y al funcionario (*supra*, t. 2, caps. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios” y XX, “La responsabilidad del estado y de sus concesionarios y licenciatarios”) ha de ser así un freno adicional a la tentación (*infra*, § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad,” nota 80 *in fine*, p. V-20, con cita de SUNDFELD) en que puede caer la autoridad, de exigir de todas maneras la ejecución de un acto suyo que el particular impugne con razonables fundamentos como manifiestamente nulo. Desgraciadamente la condena y su ejecución judicial tardan demasiado en llegar y pierden así mucho de su significación empírica.

⁶⁴ Como dice KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 159, “En estas órdenes, el individuo puede, a lo sumo estimarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.” Este aspecto de la desobediencia “por cuenta y riesgo” del interesado es mencionada por la mayor parte de la doctrina alemana. Ver también *supra*, nota 63, p. V-15.

Decía CARRARA en el siglo XIX que “cuando la política se mezcla en las cuestiones jurídicas, suelen escucharse más las voces de la pasión que las de la lógica. En efecto, vemos que aquí los criminalistas se dividen en dos bandos opuestos. Unos, seguidores de la obediencia pasiva e idólatra del predominio del Estado, aún en menoscabo de la soberanía del derecho, no admiten distinciones y afirman: «Los agentes del gobierno tienen derecho a mandar y los súbditos tienen el deber de obedecer ciegamente a todas sus órdenes. A los súbditos no puede dárseles la potestad de analizar las órdenes y los actos de la autoridad pública, pues están en la sociedad únicamente para obedecer. Si la orden o el acto son injustos, que recurran a la justicia, presentando querrela contra el funcionario delictuoso, pero obedezcan ante todo. En cambio si pretenden anteponer la fuerza y el juicio propio para impedir las órdenes o los actos de los superiores, inflíjaseles la pena de la resistencia, aunque después se les castigue también por los abusos cometidos».”

“En cambio, los [...] que respetan el sagrado derecho de la libertad individual, que no ven en la sociedad civil sino un medio destinado a proteger los derechos de la humanidad y en la autoridad social un instrumento necesario para mantener la soberanía del derecho, rechazan la doctrina tiránica de la obediencia pasiva y propugnan el derecho de libre resistencia contra los actos injustos de los funcionarios públicos.”

“Así como el pueblo tiene derecho de reaccionar contra el soberano cuando se vuelve tirano, así también todo ciudadano tiene el derecho de reaccionar contra los funcionarios subalternos cuando realizan actos tiránicos. El poder les fue dado a éstos para mantener el derecho; pero, si para servir a pasiones individuales, quieren abusar de ese poder para conculcar el derecho ya no son agentes de la justicia, sino individuos y nada más que individuos delictuosos.”⁶⁵

En ningún modo se afecta la continuidad de la acción administrativa regular, ni el efectivo cumplimiento de las decisiones regulares, o sea válidas o no muy gravemente viciadas y anulables, ni se supedita el cumplimiento de los actos administrativos a la “sola voluntad” de los individuos.

Al contrario, se contribuye a tratar de detener nuestros males endémicos de corrupción sistemática y endémica en prácticamente todos los gobiernos, que no obstante cuántas sean sus premisas previas de honestidad, no logran evitar que el aparato del Estado, una vez en sus manos, que arman y dirigen con sus propios funcionarios, caiga en las mismas prácticas corruptas que son parte de la sociedad misma.

A ello hay que agregar en ocasiones el terrorismo de Estado, la inseguridad generalizada tanto jurídica como personal o física. No se puede preconizar la obediencia ciega a todas estas conductas, pero cabe sí indicar al particular que

⁶⁵ CARRARA, FRANCISCO, *Programa de derecho criminal*, Bogotá y Buenos Aires, Temis-Depalma, 1997, t. 7, pp. 338-400.

sólo puede desobedecer a su propio riesgo, pues la protesta transmutada en desobediencia no es legítima sino cuando puede demostrar que lo que desobedece es nulo de nulidad absoluta.

Nuestra sociedad está bastante madura en esta materia como para no incurrir en desobediencia generalizada a actos administrativos regulares. Es sólo la verdadera desesperación o incluso la furia colectiva que lleva a veces a actos grupales de agresividad o daño intencional, eso nada tiene que ver con la posibilidad de desobedecer un acto nulo de nulidad absoluta. Bien al contrario, es la continua obediencia a actos inválidos lo que lleva a esos actos sociales de desesperación colectiva.

En otras palabras, admitir la no presunción de legitimidad del acto irregular, es decir del acto nulo o inexistente, no afecta en modo alguno a la totalidad de los actos administrativos y mucho menos a los actos regulares. Si por acaso una persona desobedeciera un acto *válido* o un acto *anulable*, ella cargará con las consecuencias y las sanciones correspondientes;⁶⁶ no tendrá como excusa ni siquiera el error.

Es parecido al dilema que se le presenta a la persona que dentro de la función pública recibe órdenes ilegales de sus superiores, o incluso contrarias al orden público internacional: Tortura, genocidio, piratería, esclavitud y sus sucedáneos de reducción a la servidumbre y trata de blancas; o los delitos también de lesa humanidad que están *in statu nascendi*, tales como el narcotráfico, el crimen organizado y especialmente la corrupción.⁶⁷

Resulta obvio que nadie puede dar ni obedecer impunemente esas órdenes, pues si lo hace serán susceptibles, tanto el autor como el ejecutor, de reproche penal internacional y extranjero imprescriptible, aunque no lo sufran en el ámbito interno.⁶⁸ A la inversa, la desobediencia al acto administrativo individual puede acarrear sanciones internas, que más tarde deberá el afectado podrá a lo sumo

⁶⁶ En este sentido indica WOLFF, *op. cit.*, p. 341, que en el derecho alemán, en que el acto nulo es ineficaz de antemano, “no necesita ser obedecido por nadie, ni siquiera por el afectado o por la autoridad que lo emanó.” “Sin embargo el afectado soporta el riesgo de asumir erróneamente nulidad; él no puede remitirse a su buena fe. En los casos de duda debe pues acudir al tribunal administrativo.” SUNDFELD, CARLOS ARI, *Acto administrativo inválido*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 22 y 26, destaca este riesgo del particular y señala también que el acto no existirá cuando “fuere desconocido como tal por los destinatarios,” enfatizando acertadamente el efecto de la resistencia civil al acto. Evoca a HART que comentamos *infra*, en el cap. VIII, § 9.1, “La ley inmoral.” En igual sentido acerca de la resistencia de los ciudadanos y la no ejecución por el funcionario, VIGNOCCHI, GUSTAVO, *La natura giuridica dell' autorizzazione amministrativa*, Padua, CEDAM, 1944, p. 130.

⁶⁷ Nos remitimos a lo explicado *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes nacionales del derecho administrativo;” ver también en este t. 3, cap. V, § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad.” Ver también nuestra conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO, *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, 1998, pp. 101-19.

⁶⁸ Se trata del caso *Regina v. Evans (La Reina c. Evans y ot.)* resuelto por los *Law Lords*, *LL*, 1999-A, 432, que comentamos en el cap. II, nota 120, p. II-29; ver también WILLIAM, SYLVIA MAUREEN, “El derecho británico y la inmunidad soberana,” *LL*, 1998-F, 1233.

intentar revertir en el orden internacional⁶⁹ si no logra su anulación interna: Es el precio que hay que pagar por la libertad y por no poder entre todos saber o tener el coraje de parar la tiranía en ciernes, como corresponde si es que pretendemos que la resistencia sea útil.⁷⁰ No es un ejercicio que resulte precisamente gratis. Hay en esto no solamente un *derecho* a la objeción de conciencia, como lo han dicho en materia de libertad de cultos algunos votos en *Bahamondez*,⁷¹ sino también un *deber* a la objeción de conciencia, cuando la orden contraviene el orden público internacional o las normas básicas de convivencia en una sociedad civilizada. Si no cumplimos con este deber moral, somos tan responsables como los que los cometen y los que los cobijan, desde la justicia o desde la cátedra, sobre todo desde esta última, donde muchos esconden sus prejuicios y privilegios de poder. No cabe esperar que comience la persecución política, los asesinatos anónimos, los seudo suicidios, para comenzar la resistencia: Debemos comenzar siempre y en cada caso con toda infracción al Estado de Derecho, con todo apartamiento del sistema republicano de gobierno, con toda violación de la división de poderes, con cada amenaza o persecución al periodismo o al pensamiento independiente, con cada ataque a la independencia del poder judicial. De lo contrario será siempre demasiado tarde y los culpables seremos nosotros mismos. Es el mismo deber de resistencia a la autoridad, tanto en el plano mayor de la tiranía, como en el concreto de la orden individual ilegítima: “las conductas [...] fueron realizadas con la finalidad de impedir que la autoridad policial concretara una medida ilegítima, que, por ende, ningún ciudadano debe soportar.”⁷² La tiranía tiene también reproche constitucional expreso en los arts. 29 y 36 y en el sistema internacional de derechos humanos, por lo que un intérprete del derecho no puede desentenderse del problema en el derecho positivo por la mera invocación de un decreto-ley de

⁶⁹ El que no obedece órdenes ilegales y es sancionado obtiene luego la reparación internacional, aunque el *pretium doloris* desde luego no es mensurable. Los antecedentes pueden encontrarse a través de diversos pronunciamientos locales que aplican la condena internacional, ejecutada por las leyes 24.043 y 24.096: CSJN, *Birt*, último voto, *LL*, 1995-D, 292; CSJN, *Noro*, *LL*, 1997-F, 700; CNFed. CA, Sala III, *LL*, *Rinaudo*, 1995-E, 504; CNFed. CA, Sala V, *Ceballos*, *LL*, 1998-D, 216. Ver también notas a algunos de estos fallos en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 2, “¿Una excepción a la ley 24.447?”, pp. 33-6; § 16, “La implacable tasa de justicia,” pp. 63-6; § 91, “Una historia que no cierra: reparación histórica vs. *ultima ratio*,” pp. 189-91. Ver también nuestro art. “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998. Se trata del caso de los Testigos de Jehová, que la CSJN resolvió favorablemente, en cuanto a la tutela de la libertad religiosa, en *Bahamondez*, *LL*, 1993-D, 130, pero no la Cámara ni tampoco después la propia Corte en el caso comentado en la *RAP*, 234: 91.

⁷⁰ Repitamos una vez lo que dijo MANNHEIM, a quien hemos citado en el t. 1, *Parte general, op. cit.*, 8ª ed., cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales,” p. III-24, nota 20.2: “una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura.”

⁷¹ El voto de CAVAGNA MARTÍNEZ y BOGGIANO en *Bahamondez*, *LL*, 1993-D, 130, expresa que la libertad religiosa “incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como *el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona.*” El destacado es nuestro.

⁷² Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia*, *LL*, 1998-E, 311, 321.

un gobierno de facto.⁷³ En sus manifestaciones más extremas, equivale a decir que no hay Dios, ni justicia, ni sociedad universal. Menos aún cuando se ha podido señalar que el derecho a que no se ejecute por la fuerza un acto nulo forma parte de los principios que hacen a una nación civilizada, como ha dicho VEDEL. Pues es bien sabido que son precisamente los principios jurídicos “generalmente aceptados por las naciones civilizadas” los que adquieren carácter *erga omnes*, incluso aunque alguno de los Estados o naciones con *standards* menos elevado de conducta jurídica no los acepten como tales. Existen con independencia de la voluntad de los Estados individuales, como parte del sistema *erga omnes* de derechos humanos preexistentes a la voluntad de Estado alguno; superiores, incluso, al principio del *ius cogens* internacional.⁷⁴ Esa tiranía empieza a asomar su cabeza cada vez que la doctrina o la jurisprudencia reconocen al acto administrativo *gravemente viciado* alguna presunción de legitimidad o alguna ejecutoriedad (o, lo que es lo mismo, se niegan a reconocerlo como tal): ese es el comienzo de la arbitrariedad y la irracionalidad erigidas al nivel de sistema. Ya hablamos en diversos lugares de la responsabilidad moral que le cabe en esto a la doctrina jurídica.⁷⁵ Lo que después siga no debiera ya sorprender, cuando la doctrina comparada, incluso francesa y nacional nos ha advertido que esos preceptos son la base de una sociedad meramente civilizada;⁷⁶ de donde se sigue,

⁷³ Por cierto, la resistencia al poder de turno tiene siempre un costo, que debemos soportar todos, pero la única clave de ser libres es no tener miedo a la muerte ni a los infortunios. Es siempre necesario releer a SÉNECA, *Epístolas morales a Lucilio*, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini, 1997, Libro IX, epístolas 76 y ss., p. 373, quien a su vez recuerda a Eneas en VIRGILIO, VI 103-5, diciendo a la Sibila de Cumas, luego que le ha vaticinado el futuro: “Ningún aspecto del sufrimiento se presenta [...] nuevo o inesperado para mí; todo lo tengo previsto y personalmente lo he revivido en mi ánimo;” a lo que agrega SÉNECA “Tú me anuncias hoy tales sufrimientos; yo me los he anunciado siempre y, como hombre, me he preparado para los reveses humanos;” “Por ello el sabio se acostumbra a los males venideros; los sufrimientos que otros hacen leves con una larga paciencia, él los hace leves con una larga reflexión;” “El sabio sabe que le aguarda toda clase de infortunios. Ante cualquier accidente exclama: «lo sabía»;” también es interesante ver las epístolas siguientes.

⁷⁴ Ver RAGAZZI, MAURIZIO, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 130 y nota 30, quien muestra cómo a partir de votos salvados (nuestro “según su voto,” el Juez TANAKA en el caso *South West Africa* de la CIJ), el *dictum* en *Barcelona Traction* y otras decisiones de la ICJ (como la que figura en *I.C.J. Reports* 1951, p. 23, “principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aún sin ninguna obligación convencional;” RAGAZZI, *op. cit.*, p. 100 y nota 34, 102 y notas) se va formando un nuevo derecho que ya no cabe llamar internacional, sino mundial y que cubre precisamente y entre otros, el sistema de derechos humanos, incluso contra prácticas establecidas en contrario y aún sin la voluntad de las naciones individuales: *op. cit.*, p. 116 y nota 47, quien también se remite, en la p. 130 y nota 52 a TANAKA, “Du droit international au droit mondial,” *Études juridiques offertes a Léon Julliot de la Morandière*, París, 1964, pp. 563-7. Sin duda que todo esto va desarrollándose lentamente y para el futuro, pero un abogado debe estar preparado para la aplicación del derecho también en el futuro.

⁷⁵ Lo hicimos en el *Prólogo* a nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984; lo hacemos en el cap. I de *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed.

⁷⁶ Esta es la doctrina francesa tal como la ve este autor y también BARRA, “Ejecutoriedad del acto administrativo,” *op. cit.*, p. 69, recordando a VEDEL, *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980. Ampliar para el derecho estadounidense y europeo en MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 761 y ss.

sin mayor dificultad, que apartarse de ellos es comenzar a abrazar la barbarie que condenaban nuestros próceres y el *jus cogens*⁷⁷ y condena todavía, cada vez que puede, la humanidad. Asignar tanto poder al acto gravemente viciado es renunciar a vivir civilizadamente, precio que hemos pagado todos por tolerar más de una vez la formación de una tiranía.⁷⁸ Quedará sólo la amenaza de la sanción internacional, como en *Regina v. Evans*. Y la cuestión no se resuelve diciendo que exageramos, porque la tendencia universalista es inconfundible. Ello, a menos que el derecho patrio viviente se decida algún día a aplicar los nuevos principios del art. 36.

5. Efectos de la presunción de legitimidad

5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos

La principal consecuencia de la presunción de legitimidad del acto administrativo regular (válido o anulable, no el nulo cuyo vicio es grave y a veces manifiesto) es sin duda importante: como dice DIEZ, “por ello el acto legítimo y el acto inválido no se diferencian ya que ambos lo vinculan igualmente. De allí, entonces, que la situación jurídica de los actos que se presumen legítimos, hasta que no se demuestre lo contrario, es común a los actos legítimos y a los inválidos.”⁷⁹ En igual sentido expresa LINARES que los actos administrativos viciados “pueden tener si no validez, por subsunción específica normal, validez por habilitación; y en este sentido gozan de una vigencia precaria mientras no se los revoque por el propio autor o por los jueces.”⁸⁰ En otras palabras, de la presunción de legitimidad se deriva la obligatoriedad o exigibilidad del acto, lo que hace que los destinatarios del mismo tengan el deber jurídico de cumplirlo. Esta igualación no es para *todos* los actos ilegítimos, sino sólo para los que tienen el carácter de *regulares*, por carecer de vicios graves. Lo que se igualan son los actos regulares, válidos o anulables, en cuanto a los efectos que provisionalmente producen hasta tanto

⁷⁷ El hablar de comunidad o país civilizado evoca directamente, por supuesto, el orden público internacional o *ius cogens*, con todas sus implicancias: juzgamiento por la comunidad internacional, sean países extranjeros o tribunales internacionales, imposibilidad de alegar el derecho interno, etc. Lo hemos advertido reiteradamente, desde el cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” del t. 1, pasando por *Derechos Humanos, op. cit.*, y llegando al nivel de simple recordatorio, como la primera notícula en *Cien notas..., op. cit.*, § 1, “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” pp. 31-3.

⁷⁸ Reiteramos la cita que hicieramos en la nota 70, p. V-18, de MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168: “Una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura,” WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pp. 85-6. Ampliar *supra*, tomo 1, *Parte general, op. cit.*, cap. III.

⁷⁹ DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 296.

⁸⁰ LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 29. En otra terminología se ha dicho también que tiene una validez provisoria, lo cual es una cierta licencia literaria. Por ello dice SUNDFELD, *op. cit.*, p. 25: “No existe una validez provisoria del acto. O una norma se conforma, o no se conforma, a la jerárquicamente superior. No es posible lógicamente que en un momento haya conformidad y, en otro posterior, disconformidad.”

su invalidez sea declarada por una autoridad competente. Los actos irregulares no se igualan, ni siquiera provisionalmente, a los actos válidos.

5.2. Necesidad de pedir la ilegitimidad

De lo expuesto se deduce un segundo aspecto de la presunción de legitimidad: que para desvirtuarla a veces es necesario pedirla,⁸¹ sea ante la administración o ante la justicia. La administración puede de oficio revocar el acto, salvo los casos que explicaremos.⁸² Esa es la doctrina usual para los actos regulares, conforme la propuesta primigenia de nuestro Proyecto de Código Administrativo de 1964.

La justicia no puede, según habitualmente se entiende, declarar de oficio la invalidez de un acto,⁸³ pero si ella le es requerida, aunque no le sea fundamentada en derecho, de todos modos está obligada a decir el derecho, *iura curia novit* y anular lo que sea contrario a derecho; incluyendo los actos administrativos que lesionen el derecho constitucional, los tratados internacionales y los principios de la comunidad civilizada de naciones. El juez no puede, sin abdicar de lo más elemental de su función que es *decir el derecho*, partir a la inversa de una mal entendida solidaridad con el poder, ni tener una postura de compromiso inicial con el acto, las leyes, sentencias, etc.: su compromiso único es con la justicia y el orden jurídico, en cuya cúspide se halla el orden público internacional, los tratados internacionales y supranacionales y la Constitución nacional.

Ese es el compromiso de un juez que ejerza su *jurisdictio*. Pues no será decir el derecho, sino mentirlo, preferir a los actos de menor rango en la escala normativa, que son del poder de turno y preterir a las normas supremas del ordenamiento, que son las permanentes de un orden jurídico respetuoso del bien común. Por un deber de transparencia al lector, debemos decir que no ocurre así en la realidad y hay muchos y calificados expositores del punto de vista opuesto y virtualmente la totalidad de la jurisprudencia. Que, además, le reconoce a la administración un coto de caza sobre los individuos, una zona liberada para la inconstitucionalidad y el descontrol: la tristemente célebre, entre nosotros, zona de reserva de la administración. Algunos se consideran maltratados con inmerecida dureza e injusticia por estas comparaciones, pues al final de cuentas sólo exponen una teoría jurídica, con hartó fundamento doctrinario. ¿Por qué habría de asignársele una ideología política que no profesan? Porque, lamentablemente, dan ese resultado práctico, no importa cuán buenas sean sus intenciones y cuán empinados sus libros jurídicos de cabecera. Este es uno de los casos en que el derecho público viviente traiciona su compromiso con el origen religioso que algunos autores le

⁸¹ MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 372.

⁸² *Infra*, cap.VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

⁸³ CSJN, *Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Pcia. de Corrientes*, Fallos, 324:3219, LL, *Suplemento de Derecho Constitucional*, 30 de noviembre de 2001, con nota de BESTARD, ANA MARÍA, “El Caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio.” *Supra*, “Introducción,” § 8, “El sistemático incumplimiento de la Constitución.”

asignan.⁸⁴ El individuo “no puede sustituirse a la autoridad competente, a los efectos de establecer la legitimidad del acto;”⁸⁵ él debe pedir la declaración de su ilegitimidad y mientras tanto comportarse como si el acto fuera válido, aunque en verdad no lo sea. Él debe someterse; está sometido.

5.3. *¿Necesidad de probar la ilegitimidad?*

Si bien algunos fallos y autores expresan que la presunción de legitimidad acarrea la necesidad simultánea de *alegar* y *probar* la ilegitimidad del acto,⁸⁶ pensamos que esa doble consecuencia es inexacta. Por de pronto, parece evidente que la prueba —aún admitiendo esta orientación— sólo puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto dependa de situaciones de hecho que éste ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de su mera confrontación con el orden jurídico positivo, parece infundado que ello deba de alguna manera probarse: es obvio a su respecto que la ilegitimidad sólo se *alega*, en primera instancia. Si el vicio es manifiesto, en verdad, debe ser suficiente con *pedirla*.

En la apelación cabe argumentarla expresando los agravios contra la sentencia de primera instancia, para cumplir con el recaudo procesal, so pena de dejar desierto el recurso (“probándola,” si acaso, en sentido argumental o lógico-jurídico, pero no fáctico), pero ninguna prueba concreta es necesario ofrecer o producir si la cuestión es de puro derecho o el vicio manifiesto. Lo mismo puede decirse del caso del hecho notorio y del hecho evidente en derecho procesal. Típicos de esta situación son los casos en que el vicio del acto no resulta de situaciones de hecho susceptibles de prueba (desviación de poder, desconocimiento de los hechos del caso, etc.), sino de la interpretación del derecho aplicable. Puede un acto ser nulo por tener “manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley” (*Pustelnik*, cons. 4°), o puede en cambio ser anulable por estimar el órgano que declara el vicio, que el acto en cuestión no interpretó rectamente el orden jurídico aplicable. En este caso no se habrá de “probar” la ilegitimidad del acto, sino de allegar a la causa argu-

⁸⁴ STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law,” *European Review of Public Law*, 10-3: 621,633, Londres, Esperia, 1998, para quien el derecho público debe a las iglesias parte de sus orígenes; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten,” 1997- 31:5/30, *Essener Gespräche*; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres,” en JORGE MIRANDA (ed.), *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, 1996, pp. 737-68. De la *corruptio naturae* que en SAN AGUSTÍN era la base del pecado original (*De civitate Dei*, XIII 14, 23; XXI 12), SANTO TOMÁS enfatizó la ausencia de justicia natural: *Peccatum originale materialiter quidem est concupiscentia; formaliter vero, defectus originales iustitiæ: Summa Theologiæ* I-II qu. 82, 3; por eso la tentación a denegar acceso a la justicia (MAIRAL, *Control judicial...*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 141) ha de verse como una tentación al pecado. El desafío contemporáneo es actuar conforme a la justicia natural, p. ej. el *ius gentium*. El orden *eterno* no puede aliarse “como principio” al poder sólo *temporal* del gobierno de turno; no puede postularse un compromiso, inicial ni final, con el poder político de cada tiempo.

⁸⁵ DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 296.

⁸⁶ Ver los fallos que cita HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, p. 110.

mentos de derecho suficientes para demostrar que el acto impugnado no aplicó correctamente el orden jurídico vigente. Pero aún aclarado ese obvio equívoco del principio, es de todos modos inexacto que la presunción de legitimidad implique la necesaria probanza de los hechos desconocidos por la administración. Ya hemos recordado que, como dice TREVES, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*;⁸⁷ de allí se sigue, en palabras de MICHELI, que “de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios” y que no puede sentarse un principio de “en la duda a favor del Estado,”⁸⁸ sino en un estado democrático *in dubio pro libertate*,⁸⁹ en otras palabras, que “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba,”⁹⁰ ni libera al administrador de aportar las pruebas que sustenten su acción.⁹¹

5.4. *Exigibilidad del acto ilegítimo*

Además de estas consecuencias que resultan en una igualación práctica de los actos válidos y algunos de los inválidos, se produce otro efecto trascendente: es la exigibilidad u obligatoriedad que el acto presumido legítimo tiene y que algunos autores extienden hasta reconocerle lo que se denomina ejecutoriedad. A ella nos referiremos luego. Sin embargo, no debe pensarse que cualquier disposición emanada de la administración reúne inexorablemente esas condiciones de presunción de legitimidad y exigibilidad: tanto si se admite la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, como si en su lugar se habla de las vías de hecho de la administración, o de los simples hechos administrativos, en todos esos casos es evidente que la actividad administrativa no tiene *siempre* presunción de legitimidad ni es por lo tanto base suficiente para generar obligaciones exigibles. Con todo que el principio ha sido formulado con latitud, pues no alcanza a *cualquier* manifestación de la actividad administrativa, sino sólo a los actos válidos y anulables (actos regulares), cabe siempre recordar, aún de acuerdo a las tesis positivistas, que no alcanza, pues, a los actos irregulares. (Nulos e inexistentes.)

⁸⁷TREVES, GIUSEPPINO, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, p. 84 y ss., 161 y ss.; *supra*, t. 2, cap. I; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, § 440 y ss., p. 773 y ss.

⁸⁸MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, nota 110; *supra*, t. 2, *op. loc. cit.*

⁸⁹Ampliar en SCHNEIDER, PETER, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960.

⁹⁰MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119, *in fine*. Antiguos y superados pronunciamientos decían lo contrario: Cámara Federal de la Capital, Sala CA, JA, 1967-I, 205, *Renaud*, 1966.

⁹¹MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118. Esto, que debe ser así en sede judicial en cuanto al *onus probandi*, no siempre realmente lo es (*Adecua c. ENARGAS*, Sala IV, LL, 1998-F, 338); en cambio se formula correctamente en el procedimiento administrativo, donde se postula el imperio del principio de la verdad material, de la instrucción e impulsión de oficio. Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 15.1, “Principio de la impulsión de oficio,” a § 15.6, “Principio de la verdad material.”

6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo

En la jurisprudencia tradicional existía una inconsecuencia, que oportunamente criticamos,⁹² en cuanto se sostenía que el acto nulo no tenía estabilidad, pero sí presunción de legitimidad. Esa falta de sistematicidad se corrige en el decreto-ley 19.549/72, en que el acto nulo es irregular y no tiene presunción de legitimidad ni estabilidad. Por excepción, el art. 17 establece que en determinados casos el acto nulo tiene estabilidad en sede administrativa y sólo puede ser extinguido en sede judicial.⁹³ “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.” Por ello, si el acto es irregular y debe ser revocado en sede administrativa o pedida su nulidad en sede judicial, con mayor razón el acto carece de las características del acto regular, entre ellas la presunción de legitimidad.

III. Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad

7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción⁹⁴

Más de una vez en nuestro derecho administrativo se ha tomado como fuente el derecho francés, sin reparar en la diversidad de sistemas constitucionales.⁹⁵ Así ocurre en materia procesal administrativa,⁹⁶ la llamada zona de reserva de la administración,⁹⁷ etc.

⁹² *El acto administrativo*, op. cit., ed. 1969, p. 130.

⁹³ *Infra*, cap. VI, § 7.2.1., “Requisitos de la estabilidad del acto nulo.”

⁹⁴ HUTCHINSON, p. 110-1, equipara “ejecutividad” a exigibilidad u obligatoriedad.

⁹⁵ D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, § 24, pp. 90-92, cap. IV, § 65, pp. 196, cap. V, § 87, pp. 235-242, § 93, pp. 251-3, cap. VI, pp. 159-260; MAIRAL, *Control judicial...*, t. I, op. cit., § 71, p. 90; GARCÍA-MANSILLA, MANUEL y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006; nuestro artículo “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2001, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RAP 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006 y sus referencias; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, *Serie de Estudios*.

⁹⁶ Ver *supra*, t. 2, cap. XIII, § 3, “Las confusiones entre «lo contencioso administrativo» y el derecho procesal administrativo,” § 4, “Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés,” § 5, “Superación de la confusión entre el «contencioso administrativo» provincial y el derecho procesal federal;” BOSCH, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*, Buenos Aires, 1951; “Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional,” LL, 81: 830, 832; “El origen de la jurisdicción contencioso administrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes,” en *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1945, p. 91 y ss.; LINARES, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal,” LL, 94: 919; “Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires (la deformación jurisprudencial de un código),” LL, 96: 852; FIORINI, “La crisis del contencioso administrativo,” LL, 107: 1168.

⁹⁷ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración.”

Pero a veces se ha tomado mal, además, la misma fuente del derecho francés. Es el caso del contencioso administrativo, del que no se toman las virtudes que ese sistema tiene.⁹⁸ En otros supuestos se mezclan interferencias bien curiosas que para mayores deforman el modelo francés, aún siendo él inaplicable.⁹⁹ El caso más llamativo, con todo, es el presente. Acudimos constantemente a los antecedentes franceses sin lograr aplicar el modelo original, creando en cambio uno que termina siendo, en palabras de BRAIBANT, una caricatura.¹⁰⁰

Para no perdernos de entrada en las lecturas francesas de nuestra propia doctrina o de nosotros mismos, puede ser útil recordar a CASSESE cuando explica, desde Italia pero también en Francia,¹⁰¹ cómo es el sistema. La administración francesa tiene dos privilegios: *du préalable* y *de l'action d'office*. (*Exécution forcée, exécution d'office*.) Uno es el poder de tomar unilateralmente decisiones obligatorias. En el derecho privado hace falta la intervención previa del juez, la administración en cambio “puede decidir unilateralmente y evitar pedirle al juez la autorización de actuar.”¹⁰² Se invierte así la relación y le toca entonces al particular demandar la suspensión de los efectos del acto.¹⁰³ El otro es una excepción a la prohibición de hacerse justicia por mano propia, pero se aplica, como excepción que es, “solamente en ciertos casos y dentro de ciertos límites.”¹⁰⁴ Esas excepciones son tres: cuando la ley lo autoriza puntualmente en un caso concreto; cuando hay urgencia;¹⁰⁵ cuando no hay vía judicial y ningún medio, ni siquiera indirecto, para cumplir el acto.

Es importante destacar, con todo, que aún en el sistema francés los límites son más severos aún, pues *no existe privilegio alguno* para ejecutar el acto *per se* si se trata de limitaciones a la libertad personal¹⁰⁶ o al derecho de propiedad. En las restricciones a la propiedad no se reconoce según CASSESE *ningún* privilegio de ejecución administrativa, aplicando con carácter *extensivo* (pues cesa la excepción y retoma vigencia la regla general) el principio de la ley de 1910 “*pas*

⁹⁸ P.ej. la sugerida por JEAN RIVERO y adoptada por el Consejo de Estado, que aquél relata en “Une crise sous la V^e République: de l'arrêt Canal à l'affaire Canal,” en CONSEIL D'ÉTAT, *Le Conseil d'État de Van VIII à nos jours*, La Spezia, Italia, Adam Biro, 1999, pp. 32-6.

⁹⁹ Así, en materia de actos de gobierno, la derivación a los “actos institucionales” brasileños; *supra*, t. 2, cap. VIII, esp. nota 24.3.

¹⁰⁰ Por supuesto, constituye una manifestación hecha constructivamente al suscripto y sólo de manera verbal. No por ello menos cierta.

¹⁰¹ CASSESE, SABINO, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, París, Montchrestien, 2000, pp. 101-2.

¹⁰² CASSESE, *op. cit.*, p. 101. No siempre es así en nuestro derecho. Ver *Enapro c. Puerto de Rosario S.A.*, año 2000, Juzg. Civil y Com. n.º 1, Rosario, firme, LL, 2000-C, 766, p. 20, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “La extinción concesional con fundamento en la realidad social.”

¹⁰³ CASSESE, *op. loc. cit.*

¹⁰⁴ CASSESE, *op. loc. cit.* y nota 44, donde recuerda a LAVIALLE, C., *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, París, LGDJ, 1974. El destacado es nuestro.

¹⁰⁵ Se sigue citando las risueñas conclusiones de ROMIEU, año 1902, “Cuando se quema la casa, no se va a pedir al juez autorización para enviar los bomberos.”

¹⁰⁶ Pues ello compete, en Francia, a la justicia ordinaria: CASSESE, *op. cit.*, p. 102.

d'expropriation par mesure administrative."¹⁰⁷ Todo eso viene entre nosotros mal citado, mal legislado, mal aplicado. Una verdadera caricatura del original con la pretensión de luego afirmar que no hace ya falta recurrir al derecho comparado, pues tenemos suficientes fuentes autóctonas: se nos pide que no comparemos ya con el mundo, que sólo nos fijemos en quienes aquí lo han deformado.

7.1. Criterio tradicional. Fundamento y alcances

La doctrina argentina tradicional reconocía al acto administrativo, con variantes terminológicas y de manera imbricada recíprocamente, una doble característica proveniente *ab initio* del derecho francés: *a*) que debe cumplirse (*préalable*) y *b*) que la administración tenía a su disposición los medios necesarios para hacerlo cumplir por medio de la coerción directa o indirecta. (*Action d'office, exécution forcée, execution d'office.*)¹⁰⁸ La ejecutoriedad se dividía entonces en propia e impropia, según que la administración tuviera ella misma los medios de coerción, o debiera solicitarlos a la justicia: en el segundo caso la ejecutoriedad sería impropia, p. ej., el cobro de una multa. Aún aceptando ese punto de partida ya parece más propio, en cambio, señalar que en el segundo caso no existe ejecutoriedad alguna, pues en nada se diferencia entonces el acto administrativo del acto de un particular.¹⁰⁹

En el derecho francés tradicional los autores distinguen dos tipos de supuestos:

a) "cuando la ley da a la administración el poder de actuar de oficio, la administración no lo posee sino en la medida estricta en que la ley se lo reconoce"¹¹⁰ y

b) cuando no hay ley reglamentando el punto, "la administración no puede asegurar ella misma la ejecución de su orden o de su prohibición sino cuando no

¹⁰⁷ CASSESE, *op. cit.*, p. 102, quien recuerda en nota 47 a HAURIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, París, Larose, 1929, 3ª ed., p. 39.

¹⁰⁸ ROCCO, FERDINANDO, *Scritti e discorsi di diritto pubblico*, Milán, 1961, p. 15 y ss.; lo critica NAVA NEGRETE, *op. loc. cit.* Ha existido sin embargo una errónea percepción del derecho francés e italiano, como lo destacaron, GONZÁLEZ PÉREZ, ORTIZ, BARRA y otros. Dice ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la administración pública*, San José, Costa Rica, 1973, p. 87: "El privilegio de «*préalable*» o de la decisión ejecutoria, como quiera llamárselo, consiste en la potestad de dictar actos administrativos, inmediatamente eficaces para alterar la situación jurídica de otros sujetos, sin necesidad de su consentimiento; y si el resultado jurídico no es inmediato (porque faltan requisitos de eficacia) es siempre unilateral, sin la voluntad concurrente del destinatario." "La ejecutoriedad del acto es totalmente otra cosa. Es el régimen jurídico de ejecución de sus efectos, que, de consiguiente, sólo es propia de aquellos que la requieren, porque exigen un resultado real e histórico, que sale del mundo del derecho. La ejecución del acto es la conformación de la realidad para su adaptación a los efectos del mismo" (*op. loc. cit.*). Esa distorsionada percepción del derecho francés, p.ej. en MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, 4ª ed., 1993, p. 378, lleva a las reflexiones de REAL que recordamos en las pp. Int.7/8 y notas 41-2 de la "Introducción;" es la escuela *in dubio pro administratione* que siempre domina.

¹⁰⁹ HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁰ CHINOT, R., *Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, París, 1945, p. 52, citado por LEFÉBURE, MARCOS, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, París, 1961, p. 156.

hay sanción penal, ni sanción civil, e incluso ni sanción administrativa y aún en este caso ella no debe ir más allá de lo que sea necesario para la realización inmediata de la ley o del acto administrativo.” Aún en el derecho francés clásico, pues, se requerirá la inexistencia de toda sanción —sea ella penal, civil o administrativa— por el incumplimiento para que proceda la ejecución de oficio. Cabe recordar también a VEDEL, quien expresa que “El problema de la ejecución forzada de decisiones ejecutorias es pues un problema límite; no alcanza a toda fuerza ejecutoria de las decisiones y no es por ello contradictorio decir que una decisión ejecutoria no es necesariamente susceptible de ejecución forzada.”¹¹¹

O sea que en la doctrina francesa decir que una decisión es ejecutoria no significa afirmar que proceda la ejecución forzosa. Por ello creemos más adecuado hablar de la exigibilidad u obligatoriedad del acto, como un concepto diferente de la ejecutoriedad; muchos autores han confundido ya, de la doctrina francesa, la ejecutoriedad con la ejecución forzosa, como para que convenga en castellano seguir con dicha terminología. De todas maneras, valga la pena reiterar que el mismo VEDEL expresa con acierto que “la ejecución forzosa conlleva frecuentemente un ataque a derechos fundamentales (libertad individual, propiedad, inviolabilidad del domicilio, etc.); y es un principio de una sociedad civilizada que tales ataques no puedan ser realizables sino bajo el control y con la autorización de un juez.”¹¹²

La regla general es que las intervenciones sobre la propiedad o la libertad de los individuos no las puede disponer ni menos actuar la administración, sino que debe hacerlo la justicia. Hay y habrá excepciones a esta regla, qué duda puede existir: pero no se puede perder el punto de partida de que son excepciones en derecho administrativo. Por supuesto que para que haya una excepción a la regla no es suficiente con establecerla por vía legislativa, como se ha pretendido últimamente en materia fiscal, facultado a la administración tributaria a actuar por sí y ante sí respecto al derecho de propiedad de los contribuyentes.¹¹³

7.2. Derecho nacional y comparado

Por nuestra parte preferimos caracterizar al acto administrativo en general como exigible u obligatorio (ejecutivo, como diría HUTCHINSON, aunque este vocablo es proclive a confusión con el título “ejecutivo” en el proceso ejecutivo judicial, lo cual por cierto él no postula), señalando con ello el que *debe cumplirse* y tomar como característica aparte, especial, la de su eventual ejecutoriedad, en cuanto posibilidad de uso de la fuerza por la administración.¹¹⁴ La legislación

¹¹¹ VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 161.

¹¹² VEDEL, *Droit administratif*, *op. loc. cit.*

¹¹³ Ver *infra*, nota 116, p. V-28 y los supuestos resueltos por nuestra jurisprudencia, que ejemplificamos *infra*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” nota 119, p. VIII-24.

¹¹⁴ Salvo el alcance que pueden dar a cada terminología, es la misma distinción que formula HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, pp. 108-9.

local ofrece un inconcebible retroceso, pretendiendo dar fuerza ejecutoria, en el sentido indicado de usar los propios medios de coerción, al cobro de impuestos y a las medidas de fuerza de la administración tributaria, sin intervención judicial: la justicia no ha podido sino declararlos una invasión inconstitucional al derecho de propiedad aunque tuviera autorización legislativa.¹¹⁵ Se dirá que es *ejecutorio* cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir por la coerción directa o indirecta (*v.gr.*, sanciones) y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento. Va de suyo que el modo normal de ejecución forzosa de un acto administrativo, cuando avanza sobre la libertad de los individuos o la propiedad *lato sensu* de las personas físicas o jurídicas, es con la debida intervención judicial que controle que el acto es al menos regular, esto es, válido o anulable pero jamás nulo o inexistente. La reciente innovación de la provincia de Buenos Aires, que pretende que la administración pueda ella misma dictar medidas cautelares contra el particular, sin intervención judicial y durante el proceso administrativo en materia tributaria es simplemente un disparate que no resiste el menor análisis: sólo muestra el estado feudal en que nuestra sociedad se encuentra.¹¹⁶ Ese modo de ejecución forzosa, por intermedio de la justicia, es el normal en un Estado de Derecho; no puede llamarse impropia: es la propia o normal *en derecho*. Será impropia en un Estado de Derecho, en todo caso, cuando la administración pueda hacerlo ella misma en virtud de una norma que la autoriza especialmente para el tipo de casos de que se trata, que no deberán versar sobre la libertad o propiedad de terceros. Que la terminología esté al respecto invertida no es sino una muestra más del profundo disvalor político con el cual a veces se construye el derecho administrativo. La diferencia, a más de terminológica, radica en que en la doctrina tradicional se afirmaba, sin fundamento positivo expreso y puntual, no genérico, que la administración tiene por principio el uso de la coerción a su disposición. Por el contrario, varios autores entendemos que dicho principio no existe y que sólo cuando el orden jurídico la autorice expresamente o en forma razonablemente implícita y para los casos concretos y específicos en que ello ocurra, o categorías muy puntuales de casos, tendrá la administración el uso de la coerción para lograr ella misma y por sí sola el cumplimiento de sus actos, debiendo en los demás casos solicitar judicialmente la ejecución coactiva del acto. Expresa en igual criterio LINARES que puede entonces sostenerse “la regla de que la ejecutoriedad propia requiere, en nuestro país, un texto legal [caso por caso] fundante,”¹¹⁷ lo que hace extensivo al decreto-ley de procedimiento en el sentido de que él no es suficiente texto

¹¹⁵ *Infra*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” nota 119, p. VIII-24; también las notas 113 y 116 de este cap. V.

¹¹⁶ Ver SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” *LL*, 2007-B, 435.

¹¹⁷ LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 326, p. 366.

expreso, por su insuperable generalidad, para fundar tal ejecutoriedad propia.¹¹⁸ Es coincidente la opinión posterior de BARRA, que a pesar del texto del art. 12 del decreto-ley 19.549/72, la administración “no goza de ningún privilegio especial que le permita invadir la esfera de libertad o de propiedad de los administrados. El ordenamiento le ha reservado este privilegio al Poder Judicial.”¹¹⁹

“Por eso es criticable el art. 12, L.P.A., el cual, en una redacción no demasiado afortunada, mueve a confusión presentando como regla lo que es una evidente excepción.”¹²⁰ Se advierte una etapa de inflexión en la que se pone en tela de juicio el derecho administrativo argentino.¹²¹ En este sentido, lo que fue normal en el pasado, admitirle a la administración invocar su propia torpeza y volver sobre sus propios actos,¹²² parece cada vez menos admisible en el Estado contemporáneo. Muestra de esta nueva tendencia es la admisión creciente del precedente administrativo y de la confianza debida.¹²³ La seguridad jurídica es un principio construido en tutela de los derechos individuales, aunque con frecuencia se lo utiliza al revés, en refuerzo de la potestad pública y en contra de los derechos individuales.¹²⁴ Hay importantes precedentes a considerar.¹²⁵ “De esta manera, la regla se invierte: la administración podrá ejecutar el acto, sólo cuando una norma de jerarquía suficiente lo autoriza,”¹²⁶ lo cual no es ciertamente el caso del art. 12 en cuanto se refiere a la ejecución forzada sobre las personas o las cosas o bienes de terceros. Por eso cabe enfatizar y reiterar que “La autotutela” es “una propiedad que no posee” la administración,¹²⁷ y cuando la tiene por una norma —expresa y concreta para un tipo de actos, según vimos, no para todos y cualquier acto como podría leerse erróneamente el art. 12—, “no es un privilegio

¹¹⁸ LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., § 327, p. 367. Posteriormente en su obra *Derecho administrativo*, op. cit., p. 362, sostiene que la presunción de legitimidad no alcanza al acto nulo, incluso en el sistema del decreto ley 19.549/72. De allí se sigue que tampoco la ejecutoriedad.

¹¹⁹ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. cit., p. 90.

¹²⁰ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. cit., p. 91.

¹²¹ Tal como fuera expuesta por ejemplo por GRECCO, CARLOS MANUEL “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091,” *LL*, 1980-B, 906 (y que la matizara él mismo —a nuestro juicio— al comenzar a admitir los precedentes y la práctica administrativa, según veremos más abajo); COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo*, 1998, 2ª ed., p. 55 y ss. y *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37.

¹²² COMADIRA, *La anulación...*, op. cit., p. 53 y ss.

¹²³ Que sugerimos en el cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido,” nota 4.5. y sus referencias, a partir de lo también expuesto por COMADIRA y COVIELLO, el primero en *Derecho administrativo*, op. cit., p. 126 y nota 37 y el segundo en “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894.

¹²⁴ Como agudamente sugieren CAPUTI, MARÍA CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

¹²⁵ STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, *Miranda*, *LL*, 1998-E, 198, 202; CN-Fed. CA, Sala III, *Casik*, 26-XI-85; CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional*, *J.A.*, 1989-IV, 429; *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, *LL*, 1992-B, 216, cons. 4º *in fine*. Ver también MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

¹²⁶ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. cit., p. 92.

¹²⁷ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. loc. cit..

sino una competencia, que [...] es [...] de interpretación restrictiva, pues sólo puede nacer del ordenamiento y no de la naturaleza del acto, como equivocadamente parece establecerlo el art. 12, L.P.A.”¹²⁸

Por todo ello es representativo del derecho universal VEDEL cuando afirma que “sería un error creer que, por definición, una decisión ejecutoria puede ser ejecutada por la fuerza.” El reconocimiento de su fuerza ejecutoria “no equivale en absoluto a afirmar que puede, en cualquier caso, ser objeto de ejecución forzosa.”¹²⁹ Es lo mismo que señala BENOÎT cuando dice “que ninguna ejecución forzosa (en sede administrativa) es posible sin un texto expreso que la prevea”¹³⁰ en el caso particular, o grupo de casos concretos determinados. Algunos actos administrativos se ponen en práctica sin recurrir a la fuerza porque no la requieren materialmente: si un funcionario es separado del cargo se le deja de pagar el sueldo y queda desposeído del cargo; la designación de un funcionario y puesta en funciones no requiere tampoco de la fuerza;¹³¹ la revocación de una beca, subsidio, etc., importa la automática suspensión del pago administrativo; la revocación de una licencia importa la obligación de retomar el cargo o enfrentar las sanciones por no hacerlo; una determinación tributaria genera la obligación de pagarla y si no se provocan automáticamente intereses moratorios o punitivos, así sucesivamente.

En cuanto a los actos que sí requieren de la fuerza para ser puestos en práctica, sólo el juez, en los sistemas civilizados, puede aplicar violencia sobre las personas y las cosas. Esta es la doctrina francesa,¹³² aunque algunos autores nacionales no describen igual la doctrina francesa por una posible equiparación de dos nociones diferentes en derecho francés, el *privilège du préalable* y la *exécution forcée*.¹³³

El primero se asemeja a lo que llamamos presunción de legitimidad o decisión ejecutoria y el segundo a lo denominado ejecutoriedad, que para la doctrina francesa —en esta terminología de la *exécution forcée*— requiere de autorización legislativa puntual, al menos para grupos o categoría de casos, nunca para todos los actos administrativos. Esa confusión es la que llevó a la equivocada —y no conforme a los parámetros del Estado de derecho— redacción de nuestro art. 12 del decreto-ley 19.549/72.

¹²⁸ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. loc. cit.*

¹²⁹ VEDEL, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 167; BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 68.

¹³⁰ Ver BENOÎT, FRANCIS PAUL, *El derecho administrativo francés*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pp. 673-4, también recordado por BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 69.

¹³¹ VEDEL, de quien BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. loc. cit.*, recuerda también la ed. española: *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 167-8.

¹³² BARRA, *Ejecutoriedad...*, *op. loc. cit.*

¹³³ También BARRA insiste en que no debe confundirse el “*privilège du préalable*” con el “*privilège d'exécution d'office*” o “*forcée*.” (“Ejecutoriedad...,” *op. loc. cit.*); el primero es la obligatoriedad o exigibilidad (ejecutividad en los españoles), el segundo la ejecutoriedad. Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, muchos los confunden. La doctrina francesa hace la distinción con pulcritud: RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1962, p. 89; BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 69, nota 8; ORTIZ, *op. loc. cit.* y nosotros.

Pero como una norma que puede ser interpretada de una manera que la lleve a un resultado absurdo, injusto o inconstitucional debe ser interpretada del modo que la haga compatible con el resto del orden jurídico, no puede jamás asignársele el sentido que su texto literal inadvertidamente contiene, por una referencia mal tomada del derecho francés, que ni siquiera allí existe. Por lo demás, si ello es el sistema civilizado en un sistema donde la administración no se somete a la justicia sino a su propia jurisdicción, lo es con mayor razón en nuestro sistema de división de poderes, donde sólo el juez puede aplicar violencia sobre las personas o las cosas. Ese sometimiento de la administración a la Justicia no es para que ésta actúe de mero ciego verdugo o ejecutor de la administración: el Poder Judicial no es la Policía que ejecuta una sentencia y menos de la administración.¹³⁴

La función irrenunciable de los jueces, que no todos ejercen debidamente, es precisamente controlar la conformidad con el orden jurídico del acto cuya ejecución se le pide, no ejecutar ciegamente lo que la administración dispone, aunque tenga fundamento normativo aparente. Por ello señala BARRA que no cabe confundir “una cualidad procesal del acto” “con un aspecto sustancial de su régimen jurídico.”¹³⁵ Recuerda con BENVENUTTI que la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad “no son cualidades del acto, sino solamente atributos que se le derivan de reflejo por efecto de la capacidad que le es reconocida a la administración,”¹³⁶ por lo que son expresiones “totalmente atécnicas” agregando que “Otra vez se nos aparece un problema de competencia más que de caracteres del acto administrativo.”¹³⁷ Hace lo propio con VIRGA,¹³⁸ que en sus palabras afirma también que “la coercibilidad [...] sólo puede ser ejercida por la administración en propia sede, cuando afecte directamente a las personas o a las cosas (de propiedad del administrado en cuestión) si la ley lo autoriza expresamente y en la medida y con la modalidad de tal autorización;” que, agregamos nosotros, debe necesariamente ser puntual y concreta y no puede ser genérica como pareciera sugerirlo el art. 12 del decreto-ley 19.549/72. “Por lo tanto, la posibilidad de utilizar la fuerza pública por propia decisión administrativa (y no mediante la intervención judicial, por el procedimiento que sea) *no es un atributo propio del acto administrativo*, sino una competencia especial otorgada por la ley a la administración.”¹³⁹ Recuerda igualmente a SANDULLI: “la ejecutoriedad (poder de autotutela que habilita la ejecución forzada en propia sede) no es un atributo de todos los actos administrativos. *En un ordenamiento basado sobre el principio de legalidad* (el destacado es nuestro), el privilegio de la coercibilidad, independientemente de un pronunciamiento de la autoridad judicial, con relación al deber

¹³⁴ Conf. MAIRAL, *Control judicial...*, t. I, *op. cit.*, pp. 778-85.

¹³⁵ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 72.

¹³⁶ BENVENUTTI, FELICIANO, *Appunti di diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1959, p. 147 y ss., 156.

¹³⁷ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 76.

¹³⁸ VIRGA, PIETRO, *Il provvedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 32.

¹³⁹ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 76.

impuesto a los individuos, no puede ser reconocido a la administración fuera de los casos en que la ley (expresa o implícitamente) lo concede¹⁴⁰ en el caso particular, sea para una categoría de actos o para un acto concreto, pero nunca para todos los actos en forma indiscriminada. Tampoco, por cierto, para los actos que no cumplen sus propios requisitos básicos de audiencia previa, dictamen jurídico previo, fundamentación razonable, suficiente y adecuada, etc. No se trata de una “licencia para violar la ley,” como parecen entenderlo quienes le asignan o ejecutan todas las virtualidades de ejecución forzada por la justicia sin el cumplimiento mínimo por el acto de los recaudos que el decreto-ley establece.¹⁴¹ Es llevarlo a la autocontradicción, agregarle otros deméritos a los que ya tiene por su origen netamente favorable a la autoridad y no a la libertad. No se puede razonablemente interpretarlo como que confiere sus potestades a quien lo transgrede. También FIORINI sostuvo que “la ejecutoriedad genérica del acto administrativo encuentra su repulsa cuando se dirige a una persona física, al domicilio, a la propiedad, a la libertad individual o a la correspondencia. La ejecutoriedad del acto, en estos casos, está negada por una norma superior, cual es la Constitución.”¹⁴²

A veces se menciona como ejemplo de ejecutoriedad lo que parte de la doctrina llama autotutela del dominio público, pero ocurre que se trata de materia legislada de manera completamente diversa, en la cual la administración también debe ocurrir ante la justicia, como es el caso del decreto-ley 17.091/67.¹⁴³ En dichas normas se requiere específica acción judicial decisoria y ejecutoria para invadir el ámbito del derecho de propiedad; en ellas en momento alguno se contempla la supuesta autotutela que la doctrina tradicionalmente y con tanto énfasis mentaba.¹⁴⁴ Incluso en las nuevas normas de la Ciudad de Buenos Aires se limitan las facultades policiales para detener a las personas por faltas o contravenciones locales, lo que requiere la intervención de fiscales integrantes del Poder Judicial local. Tampoco existe allí ejecutoriedad del acto administrativo policial, siendo la policía por ahora incluso nacional.

¹⁴⁰ SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, t. I, Nápoles, Jovene, 1984, p. 595.

¹⁴¹ En igual sentido RANELLETTI, *op. cit.*, p. 128, aclara que la ejecutoriedad se aplica a los actos válidos y anulables, pero no a los nulos.

¹⁴² FIORINI, B., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 147, igualmente recordado por BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 77.

¹⁴³ Ver CENTANARO, ESTEBAN, “Desocupación de bienes del dominio privado del Estado,” en BALBÍN, CARLOS F. (dir.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, título XIII, cap. III, comentario al art. 463, p. 884 y ss.; CABEZAS CESCATO, PAOLA, “El artículo 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *LL*, 2002-D, 719; STUPENENGO, JUAN ANTONIO y ZAYAT, VALERIA E., “El art. 463 del CCAT y un debate relativo a la autotutela administrativa,” *ED, Serie Especial de Derecho Administrativo*, 31-VII-2002; CORDEIRO, MARIANO LUCAS, “Reflexiones en torno al artículo 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su constitucionalidad,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO/ VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coords.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 59-82.

¹⁴⁴ CNFed. CA, Sala III, *FE.ME.SA c. Intrusos y/u ocupantes*, *LL*, 1995-E, 491; GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 14, “Intrusos y ex concesionarios en inmuebles del Estado,” pp. 59-61.

La ejecutoriedad mal llamada propia, con el alcance de otorgar a la administración el uso de la coerción para ejecutar por sí sus actos, aún cuando se encuentre en contraposición a derechos de los particulares, sólo puede razonable y constitucionalmente otorgarse en grupos de casos determinados, a texto expreso o razonablemente implícito; nunca podría admitirse, sin incurrir en arbitrariedad, que una norma legal general diera a la administración una suerte de potestad omnímoda e indiscriminada para usar de la coerción de la manera que discrecionalmente le pareciera más oportuna, en cualquier caso, en todo acto que se le ocurra dictar, de cualquier modo, con cualquier incumplimiento del orden jurídico. En tal sentido expresa BREWER CARÍAS que “En principio, la ejecución forzosa del acto administrativo *por vías coercitivas* no puede tener lugar sino por vía judicial;” “Por tanto la administración, a pesar de que es detentadora de la fuerza pública, no puede recurrir directamente y en principio a la coerción para ejecutar sus propias decisiones,”¹⁴⁵ y agrega que la administración “sólo puede recurrir a la fuerza pública para ejecutar forzosamente sus decisiones, en tres casos precisos que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico vigente: Por una parte, *cuando una ley lo permite expresamente* [...] por otra parte [...] en los casos de Estado de Emergencia Nacional declarado [...] Por último, en caso de necesidad o urgencia comprobada.”¹⁴⁶

7.3. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo

Por lo demás, no debe confundirse el *ejercicio* material, físico, de la fuerza con la facultad de disponer, ordenar o autorizar su ejercicio ya que si bien por lo general “las medidas de ejecución son obra exclusiva del Poder Ejecutivo [...] el Poder Ejecutivo no puede, en principio, tomar estas medidas *más que en virtud de una decisión de justicia*: únicamente el juez tiene la cualidad de autorizar las vías de ejecución.”¹⁴⁷

Y tal como explicáramos más arriba, un juez no puede ser un verdugo autómatas que se limita a ejecutar las órdenes de la administración:¹⁴⁸ la razón de ser de la necesidad de intervención judicial es que un juez, resguardando precisamente la libertad y la propiedad privadas, controle la legalidad del acto tanto en lo formal como en lo sustancial.¹⁴⁹ De otra forma la intervención judicial constituiría más que el vicio de privación de justicia efectiva, sería directamente complicidad en la ilegalidad.

¹⁴⁵ BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, p. 132 y ss.

¹⁴⁶ BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 134-5.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 368, refiriéndose a la doctrina y jurisprudencia francesas. Ver también BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, p. 133, nota 83.

¹⁴⁸ Conf. CABEZAS CESCATO, *op. loc. cit.*; STUPENENGO y ZAYAT, *op. loc. cit.*; CORDEIRO, *op. cit.*, § V, pp. 75-7 y § VII, p. 81.

¹⁴⁹ CCAyT, Sala II, 5-X-06, *Padilla*, con nota de POLI, JUAN DOMINGO “Cuando presumir la legitimidad del acto administrativo no es suficiente,” *LL, Supl. Adm.*, 2007 (mayo), 45.

7.4. *Implicancia política del tema*

No nos hallamos en este punto ante una mera discusión académica o terminológica: estamos en verdad delineando uno de los puntos fundamentales del régimen político-administrativo; por ello señala ORTIZ que “la ejecución forzosa es el medio de resolver por la fuerza un conflicto entre administración y administrados, anticipando la labor del juez. Esto pone en juego, en su punto crítico, el dilema y la confrontación entre autoridad y libertad.”¹⁵⁰

Ya recordamos que VEDEL llega incluso a afirmar que es propio de toda sociedad *civilizada* que tales ataques a los derechos de los particulares no puedan ser realizados “sino bajo el control y con la autorización del juez.”¹⁵¹ Nuestra realidad arrastra demasiado autoritarismo y exceso en el poder como para que podamos considerar llegada la hora para aproximarnos al Estado de Derecho también en esta materia. La potestad de utilizar la fuerza sólo puede nacer en un Estado de Derecho para situaciones determinadas y por leyes expresas y concretas; jamás puede admitirse, sin caer en un verdadero Estado de Policía, en una supuesta ley general que otorgue una potestad coactiva indiscriminada a la administración, por más “límites” que luego se le quieran poner en doctrina o en legislación. Señaló hace ya mucho tiempo EDUARDO ORTIZ que “La más nueva doctrina apoya esta solución, cuya síntesis se puede hacer diciendo que, por tratarse de la forma máxima de imperio posible, el empleo de la violencia administrativa sobre cosas y personas, sólo puede darse en la medida en que esté autorizada por una norma expresa [...] inequívocamente.”¹⁵² “La solución clásica del derecho administrativo en garantía de la libertad ha sido someter a la Administración a la ley siempre que sus poderes amenazan aquella libertad. Ha sido y es el principio de legalidad. Esto significa que para que se dé tutela de un derecho subjetivo de la Administración contra él, es necesario encontrar apoyo en la existencia de una norma que [...] autorice el empleo de la fuerza *en esa circunstancia*. Y esto es así [...] porque [...] el principio de legalidad es enteramente normal y la sujeción al mismo es la condición natural de cualquier actividad administrativa autoritaria e imperativa. El principio de legalidad como fundamento necesario de cualquier potestad de imperio, hace únicamente excepción cuando se trata de situaciones de urgencia (emergencias, catástrofes, perecimiento de bienes jurídicos o materiales al cuidado de la administración, etc.) o de las relaciones especiales de poder.” El denominado principio de autotutela queda así, irremediablemente, relegado al pasado de las doctrinas autoritarias.¹⁵³

¹⁵⁰ ORTIZ, *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵¹ VEDEL, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁵² ORTIZ, *Los privilegios...*, *op. cit.*, pp. 100-1.

¹⁵³ Cfr. MAIRAL, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino,” en AA.VV., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, IEDA, 2000, p. 41 y ss., esp. p. 56; “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2006, esp. secc. III, § 1.

7.5. Otro derecho comparado

En el derecho colombiano, si bien hay una norma legal genérica autorizando la ejecución, VIDAL PERDOMO advierte que en numerosos casos se debe de todos modos acudir a la vía judicial.¹⁵⁴ A mayor abundamiento ya la doctrina francesa recuerda que en el derecho inglés si la ley no da expresamente a la administración el uso de la coerción, debe pedirse la ejecución del acto por vía judicial;¹⁵⁵ obviamente, nadie piensa en esos derechos en una suerte de norma general de autotutela, como sí los doctrinarios de nuestro decreto-ley, que aplicaron la doctrina de *uno* de ellos en la materia. Pero aunque la doctrina se escriba con forma de decreto-ley, igual no alcanza para transmutar el sistema constitucional, supranacional e internacional. Menos aún puede frenar el futuro desarrollo institucional: de un Estado no sometido al derecho internacional y muy poco a su propia Constitución, pasamos a un pleno sometimiento a los tratados de derechos humanos y a la interpretación que de ellos realizan los órganos competentes en el plano externo, tal como hemos explicado en el cap. VI del t. 1. Es ahora inevitable que la internacionalización y constitucionalización del país haga ver también sus efectos plenos en el nivel de las leyes, decretos-leyes, jurisprudencia y práctica administrativa. La doctrina deberá hacer, también su *Stirb und Werden*. Todos ellos deben adecuarse y ser adecuados al nuevo orden jurídico constitucional e internacional, en el cual los derechos humanos se dan no para, sino contra el Estado.¹⁵⁶

Otros autores distinguen dos tipos de supuestos, pero con igual resultado final: a) “cuando la ley da a la administración el poder de actuar de oficio, la administración no lo posee sino en la medida estricta en que la ley se lo reconoce,”¹⁵⁷ y b) cuando no hay ley reglamentando el punto, “la administración no puede asegurar ella misma la ejecución de su orden o de su prohibición sino cuando no hay sanción penal, ni sanción civil, e incluso ni sanción administrativa y aún en este caso ella no debe ir más allá de lo que sea necesario para la realización inmediata de la ley o del acto administrativo.”¹⁵⁸ Aún en el derecho francés, pues, se requerirá la inexistencia de toda sanción —sea ella penal, civil o administrativa— por el incumplimiento para que proceda la ejecución de oficio.

En el derecho alemán señala FORSTHOFF que “tampoco existe —y hay en la actualidad especiales motivos para señalarlo— una norma jurídico-administrativa

¹⁵⁴ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., p. 156; ya en su 4ª ed., Bogotá, 1975, da como ejemplos de ejecución de oficio solamente casos en los cuales una norma legal autoriza en forma expresa a la administración a proceder directamente (pp. 391-2).

¹⁵⁵ LEFÉBURE, *op. cit.*, p. 157 y ss. Esto se conforma a la filosofía del derecho público inglés, explicada comparativamente a otros por WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961, pp. 37-8; YARDLEY, D. C. M., *A Source Book of English Administrative Law*, Londres, 1963, p. 223 y ss.

¹⁵⁶ Ver GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” pp. 165-71, comentario al fallo *Arce* de la CSJN.

¹⁵⁷ CHINOT, *op. loc. cit.*

¹⁵⁸ LEFÉBURE, *op. loc. cit.*; CHINOT, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. ult. cit.*, p. 368.

general que autorice a la autoridad a servirse de medios coactivos cada vez que se trate de forzar el cumplimiento de deberes administrativos. *No hay un Derecho general coactivo y ordenador*. Todo acto de aplicación de coacción (y también, naturalmente, de la amenaza de su imposición) tiene que fundarse en un título jurídico concreto. Por consiguiente, la Administración tiene que estar autorizada por una norma jurídica *cada vez que trata de aplicar la coacción*.¹⁵⁹

En el derecho belga encontramos una situación análoga a la francesa, por cuanto se niega a la administración la potestad de aplicar la coacción material al individuo que se niega a cumplir el acto, cuando existan sanciones penales o administrativas aplicables.¹⁶⁰

7.6. Conclusiones

En nuestro derecho, pareciera a nuestro modo de ver que si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar ella misma el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente o hay sanción penal, civil o administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración *no puede* ejecutar el acto de oficio por la coerción, cuando con ello invade derechos de particulares. Sólo podrá solicitarlo judicialmente, para que el juez, previo indispensable escrutinio del acto, disponga su ejecución en caso de ser regular. La solución opuesta no tendría fundamento alguno de orden positivo e implicaría un claro disvalor político. Por lo demás, negar la potestad de ejecución coactiva cuando la ley no la otorga, en forma expresa o razonablemente implícita *en un caso concreto*, o al menos en una categoría definida y delimitada de casos concretos, no es sino la aplicación del principio de que cuando una norma no otorga a la administración determinada facultad, ha de interpretarse que no la tiene. (Interpretación restrictiva de la competencia, a diferencia de la interpretación extensiva de la capacidad del derecho privado.)¹⁶¹ Ello no significa que nos encontremos ante una laguna, pues el ordenamiento jurídico nos da así claramente la solución de que tal “potestad” *no corresponde*, en el caso concreto, al órgano de que se trate.

La pretendida potestad genérica que da el art. 12 del decreto-ley 19.549/72, es en nuestro derecho absurda e irracional si se la interpreta como algunos lo hacen y en todo caso netamente insuficiente para sostener el principio del uso indiscriminado de la coerción por la administración. Sobre esto volveremos luego.¹⁶²

¹⁵⁹ FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 392: “si se admite que para alcanzar un fin administrativo puede utilizarse, con carácter general, como medio coactivo el poder de que dispone la Administración sobre el individuo, se abandona el principio jurídico válido hasta ahora, según el cual todo medio coactivo *necesita un título jurídico propio para que sea lícito su empleo*,” *op. cit.*, p. 393; el destacado es nuestro.

¹⁶⁰ BUTTGEBACH, ANDRÉ, *Manuel de droit administratif*, t. I, Bruselas, 1959, pp. 325-6; MAST, ANDRÉ, *Précis de droit administratif belge*, Bruselas, 1966, p. 8.

¹⁶¹ *Supra*, t. 1, cap. XII, § 6, “La competencia,” 7.1, “La competencia y los «postulados de la permisión»” y ss.

¹⁶² Ver *infra*, § 9, “La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica.”

8. *La ejecutoriedad. Alcances y medios*

De acuerdo a lo expuesto, la ejecutoriedad no constituye un carácter propio, permanente, del acto administrativo, sino que puede darse circunstancialmente como una competencia de la administración, independiente del acto, para ejecutarlo por sí misma cuando la naturaleza del acto lo permite (dejar de pagar el sueldo al funcionario separado del cargo; otorgar una vista o traslado; denegar un permiso de conducir, etc.) y en los demás casos solamente cuando el orden jurídico, en forma expresa¹⁶³ y en los casos concretos —o categoría determinada de actos—, reconozca a la administración la potestad de utilizar la coacción para hacer cumplir su acto por la fuerza. Se trata de una potestad excepcional, cuya existencia debe demostrarse en los casos ocurrentes y que no puede suponerse *a priori* como un principio universalmente presente en la actividad de la administración, no bastando según vimos la genérica norma del art. 12, producto de la confusión verbal con el derecho francés que distintos autores han señalado. La ejecutoriedad, a su vez, puede ser otorgada por el orden jurídico a través de distintos medios:

8.1. *La coerción directa*, cuando se puede forzar al individuo a cumplir con el acto, p.ej., retirarse de un lugar cuyo acceso está prohibido. Si bien la regla general es que el acto debe ser escrito,¹⁶⁴ es admisible que en esos casos de urgencia, pueda darse verbalmente, pero con suficiente explicación o fundamentación. El “porque sí” no existe en un Estado de Derecho. En realidad, los casos que a veces parecieran ser de empleo de la coerción directamente, sin ejecución de acto alguno, son hipótesis en que la administración ha emitido el acto verbalmente: así

¹⁶³ O en forma razonablemente implícita, según dijimos, pero nunca en ausencia de fundamentación suficiente y adecuada. No creemos, pues, que sea válido afirmar que “los actos administrativos son ejecutorios sin necesidad de que una ley expresamente lo autorice,” ni que deba recurrirse a la justicia para la ejecución coactiva del acto únicamente cuando “una norma general o particular despoja en expresa forma la ejecutoriedad de ciertos actos administrativos” (FIORINI, *Derecho Administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 300), pues el principio será siempre la necesidad de ley expresa en el caso concreto, para que la administración pueda ejecutar ella misma por la coacción el acto; en ausencia de esa norma, procede solicitarla judicialmente. Fácil es advertir qué ocurriría si, no habiendo ley que diga nada, la administración decidiera ejecutar directamente una multa y vender ella misma los bienes del particular para satisfacer el pago de una multa así “ejecutoria.”

¹⁶⁴ Tiene dicho la CSJN que la “realización verbal” de un acto administrativo importa una “ausencia de toda forma” incompatible con los “recaudos mínimos de forma y competencia” exigibles “para la validez de los actos administrativos.” *Fallos*, 256: 277 y 280, *Gómez Zorrilla*, 1963. La misma solución consagra el art. 8° del decreto-ley 19.549/72. Ver también nuestra nota “El deber de obediencia. Formalidades que debe reunir la orden del superior,” *RAP*, 2: 99, Buenos Aires, 1961. La SCJBA en *Curone*, 2006, ha declarado que el acto administrativo ha de ser dictado antes de comenzar a surtir sus efectos, pues caso contrario la administración incurre en vías de hecho, en un “proceder manifiestamente arbitrario.” *Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, La Plata, 2006, año I, núm. 0, pp. 97-105, con nota de ESPINOZA MOLLA, MARTÍN RENATO, “El principio de juridicidad y los derechos constitucionales como límites fundamentales opuestos a las vías de hecho administrativas,” pp. 105-22. *Infra*, cap. VIII, § 5.2., “Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución.”

la orden de circular o retirarse de un lugar de peligro, o de reunión pública, etc. En tales casos, obviamente, la fundamentación no siempre es exigible, aunque sí la razonabilidad de la orden. El uso directo de la coerción administrativa sólo se justifica cuando se trata de hacer cumplir un acto administrativo: nunca sin existir acto alguno de por medio.¹⁶⁵

8.2. *La coerción indirecta*, cuando la administración aplica otro tipo de sanciones (multas, clausura, inhabilitación, etc.), a fin de forzar al individuo a cumplir el acto;

8.3. *La ejecución directa, por la misma administración o por terceros*, con cargo al obligado a cumplir el acto (p.ej. en la construcción de cercos y veredas: si el propietario no lo efectúa, lo hace la administración por sí o por terceros y le cobra el gasto al propietario). Este caso puede también asimilárselo a alguno de los anteriores.

9. *La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica*

9.1. *La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72*

9.1.1. *No comprende la coerción indirecta (aplicación de sanciones)*

El art. 12 ya citado expresa a continuación de la presunción de legitimidad del acto administrativo 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.”¹⁶⁶

Si se observa bien, se advertirá de inmediato que de los tres casos de *medios* de instrumentar la ejecutoriedad que vimos en el punto anterior: *a)* coerción directa sobre el particular para forzarlo físicamente a cumplir el acto; *b)* sanciones para obligarlo indirectamente a cumplirlo y *c)* ejecución directa por la administración, con sus propios medios o los de terceros, sólo uno (el tercero) o a lo sumo dos (el primero) están contemplados como medios de ejecutoriedad.

¹⁶⁵ Nos apartamos así de VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 222 y ss., salvo que se trate de cosas o animales cuyos dueños no estén presentes (retirar un objeto de la vía pública, capturar un animal escapado): ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 243. El uso directo de la coerción debe respetar el principio de la intervención mínima necesaria para lograr el efecto, o prohibición del exceso: AGIRREAZKUENAGA, IÑAKI, *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas e Instituto Vasco de Administración Pública, 1990, p. 382 y ss.

¹⁶⁶ CABA, art. 12 del decr. 1510/97, ratificado por res. 41/98 de la Legislatura, exige expresamente la intervención judicial para lo casos de “coacción contra la persona o bienes de los administrados,” salvo “cuando deba protegerse el dominio público, desalojarse o demolerse edificios que amenacen ruina, o tengan que incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad, salubridad o moralidad de la población, o intervenir en la higienización de inmuebles.” Ampliar en AGUSTÍN GORDILLO / MABEL DANIELE (directores), *Procedimiento Administrativo. Decreto ley 19.549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2006, 2ª ed., comentario al art. 12, secc. V, pp. 176-180; en la 1ª ed, 2003, eran las ps. 167-9.

El decreto-ley excluye de la ejecutoriedad la posibilidad de aplicar *sanciones* al particular que no cumple el acto. En esta primera advertencia vemos que la consagración legal del principio de la ejecutoriedad no significa abandonar el criterio de que toda pena, por leve que sea, como así también la tipificación de toda infracción, debe estar previamente determinada por el orden jurídico para que exista legalmente.¹⁶⁷ En otras palabras, la administración no puede comenzar a aplicar indiscriminadamente las sanciones que estime oportunas a los particulares que no cumplan actos administrativos que aquélla estime ejecutorios. Las sanciones aplicables serán solamente las previstas en el orden jurídico para los casos concretos; no podría crearse una autorización genérica para aplicar sanciones para los que no cumplan actos administrativos de cualquier índole.¹⁶⁸

9.1.2. *La ejecución por los propios medios de la administración*

En lo que se refiere a la ejecución por sus propios medios como expresamente autoriza el art. 12, se trata de los casos en que:

a) sea factible ejecutar el acto por la administración *en lugar* de hacerlo el interesado (el retiro de una instalación ubicada en un bien del dominio público; el retiro por la grúa policial de un automóvil mal estacionado), o

b) en que sea admisible forzar materialmente por la coerción al individuo. (El agente de policía que toma a una persona y la detiene por la fuerza.) Nada impide y todo aconseja que la administración extreme la prudencia en el uso de esta atribución. Mucho más sensato es ocurrir a la vía judicial y pedir allí medidas cautelares, incluso autosatisfactivas.¹⁶⁹ Los jueces, por diversas circunstancias, se sentirán inclinados a concederlas. En otra variante, la administración con frecuencia opta por suspender ella misma el acto en sede administrativa, sin revocarlo y pedir de inmediato su nulidad en sede judicial.¹⁷⁰

9.1.2.1. *Ejecución en lugar del particular. La propiedad*

En ambos casos existe una limitación constitucional, fundada en la garantía de la propiedad, en el primer caso y de la libertad, en el segundo; esta limitación la hace el art. 12 cuando aclara a continuación “a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial.”¹⁷¹

¹⁶⁷ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración;” CSJN, *Fallos*, 237: 636, *Mouviel* (1957). La Constitución actual es más exigente, como allí explicamos.

¹⁶⁸ Hay a veces normas locales que prevén la posibilidad de aplicar multas a cualquier incumplimiento de órdenes. Ello atenta contra el principio expuesto más arriba en el texto.

¹⁶⁹ Así lo hizo con éxito la administración concedente en el caso *Enapros c. Prosa*, Juzg. Civil y Com. n° 1, Rosario, firme, *LL*, 2000-C, 766, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “La extinción concesional con fundamento en la realidad social.”

¹⁷⁰ PTN, *Dictámenes*, 164: 17; 156: 278; 195: 49, 52.

¹⁷¹ Ver POLI, JUAN DOMINGO; “Cuando presumir la legitimidad del acto...” *op. loc. cit.*, nota al fallo *GCBA c/Padilla, Alberto Lorenzo s/otros procesos especiales*.

Los casos en que la ley, expresa o implícitamente, exige la intervención judicial, son obvios: la ejecución de una multa, p.ej., no puede hacerla la administración procediendo ella misma a vender los bienes del particular en subasta pública y retener el importe que se le debe: debe iniciar la acción judicial pertinente para la ejecución del crédito. Igual solución es aplicable a todas las obligaciones de dar sumas de dinero a la administración que no tengan un origen contractual sino unilateral.¹⁷²

Lo mismo puede decirse en general de los actos que impliquen un cercenamiento de la propiedad, salvo casos expresos en que la ley autorice en forma clara a la administración a ejecutar ella misma el procedimiento.¹⁷³ Hablamos de cercenamiento de la propiedad, en el sentido de extinción del derecho de propiedad; los casos de meras restricciones administrativas son en cambio ejecutables directamente por la administración.¹⁷⁴ A su vez, las servidumbres administrativas son impuestas directamente por la administración, en virtud de autorización legal expresa específica en materia de cada tipo de servidumbres,¹⁷⁵ pero no en virtud de la autorización genérica de este art. 12 del decreto-ley 19.549/72.

En estas distintas formas de afectación del derecho de propiedad, vamos encontrando que en realidad los casos de ejecución directa del acto suelen emerger específicamente de las normas legales particulares del caso, las cuales con frecuencia han sido declaradas inconstitucionales cuando le otorgan o pretenden otorgar a la administración el supuesto derecho de cobrar compulsivamente impuestos o acreencias, sin orden judicial.

No creemos que en ausencia de norma legal específica que además sea constitucional pueda avanzarse en forma ejecutoria sobre el derecho de propiedad en virtud de la mera norma general que comentamos, salvo el caso de meras restricciones a la propiedad y del retiro de bienes privados que ocupan el dominio público. Ahora bien, dado que estas soluciones ya preexistían al decreto-ley en el derecho administrativo argentino, es inevitable llegar a la conclusión, frecuente en nuestro derecho, de que dicha norma esta en realidad simplemente vacía de contenido dispositivo.

¹⁷² Salvo, pues, que exista una relación bilateral previa, en la cual la administración pueda retener al particular sumas que ella por su parte le adeude, en compensación de las que éste le adeuda a ella, como ocurre por lo general en los contratos administrativos. Ver también LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 367.

¹⁷³ Así en materia de aduanas, en que la administración decomisa y vende en subasta pública los bienes introducidos de contrabando al país. Todos los casos de decomiso están expresamente previstos por la ley. Ver LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 367.

¹⁷⁴ Sobre la forma en que la propiedad se encontraba regulada en el derecho argentino frente al Estado, puede verse nuestro trabajo "Expropriation in Argentina," en el libro *Expropriation in the Americas*, dirigido por ANDREAS LOWENFELD, Nueva York, 1971, p. 11 y ss. Para el desarrollo del régimen del decreto-ley 21.499/77, ver AA.VV., *La ley nacional de expropiaciones*, Buenos Aires, AADA, 1977.

¹⁷⁵ Ver nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, cap. XVII, "El dominio público."

9.1.2.2. *La ejecución violentando al particular. La libertad*

En cuanto a la garantía constitucional de la libertad, la limitación es lógicamente mayor.¹⁷⁶ Están de por medio principios tales como el de la dignidad de la persona, que impiden p. ej. que cualquier órgano de la administración ejerza violencia física sobre los individuos: esta potestad, sumamente delicada como se advierte para la vigencia del principio de libertad, debe entenderse limitada exclusivamente a las fuerzas de seguridad (policía, fuerzas armadas en general, en los casos en que a su vez el ejercicio de la fuerza esté autorizado en forma expresa o razonablemente implícita). La “naturaleza del acto,” para utilizar aquí la ambigua expresión del art. 12, exige la intervención, sea de los organismos administrativos especializados y facultados para ello por la ley expresa del caso, sea de los órganos judiciales. No puede entonces admitirse que cualquier funcionario público pueda aplicar violencia física sobre una persona para obligarla a cumplir su acto.¹⁷⁷

En sentido similar expresa FIORINI que la limitación contenida en el art. 12, al tratar de la “naturaleza del acto,” se refiere al caso en que el acto se contrapone “ante derechos individuales asegurados por la Constitución con el amparo de las reservas de la ley. La «naturaleza» está en su contenido jurídico y se asienta en este caso en la base constitucional de los derechos individuales que levantan fronteras ante la actividad ejecutoria de la administración pública.”¹⁷⁸

9.1.3. *Conclusiones sobre la ejecutoriedad en el art. 12*

Surge claramente de lo expuesto que el art. 12 no ha venido a introducir un principio nuevo en el derecho argentino, sino más bien a ratificar la interpretación restrictiva de la ejecutoriedad que habíamos hecho anteriormente.¹⁷⁹

Por ello la ejecutoriedad no es una característica general o permanente del acto administrativo y ni siquiera contingente, pues es una competencia que a veces tiene la administración, independientemente del acto y por autorización puntual

¹⁷⁶ ORTIZ, *Los privilegios...*, op. cit., p. 106.

¹⁷⁷ En materia migratoria la ejecutoriedad está expresamente prohibida por la ley 25.871 que exige la intervención del órgano judicial para la ejecución de los actos administrativos, especialmente el de extrañamiento. Ver CARRILLO, SANTIAGO R., “El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871,” *LL*, 2007-B, 465.

¹⁷⁸ FIORINI, *Derecho administrativo*, t. I, op. cit., p. 449, quien agrega: “En ese ámbito es donde se encuentra la «naturaleza del acto» capaz de paralizar la eficacia ejecutoria de la administración, que se encuentra en el objeto del acto. La «naturaleza» impeditiva de la ejecutoriedad no puede tener otra causa que la garantía limitadora de los derechos individuales. La ejecutoriedad en estos casos, en un Estado de derecho y democrático se realiza bajo el control del poder judicial, pues así lo exige la «naturaleza» de las normas en colisión.”

¹⁷⁹ La hemos expuesto en este mismo cap., en los § 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción” y 8, “La ejecutoriedad. Alcances y medios,” donde reproducimos lo antes desarrollado en *El acto administrativo*, ed. 1969, pp. 130-5. El punto que sigue, “La ejecutoriedad en la práctica” está también tomado del mismo lugar, p. 135, pues entendemos que la nueva norma legal no hace sino ratificar lo expuesto por nosotros anteriormente, en este aspecto concreto.

del orden jurídico, existente sólo en la medida en que el ordenamiento la autorice para casos concretos en forma expresa o razonablemente implícita.¹⁸⁰

9.2. *La ejecutoriedad en la práctica*

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre en la práctica administrativa? Entendemos que lo que expusimos refleja esa realidad, en cuanto de ordinario nadie entiende que si yo desobedezco una orden de cualquier funcionario público, éste pueda por sí mismo hacérmela cumplir por la fuerza física, o aplicarme cualquier sanción indirecta, *sin necesidad de norma expresa o razonablemente implícita que se lo autorice*.

Si un profesor ordena a un alumno: “Retírese del aula” y éste dice: “No me retiro” ¿se entenderá acaso que el profesor puede llamar a cuatro ordenanzas y entre todos levantarlo en vilo y sacarlo del aula? En esta hipótesis, al no haber norma que autorice la coerción directa, sólo se podrá aplicar alguna de las sanciones disciplinarias que prevé la reglamentación; y si dichas normas establecen que las sanciones las aplica el Decano, entonces no podrá aplicarlas directamente el profesor, por una supuesta “ejecutoriedad” del acto administrativo. En tal situación, bien se advierte, el profesor no tiene a su alcance la posibilidad de hacer cumplir por la fuerza física el acto, ni tampoco la de aplicar sanciones que indirectamente obliguen al alumno a cumplir el acto: lo más que puede hacer es *pedir* que sean aplicadas. Ello significa que *su* acto no tiene ejecutoriedad. Ejemplos de esta índole pueden repetirse fácilmente, casi hasta el infinito, pero la tendencia de alguna doctrina persiste.

Si con similares ejemplos se consideran los actos que puedan dictar los diversos funcionarios de la administración, se encontrará que nunca, salvo en el caso de las fuerzas de seguridad, puede aplicarse la coerción física directa,¹⁸¹ y que en cuanto a *las sanciones* que puedan servir indirectamente como coerción, ellas *deben siempre estar expresamente previstas en el ordenamiento jurídico* y sólo pueden ser aplicadas por los funcionarios contemplados en estas normas y en los casos que ellas disponen. La realidad del derecho administrativo argentino, se advierte, funciona de modo tal que no cualquier funcionario que dicta un acto administrativo puede considerarlo “ejecutorio” con el supuesto alcance de que tiene a su disposición todos y cualquier medio de coerción para hacerlo cumplir por la fuerza, contra la voluntad del individuo afectado por el acto. Ello no ha privado de eficacia ni de regular cumplimiento a sus actos, lo que demuestra la conveniencia, además de la corrección jurídica, de lo expuesto.

¹⁸⁰ Ver BARRA, *op. loc. cit.*; comp. DROMI, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 24.

¹⁸¹ Dicha coerción física debe por supuesto ser razonable, adecuada y proporcional. Ello lleva a la necesaria distinción entre el empleo de las llamadas armas y medidas no letales o que, al menos, no causan un daño físico a la persona cuyo desplazamiento de un lugar público se está ordenando excepcionalmente por claras y suficientes razones de orden público, como por ejemplo la amenaza de invasión y daños a un edificio público.

10. *La suspensión administrativa de la ejecución del acto*

10.1. *La solución tradicional y su mutación*

Una de las principales consecuencias que se pretende desprender de la “ejecutoriedad” del acto administrativo, además del empleo indiscriminado de la coacción aún sin ley que la autorice, es que el acto debe por principio ejecutarse a pesar de la interposición de recursos contra él; dicho de otra manera, que la interposición de recursos contra el acto no suspende su ejecución,¹⁸² sin perjuicio de que la administración puede, si quiere, suspenderlo.¹⁸³ Adelantamos desde ya que es una proposición que también procuraremos poner en duda. Pero antes de entrar al desarrollo del tema, conviene adelantar que hay una institución contemporánea del derecho procesal administrativo nacional que ha venido de alguna manera a revertir el principio tradicional y adelantarse hacia la reversión que aquí estamos proponiendo. Se trata de la admisibilidad de interponer judicialmente medidas cautelares autónomas al exclusivo fin de que la justicia suspenda la ejecución del acto administrativo recurrido en sede administrativa, por lo menos hasta tanto la propia administración resuelva en forma expresa y fundamentada, con prueba, dictamen jurídico y audiencia del interesado, como está obligada conforme a derecho, el recurso interpuesto.¹⁸⁴ En algunos pronunciamientos ello es casi automático, en otros se destaca cuanto menos la generosidad con que procede otorgarlas en supuestos de esta naturaleza. Es la buena tendencia.¹⁸⁵

10.2. *La tesis de LINARES*

Aquel viejo principio doctrinario había sido criticado por LINARES,¹⁸⁶ a quien hemos seguido anteriormente en este punto¹⁸⁷ y a cuyos fundamentos nos re-

¹⁸² Entre otros, HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 114 y el precedente *Pulichino* que cita, de la Sala III, *LL*, 1996-A, 648, 1995. Pero ese principio comienza a abandonarse, p. ej. en Colombia (art. 55): BREWER-CARIAS, *Principios...*, *op. cit.*, séptima parte, § 5, p. 241.

¹⁸³ Art. 12 del decreto-ley 19.549/72; Costa Rica, art. 148; Perú, art. 216.2; Venezuela, art. 87.

¹⁸⁴ Ampliar en CARRILLO, SANTIAGO R., “Las medidas cautelares contra el Estado,” *Res Publica Argentina*, *RPA* 2006-2: 34-5, Buenos Aires, Rap, 2006.

¹⁸⁵ CNFed. CA, Sala I, *Procaccini*, 28-IV-98; *Monges*, *LL*, 1997-C, 150; Sala IV, *Bodegas y Viñedos Iglesias*, 10-V-85; CNCiv., Sala C, *Fernández*, *LL*, 1995-C, 680; CNFed. Civ. y Com., Sala II, *Sáenz Briones*, *LL*, 1995-C, 681; *Sindicato de Luz y Fuerza*, citados en *Procaccini*, que aplica “la línea jurisprudencial que ha preferido proceder con amplitud de criterio para decretar una medida precautoria, [...] resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez o parquedad en negarlas,” cons. 8º, 2º párr., *in fine*. REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, *op. cit.*, p. 165 y ss.

¹⁸⁶ LINARES, “Efectos suspensivos de los recursos ante la administración,” *LL*, 85: 906, a quien también siguieron DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 246-59; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 288; opinión contraria fue la de ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 290 y ss. LINARES mantuvo su criterio, en el caso de la nulidad manifiesta, ante el decreto-ley 19.549/72, en *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 230: “Si la nulidad es absoluta y manifiesta, el mero recurso administrativo o judicial suspende las consecuencias del acto.”

¹⁸⁷ Nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., p. 183 y ss. A igual conclusión arriba DROMI en *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 122.

mitimos para coincidir en que si antes se decía que el recurso administrativo en principio no suspende la ejecución del acto, pero que por decisión fundada la administración podía suspenderlo, ahora se propone en cambio el criterio de que el recurso interpuesto en principio *suspende* la ejecución del acto, pero que la administración por decisión fundada puede no obstante ejecutarlo, siempre que no se pida y obtenga una cautelar autónoma en sede judicial pendiente la resolución del recurso administrativo. Pues si la administración tiene real interés jurídico en ejecutar el acto, lo menos que cabe pedirle es que resuelva en forma expresa, con la diligencia que estime necesaria, el recurso interpuesto, atendiendo a los planteamientos formulados por el recurrente. Es una forma, tardía pero no ineficaz, de supeditar los efectos del acto a que exista una acabada fundamentación de los hechos que lo determinan y el derecho que lo justifica.¹⁸⁸ El criterio de LINARES y nuestro ha sido recogido por algunos tribunales, a nivel de principio,¹⁸⁹ haciéndolo incluso extensivo al efecto suspensivo de la interposición de un recurso judicial;¹⁹⁰ también ha sido receptado en el derecho comparado.¹⁹¹ Desde luego, hay también fallos en contra: la cuestión no es pacífica¹⁹² y el propio LINARES resulta ulteriormente ambiguo ante el texto del art. 12, del que a pesar de sostener que “viene a ser irrazonable en una Administración como la nuestra,” concluye que “nada cabe ya sino lamentarlo.”¹⁹³

Si es irrazonable como LINARES lo piensa y nosotros concordamos en que lo es, por la falta de garantías *efectivas* de audiencia previa, dictamen jurídico previo, fundamentación suficiente y adecuada que los tribunales sancionen con nulidad absoluta e insanable, entonces obviamente corresponde declarar judicialmente la inconstitucionalidad. De dos cosas una, o se reputa irrazonable la norma porque nada se cumple de lo que la administración debe cumplir antes de dictar un acto, o se exige en serio el cumplimiento de la ley y no se permiten supuestas conductas saneadoras en sede judicial que no hacen sino alentar la *mala praxis administrativa* en violación del ordenamiento jurídico.

Más, llegamos a un resultado absurdo en que se lo considera con presunción de legitimidad cuando le falta hasta visualmente, de su propia desnuda lectura, fundamentación, dictamen jurídico, audiencia previa, etc. Si el acto no expresa que hay dictamen, que se oyó a la parte, cuál fue la prueba rendida, cuáles son sus propias razones, su antijuridicidad es manifiesta.

¹⁸⁸ Respecto a la motivación o fundamentación en general ver también cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación;” en lo que hace al desarrollo del principio de la defensa previa al acto, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso. (Garantía de la defensa.)”

¹⁸⁹ V.gr., Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, en la revista *Derecho del Trabajo*, XXVII-4: 184, 186-8, abril de 1967, con nota en contra de MARIENHOFF.

¹⁹⁰ Fallo citado, pp. 189-91.

¹⁹¹ ORTIZ, *Los privilegios...*, op. cit., pp. 97-9.

¹⁹² Ver CNFed. CA, Sala III, *Banco Central c. Rota, Pedro C., LL*, 1996-C, 454 y GORDILLO, *Cien notas...*, op. cit., § 37, “No procede excepción de espera por recurso pendiente,” pp. 103-4.

¹⁹³ LINARES, *Derecho administrativo*, op. cit., § 296, pp. 330-1; comp. § 330, p. 362 y ss.

La práctica ha evolucionado de hecho y es frecuente encontrar casos en que, sin tomarse determinación alguna expresa sobre los efectos del recurso que se haya interpuesto contra un acto administrativo, se deja de todos modos en suspenso la ejecución del acto. (Pero sin pronunciamiento expreso sobre la suspensión.) Precisamente porque en la tesis que proponemos no hace falta dictar un acto expreso para suspender el acto, sino para ejecutarlo a pesar de estar recurrido, estimamos que esta orientación se acerca a la solución que entendemos correcta. En suma, consideramos que hay en la práctica una evolución implícita hacia el reconocimiento de efectos suspensivos a los recursos interpuestos contra actos administrativos.

10.3. *El decreto-ley 19.549/72*

El art. 12, segunda parte, del decreto-ley 19.549/72 se inclina en principio al mantenimiento de la solución tradicional, con una excepción que luego analizaremos en el caso de nulidad absoluta del acto.¹⁹⁴

10.3.1. *Ejecutoriedad y efecto no suspensivo de los recursos*

Si se acepta la redacción de esta parte del art. a la letra, resulta que la índole no suspensiva de los recursos administrativos se presenta solamente en el caso de los actos administrativos que tienen ejecutoriedad. Ahora bien, como ya hemos visto que la ejecutoriedad no es una característica normal sino contingente del acto administrativo y que los actos nulos carecen de ella, se concluye de allí que lo mismo cabe decir del efecto no suspensivo de los recursos. Toda vez que el órgano administrativo que emite un acto no tiene jurídicamente los medios de coerción a su alcance para ejecutarlo “por sus propios medios,” o no lo puede hacer por afectar garantías constitucionales como las ya mencionadas en su lugar,¹⁹⁵ entonces se encuentra en la situación mentada: no se le aplica el criterio que establece este art. 12 en el aspecto comentado y retomaría su aplicación la regla general que enunciamos más arriba.¹⁹⁶

Bien es cierto que constituye un error doctrinario fundar *en teoría* el efecto no suspensivo de un recurso contra un acto administrativo, en la ejecutoriedad de éste. Pero el error está, entre otras cosas, en querer sacar de la ejecutoriedad, cuando ella exista, conclusiones aplicables también al acto *cuando no tiene ejecutoriedad*.

Ahora bien, es de hacer notar que dada la redacción del art. 12, él no es pasible de esta crítica, puesto que de su texto no se infiere el alcance de negar efectos

¹⁹⁴ Dice la norma “su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios [...] e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos.”

¹⁹⁵ Ver *supra*, § 9.1.2.1, “Ejecución en lugar del particular. La propiedad” y § 9.1.2.2, “La ejecución violentando al particular. La libertad.”

¹⁹⁶ Ver *supra*, § 10.2, “La tesis de LINARES.”

suspensivos al recurso *sino cuando el acto tiene ejecutoriedad*; y en este último punto ya vimos, el decreto-ley consagra en realidad la tesis restrictiva y no la amplia.

Estimamos, en conclusión, que el sentido y la letra de la disposición se orientan a afirmar el efecto no suspensivo de los recursos solamente en las situaciones en las cuales el acto administrativo tenga ejecutoriedad —otorgada, según vimos más arriba, en forma expresa o razonablemente implícita por el orden jurídico para el caso concreto—, y que en las demás situaciones no consagra dicho efecto no suspensivo, dejando en consecuencia paso a la aplicación de la teoría —y la práctica— de suspender los actos administrativos cuando se interpone un recurso contra ellos, salvo desde luego que se dicte una resolución expresa disponiendo la ejecución del acto por razones de interés público, no obstante la interposición del recurso.

10.3.2. *La facultad discrecional de suspender el acto ante la interposición del recurso*

De todos modos, aún en los casos en que por tener el acto ejecutoriedad, le resultaría *prima facie* de aplicación la regla normativa de su no suspensión *ipso jure* por efecto de la mera interposición del recurso administrativo o acción judicial, siempre queda la posibilidad de que el propio órgano emisor o uno superior decidan la suspensión del acto, formal o informalmente; lo segundo ocurre con frecuencia: por mera prudencia, el acto no se ejecuta hasta tanto exista decisión firme de una autoridad competente.

La norma orienta la acción de los órganos administrativos, dándoles algunos ejemplos en los cuales corresponde la suspensión del acto impugnado. Salvo en el caso de la nulidad absoluta¹⁹⁷ esta enunciación no taxativa de ejemplos tiene el sentido no de obligar a la administración a suspender el acto cuando la situación se presenta, sino de facultarla a hacerlo. Dice el art. 12: “Sin embargo, la administración podrá, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado.”¹⁹⁸

El primer caso, motivos de interés público,¹⁹⁹ comprende aquellas hipótesis en que exista la probabilidad de que el recurrente tenga razón, o que la prueba ofrecida, de dar resultado positivo, pueda demostrar que le asiste derecho en su impugnación. Sería en verdad contrario al interés público persistir en la ejecu-

¹⁹⁷ Ver *infra*, § 10.3.4, “La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta.”

¹⁹⁸ CABA, art. 12; ver GORDILLO (dir.), *op. cit.*, comentario al art. 12, secc. V, pp. 169-73.

¹⁹⁹ Ver también *supra*, t. 2, cap. VI, § 5; MAIRAL, *Control judicial...*, *op. cit.*, t. II, p. 829, § 468; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989, y su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, en que sigue nuestra construcción.

ción de un acto que luego será extinguido por la administración o la justicia: aumentando la futura responsabilidad por la emisión y ejecución de un acto ilegítimo. Una regla de sana administración (e incluso de interés público, como se advierte), entonces, recomienda suspender expresa o tácitamente la ejecución del acto en tales situaciones.

El segundo caso, “para evitar perjuicios graves al interesado,” está redactado de una manera encomiable: no se exige la presencia de un perjuicio “irreparable” como a veces hace la jurisprudencia,²⁰⁰ sino tan sólo de un perjuicio “grave.” Esto es correcto, pues la existencia de un perjuicio irreparable puede siempre ser reargumentada con la tesis de que al particular le queda en definitiva la acción de daños y perjuicios para resarcirse del daño ocasionado por el acto. Este argumento ha sido sostenido más de una vez y es un argumento falaz, porque el resarcimiento en sede judicial de los daños y perjuicios puede a veces llevar tantos años como para hacer inútil o impráctico su intento de obtención, sin perjuicio de que la responsabilidad interna del Estado se encuentra en la actualidad disminuida.²⁰¹

Cualquier abogado con experiencia en la materia sabe perfectamente cuál es la respuesta de cualquier individuo a quien se le explica lealmente que, aún teniendo razón y ganando el pleito, puede tener que llevarlo por las tres instancias de la justicia nacional antes de obtener un pronunciamiento definitivo a su favor y que esto puede llevar en ocasiones más de cinco o seis años en total; y que luego hay que penar para la ejecución de la sentencia con el Estado. Los gastos de tasa de justicia, honorarios, tiempo, eventuales costas adversas, etc., raramente justifican a criterio del particular iniciar una vía tan azarosa.²⁰²

Por eso, porque es falaz e irreal la aseveración de que al individuo siempre le queda la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño, es correcta la solución de la norma en no exigir un daño irreparable sino sólo un daño grave a los intereses del recurrente, para que sea en tales casos procedente la suspensión del acto impugnado, en tanto se resuelve en definitiva el recurso interpuesto contra él.

10.3.3. *El caso de la suspensión que perjudica a un tercero*

Ya explicamos que la estabilidad del acto administrativo, en cuanto prohibición a la administración de revocar un acto regular que ha reconocido u otorgado un derecho a un tercero, implica también la prohibición de suspenderlo.²⁰³ Esta regla es también vigente aquí y por ello, si lo que un particular recurre es un acto regular que a su vez reconoce de manera estable un derecho subjetivo a otro individuo, la suspensión no es admisible en sede administrativa, como tampoco lo

²⁰⁰ Ampliar *infra*, § 11 y DROMI, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 97.

²⁰¹ Ver *supra*, t. 2, cap. XX.

²⁰² Ver *supra*, t. 2, caps. XIII, “La tutela judicial” y XIV, “Problemas del acceso a la justicia.”

²⁰³ *Infra*, cap. VI, § 7.2.2, “La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable.”

es la revocación del acto; en tales hipótesis, por lo tanto, no queda otro camino que seguir la vía judicial para obtener una solución del diferendo. Por supuesto, si la suspensión puede disponerse sin causar perjuicios a terceros, entonces no se aplica esta excepción que comentamos y ella puede en consecuencia ser libremente dispuesta. Advertimos, con todo, que este principio de que la suspensión no procede cuando se ha impugnado un acto administrativo estable en el sentido del art. 18 del decreto-ley 19.549/72, corresponde únicamente al acto regular (válido o anulable), no así al acto irregular (nulo) por las razones que se verán a continuación.

10.3.4. *La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta*

La última parte del art. introduce un caso de suspensión que a nuestro modo de ver requiere una interpretación distinta. Se trata de la hipótesis en que el particular afectado por el acto “alegare fundadamente una nulidad absoluta.”

Si bien la redacción de la norma es que “La Administración podrá [...] suspender la ejecución [...] cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta,”²⁰⁴ no estimamos que se trate en el caso de una facultad discrecional, como el término “podrá” parecería sugerirlo, sino de una facultad reglada, sujeta a la determinación en el caso concreto de si existe o no una nulidad absoluta.

Por de pronto, debe aclararse que a diferencia de otras leyes y antecedentes, que exigen la nulidad *manifiesta* del acto para hacer procedente la suspensión, la ley de procedimiento no introduce este requisito sino que se limita a referirse a la alegación *fundada* de la nulidad. Es una muy importante diferencia que no debe ser dejada de lado.

En esta tesitura es oportuno recordar las palabras de MAIRAL cuando expresa, en relación a tal distinción, que “parecería más amplio el concepto de alegación fundada que el que depende del carácter manifiesto de la nulidad, pues para el primero podría ser suficiente el *fumus boni iuris* de que habla la doctrina procesal en materia de medidas precautorias, o sea, en este caso, *la verosimilitud de la irregularidad y no ya la clara evidencia de ésta.*”²⁰⁵

Por ello, aunque el particular no exponga fundadamente la tesitura de que el acto impugnado es nulo, si el funcionario estima²⁰⁶ que sí lo es: ¿tendrá él acaso la libertad de ejecutar el acto aún conociendo su nulidad? ¿Le sirve de eximente a su responsabilidad por la ejecución, el sostener que el particular no alegó “fundadamente” la nulidad? Pensamos, obviamente, que no.

²⁰⁴ Ver *supra*, nota 10.17.

²⁰⁵ MAIRAL, *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 89; *Control judicial de la administración pública*, t. II, *op. cit.*, p. 643 y ss.

²⁰⁶ Y en muchos casos esto no será opinable sino manifiesto: falta de audiencia previa o vicios de procedimiento (no admitir una parte, no recibir prueba propuesta), falta de dictamen jurídico razonado, falta de fundamentación fáctica, etc.

10.3.4.1. *La obligación de revocar el acto nulo*

En primer lugar, el propio art. 17 del decreto-ley dice que cuando el acto es nulo debe considerársele irregular “y *debe* ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa.” Esta obligación de revocar el acto nulo existe con prescindencia de que un particular lo alegue, o lo alegue con fundamentos. El funcionario tiene la obligación de revocar el acto nulo.

Ahora bien, si de acuerdo al art. 17 el agente tiene la obligación de hacer lo más, o sea *revocar* el acto nulo, ¿podrá acaso interpretarse que no tiene la obligación de hacer lo menos, o sea *suspenderlo*? No puede afirmarse coherentemente que el funcionario tiene la *obligación de revocar* el acto, pero en cambio sólo la atribución *discrecional de suspenderlo* o no.²⁰⁷

10.3.4.2. *La fuente de la disposición*

Contribuye a la misma solución la fuente tomada por los autores de la norma, que es la obra de MARIENHOFF. Para este autor el funcionario *deberá* suspender el acto cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.²⁰⁸ Si bien el art. sustituye el término “deberá” por “podrá,” ello puede haber ocurrido por incluir el caso de la nulidad dentro de la misma frase que se refiere a los otros casos de ejemplos de posibilidad de suspender el acto impugnado.

10.3.4.3. *Las obligaciones del cargo*

Por otra parte, el funcionario está obligado por el art. 1112 del Código Civil a un regular cumplimiento de sus funciones, siendo responsable de su irregular ejecución.²⁰⁹ a su vez, por irregular cumplimiento de sus funciones no se entiende única y exclusivamente violación de normas concretas y específicas que le prescriban conductas determinadas; la suya es una responsabilidad profesional, que existe cuando actúa irregularmente aunque ninguna norma le haya pres-

²⁰⁷ En sentido contrario HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, p. 115, quien es menos terminante en la p. 116: “Debería bastar la alegación fundada del particular para que la Administración reconociera el vicio.” Tampoco admite la no suspensión del acto estable CANDA, FABIÁN OMAR, “La suspensión del acto administrativo estable,” en el libro de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 106 y ss. Pero como también expresa GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 257, siendo la nulidad de pleno derecho, no existe en realidad una decisión a tomar, sino una comprobación, un detectar o constatar que no constituye un acto negocial ni discrecional. No se justifica la distinción “esencial” entre revocación y suspensión del acto nulo; ambas son obligatorias para la administración y *a fortiori* para el juez.

²⁰⁸ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 632. “La suspensión del acto por ilegalidad manifiesta no tiene límite alguno, es absoluta. Demostrada la ilegalidad, procede la suspensión. En un Estado de Derecho es inconcebible que la Administración Pública actúe al margen de la legalidad, pues, como función estatal, su actividad es siempre sublegal.” Esta discordancia con la fuente ya la señaló MAIRAL, *La licitación pública*, *op. cit.*, pp. 88-9.

²⁰⁹ Ampliar sobre esta cuestión *supra*, t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios.”

cripto la conducta debida. Su responsabilidad es similar, en tal sentido, a la de un médico, abogado, etc., que son responsables por una omisión en el ejercicio de sus funciones aunque ninguna norma les obligue expresamente a adoptar la conducta omitida.²¹⁰ Por lo tanto, si el funcionario ejecuta un acto nulo, a pesar de haberse interpuesto un recurso contra el mismo, incurre por su parte en irregular cumplimiento de sus funciones y se crea a sí mismo responsabilidad civil por el daño que ocasione: cuando el particular demande conjuntamente al funcionario y al Estado por los perjuicios ocasionados; el funcionario no podrá alegar en su descargo que si bien él debía revocar el acto, tan sólo “podía” suspenderlo. En tal caso se le dirá que podía suspenderlo y *debió* haberlo hecho para no incurrir en responsabilidad civil.²¹¹

10.3.4.4. *El deber de obediencia*

Contribuye a la misma solución la regla del deber de obediencia, que no es un criterio de obediencia *absoluta* a todas y cualesquiera sean las órdenes de sus superiores, sino solamente a las órdenes legales que ellos le emitan,²¹² en consonancia con el principio de la presunción de legitimidad, que no alcanza a los actos nulos.²¹³ Ya que ambos, presunción de legitimidad y obligatoriedad, sólo se aplican a los actos regulares (válidos o anulables) y no a los irregulares (nulos), es inevitable la conclusión: el deber de obediencia del funcionario público sigue las mismas reglas y se aplica solamente a los actos regulares, no a los irregulares o nulos.

En consecuencia de ello, el funcionario no sólo *no debe* obediencia al acto nulo, sino que *debe* proceder a la suspensión de su ejecución cuando ha sido impugnado por un recurso administrativo o una acción judicial. De lo contrario, compromete personalmente no sólo su responsabilidad civil, sino también administrativa e incluso, eventualmente, penal. Es, además, una regla de elemental prudencia no ejecutar materialmente el daño o perjuicio cuando aún no se conoce cuál es la decisión de la autoridad competente al respecto.

10.3.4.5. *El problema semántico*

Todas estas razones podrían parecer atentar contra la clara expresión utilizada en el art. 12, que dice que la administración “podrá” (no “deberá”) suspender el acto en el caso de la nulidad absoluta. Pero es sabido que no corresponde hacer interpretación meramente exegética y que debe buscarse, además del sentido

²¹⁰ *Supra*, t. 2, cap. XIX.

²¹¹ MAIRAL, *La licitación pública, op. cit.*, p. 90, nota 35.

²¹² Conf. Costa Rica, arts. 107 y 108,1; Venezuela, arts. 8° y 28.

²¹³ *Supra*, § 4.1, “Fundamento teórico y práctico. Sus alcances,” 4.2, “Fundamento positivo de la presunción de legitimidad,” 5.1, “Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos,” 5.4, “Exigibilidad del acto ilegítimo” y 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción.”

literal de los términos utilizados, el significado de la disposición dentro del contexto del sistema. También, que debe darse un sentido razonable y justo a la norma para que sea constitucional.²¹⁴ Por lo demás, no es la primera vez en derecho administrativo que alguna ley, habiendo utilizado la tímida redacción de “podrá,” fue interpretada sistemáticamente con el alcance de “deberá.” Es lo que ocurrió, entre otros casos, con la ley 12.910 de mayores costos, que en su art. 6° decía que la administración podría en los sucesivos pliegos de licitaciones de obras públicas incluir cláusulas de mayores costos. La interpretación uniforme de la administración fue que esto constituía una obligación y que en caso de haberse omitido la cláusula, ella era de todos modos aplicable, por tratarse de una facultad reglada.²¹⁵ Esta interpretación del art. 12 coincide con la que en igual sentido efectúa MAIRAL: “en síntesis, siempre que un oferente impugne la adjudicación alegando un vicio grave en el trámite y la existencia de dicho vicio resulte manifiesta o, incluso, verosímil, la Administración podrá y *en rigor deberá, otorgar efectos suspensivos* al acto.”²¹⁶

10.3.4.6. Conclusiones

En suma, cuando el acto impugnado es nulo, el funcionario tiene la obligación de suspender, expresa o tácitamente, la ejecución del acto impugnado y que, consecuentemente, no puede proceder legítimamente a su ejecución.

11. *La suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo*

11.1. *En general*

En ausencia de norma especial sobre el caso, el tribunal puede disponer la suspensión del acto administrativo y otras medidas cautelares, en cualquier etapa del proceso.²¹⁷ Es común que la suspensión del acto se pida al tribunal en forma simultánea con la interposición de la demanda, pero a veces se puede pedirlo como medida previa o anticipada, antes de la interposición de la acción.²¹⁸ Nada impide, aunque es menos frecuente, pedirlo con posterioridad al inicio del proceso. Esto último puede ocurrir cuando la verosimilitud del derecho se aprecia con el comienzo de producción de la prueba. El tribunal decide en forma sumaria si la suspensión es procedente, en auto que es apelable al sólo efecto devolutivo.²¹⁹

²¹⁴ *Supra*, t. 1, caps. I y VI.

²¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 47: 11; 57: 149 y otros. Ver también AA.VV., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, AADA, 1978 y reimpressiones posteriores por Astrea, cap. V.

²¹⁶ MAIRAL, *La licitación pública*, *op. cit.*, p. 90. El destacado nos pertenece.

²¹⁷ Ver CNCiv, Sala C, Ybáñez, *Juan A. c. Municipalidad de Buenos Aires*, LL, 1996-E, 109; GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 46, “El amparo como cautelar autónoma innovativa,” pp. 125-6; MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 799 y ss.; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, cap. XI, p. 167.

²¹⁸ Ver CNFed. CA, Sala I, *Aguas Argentinas S.A. LL*, 1996-A, 646; Sala III, *Edesur*, LL, 1995-D, 318; GORDILLO, *op. cit.*, § 25, pp. 85-6; y § 9, pp. 49-50.

²¹⁹ GRAU, *op. cit.*, p. 242.

Algunos códigos provinciales exigen la irreparabilidad del perjuicio que su ejecución ocasionaría²²⁰ y/o su ilegalidad manifiesta;²²¹ una solución del *Ancien Régime* francés, que antes tomara pero ya repudia el derecho español, a favor de toda clase de medidas cautelares.²²² El derecho comparado ya no sostiene las aquellas prácticas que cada vez menos sobreviven en nuestro país; la Provincia de Buenos Aires²²³ ha receptado una amplia gama de medidas precautorias: las reguladas en el CPCC, las positivas o de hacer, por ende innovativas y la suspensión de la ejecución del acto. La posibilidad de sufrir perjuicios, o la alteración de una situación de hecho o de derecho, habilitan la suspensión judicial,²²⁴ que puede ser pedida en cualquier etapa del proceso. Sin embargo es lamentable el retroceso de la ley 13.101²²⁵ que dispuso la obligación de pedir la suspensión primero en sede administrativa, esperar una resolución adversa expresa o el transcurso de cinco días hábiles para recién entonces, ante el silencio de la administración, acudir a la instancia judicial por denegación tácita.²²⁶ Afortunadamente ya existen casos en los que se ha advertido²²⁷ la inconstitucionalidad de este recaudo.²²⁸

²²⁰ Ver ARGANARÁS, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 247, para los códigos antiguos. Una crítica de este principio en MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 630.

²²¹ Ver BIELSA, *Sobre lo contencioso administrativo*, Santa Fe, 1964, 3ª ed., p. 236 y ss.

²²² Art. 129, inc. 1º: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia:” ver GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa...*, t. II, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 2019 y ss.

²²³ Ver SCJBA: 24-IX-2003, *Eco-System S.A.*, con nota de OROZ, MIGUEL H. E., “La admisión de las medidas precautelares en el proceso administrativo bonaerense,” *LLBA*, 2004: 249.

²²⁴ Para la CABA ver GORDILLO (dir.), *Procedimiento...*, *op. cit.*, secc. V, § 1, pp. 170-3; PICASSO, SEBASTIÁN, “Suspensión de ejecución de acto administrativo,” en BALBÍN (dir.), *Código...*, *op. cit.*, título V, cap. II, comentario a los arts. 189 y 190, p. 401 y ss.; ZAYAT, VALERIA E., “La suspensión del acto administrativo impugnado en la administración ¿regla o excepción?,” *LL*, 2001-F, 84.

²²⁵ Se siguen así sumando eslabones al proceso que explicamos en “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, 30-XI-01; “Administrar sin justicia,” *RAP Buenos Aires*, 2003, I/1: 11-25. Son los jueces de primera instancia “el instrumento más útil y más inmediato de la reforma política:” ver “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *RAP Buenos Aires*, II/13: 7-12, abril de 2004.

²²⁶ Prov. Buenos Aires, art. 25, inc 2º). La a justicia ha interpretado que no es necesaria la previa petición cuando, de la impugnación administrativa, surge implícitamente el pedido de suspensión (Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 234, *Ledesma*; ver *infra*, nota 228). Existen dos supuestos en los que los efectos del acto se suspenden por la mera interposición de la acción judicial: 1º) la impugnación del acto que suspende o destituye a un intendente y 2º) las acciones contra resoluciones del Tribunal de Cuentas que imponen cargos o multas a agentes o funcionarios (ley 10.869, art. 36).

²²⁷ Sabida es la discusión terminológica propuesta por algunos autores entre declarar la inconstitucionalidad e inaplicar la norma por su advertida inconstitucionalidad. Tal como lo explicamos en el t. 1, cap. 1, esta es una discusión meramente semántica, sin sentido práctico.

²²⁸ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 234, *Ledesma*, 2-III-2004, firme: una pretensión de amparo fue transformada de oficio por el magistrado en medida cautelar anticipada, a la que se hizo lugar no obstante la falta de reclamo previo, por considerar “que las normas procesales pueden constituirse, ocasionalmente, en verdaderos valladares para el logro del fin jurídico perseguido por las normas sustanciales y es deber de los Jueces evitar que dicho efecto se produzca” (cons. IV, c, 2º). Se trataba de un jubilado por invalidez a quien le notifican de un importante cargo deudor, “sin informar el origen del mismo ni resolución alguna al respecto.” El fallo invoca precedentes de la SCJBA, causas B 56.252, *Frías de Marcon*, año 1995; B 55.891, *Pérez de Irigoyen*, mismo año; B 59.788, *Mazzuca*, año 1999 y otras.

La jurisprudencia nacional ha tenido ocasión por su parte de utilizar principios más elásticos que los mencionados en primer lugar, tales como los “graves perjuicios” que la ejecución del acto puede causar, la “verosimilitud *prima facie* del derecho invocado” y la “apariencia de ilegitimidad” del acto cuestionado.²²⁹ Por lo demás, la Cámara Federal de la Capital hace de antaño una interesante fórmula de equilibrio entre estos requisitos y señala que “a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.”²³⁰

Otros tribunales por su parte, han caído en el mismo error de las legislaciones provinciales, exigiendo la “ilegalidad manifiesta” del acto para suspenderlo,²³¹ o han introducido otros criterios de apreciación, tales como el perjuicio o la lesión que la suspensión produciría a la gestión administrativa.²³² Como se ve, dista mucho de existir uniformidad en esta materia. El tema se emparenta directamente con otras grandes cuestiones: la procedencia amplia o restringida del amparo para ponerlo a tenor de la nueva constitución y el nuevo orden internacional, y de las medidas urgentes y cautelares innovativas, que tanto esfuerzo demandan y tanta discusión provocan.²³³

11.2. “Recursos” otorgados por leyes especiales

11.2.1. Caso en que la ley no resuelve sobre el efecto de la interposición

Tratándose de “recursos” judiciales previstos por leyes especiales para la impugnación de actos administrativos determinados²³⁴ se ha sostenido el carácter directamente suspensivo de la interposición del remedio judicial, aun sin que norma especial así lo establezca. Ha dicho la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que “aunque, según se ha señalado, en virtud de la incompatibilidad con los principios constitucionales del ejercicio de la función

²²⁹ CNFed., Sala CA, *Asual S.R.L.*, LL, 119: 844, año 1965.

²³⁰ *Banco Popular de La Plata*, LL, 120: 762, año 1965; *Gobierno Nacional c. N. N.*, LL, 125: 633, año 1966.

²³¹ Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, *Castoldi*, LL, 121: 102, año 1965.

²³² Ver REIMUNDÍN, *op. cit.*, p. 284 y ss.; LINARES, “La prohibición de innovar (Bases para su sistemática),” en la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. XX, año XXI, n° 6.

²³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla de las medidas cautelares*, Civitas, 1995; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa...*, *op. cit.*, p. 2019 y ss. Ver *supra*, t. 2, cap. XIII, § 8, “El amparo” y ss. y en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. XII, “Un día en la justicia. Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional,” reproducido en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.; y en LL, 1995-E, 988. Ver también GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 88, “Rechazo *in limine* de la acción de amparo: que sea excepcional, no normal,” pp. 185-7 y LL, 1998-D, 208; § 65, “El moribundo amparo,” pp. 145-9 y LL, 1997-C, 843; § 50, “Amparo: nunca, jamás,” pp. 130-1 y LL, 1997-A, 82.

²³⁴ Sobre el carácter de “acción” o “recurso,” ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración.”

jurisdiccional por el Poder Administrador, debe entenderse que cuando las leyes reglan «recursos» judiciales contra actos administrativos, no se trata, en realidad sino de la reglamentación de procesos especiales con trámite administrativo previo regidos por las reglas del proceso de apelación,²³⁵ por lo que le resulta aplicable el principio procesal de que “la apelación se concede en ambos efectos cuando no esté expresamente dispuesto que debe concederse a uno sólo, es decir, sin efecto suspensivo.” “Esta conclusión no debe resultar, a mi juicio, ni remotamente sorprendente. En efecto, debe entenderse que, al estatuir el proceso especial de revisión del acto administrativo, reglado como «recurso» judicial, el legislador quiso habilitar un medio de impugnación más eficaz o más rápido que los recursos generales ante la Administración [...] a la acción judicial genérica que exista para la tutela de los derechos de los administrados [...] a la cual, sí, no habría por qué reconocerle eficacia suspensiva por su sola deducción.”²³⁶

De acuerdo a las conclusiones de este fallo, que compartimos, resultaría que las acciones o “recursos” regidos por leyes especiales que estatuyen un proceso más rápido que el ordinario, tiene *ipso jure*, aún sin norma expresa, efecto suspensivo sobre el acto impugnado; no así las acciones ordinarias, en las que la suspensión debe ser pedida y podrá ser ordenada por el tribunal cuando se den causas que lo justifiquen.

11.2.2. Casos en que la ley otorga efecto devolutivo al recurso

Lo expuesto se refiere a los casos en que las leyes que otorgan un “recurso” especial ante la justicia contra actos administrativos, no contemplan expresamente el efecto suspensivo o devolutivo de tal recurso. Pero hay casos graves, en que las leyes resuelven expresamente el punto en sentido contrario a la suspensión de la ejecución del acto y se pronuncian entonces por la inmediata ejecución de la resolución impugnada, no obstante la interposición de la acción judicial. Entendemos que es inconstitucional pretender privar al magistrado de su potestad jurisdiccional y al mismo tiempo restringir el acceso útil a la justicia de parte del individuo afectado en sus derechos por un acto administrativo. El caso se plantea con motivo de la ley 14.878, art. 28, apartado segundo: “En los casos en que el Instituto Nacional de Vitivinicultura resuelve la clausura o suspensión de los establecimientos o locales en infracción a la presente ley o a su reglamentación, a fin de que exista *una inmediata ejecución de la sanción aplicada*, el recurso de apelación ante el juez competente *se concederá al sólo efecto devolutivo* y en relación.” La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo *Dumit*, de 1972,²³⁷ resolvió expresamente la inconstitucionalidad de una norma de esta índole que pretende ejecutoriar una sanción, hacerla cumplir efectivamente, sin el debido

²³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, revista *Derecho del Trabajo*, año XXVII, n° 4, abril de 1967, pp. 189-90.

²³⁶ Fallo citado, p. 190.

²³⁷ *Fallos*, 284: 150, *Dumit*.

previo contralor judicial. Como dijo el tribunal en esta ocasión “no cabe hablar de «juicio» —y en particular de aquel que el art. 18 de la Carta Magna exige como requisito que legitime una condena—, si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente, ni de «juicio previo», si esta instancia no ha concluido y *la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma.*”²³⁸

El tema, con todo, se repite a través del tiempo. Una de ellas ha sido la absurda pretensión de que las acciones o recursos judiciales interpuestos contra las sanciones de clausura impuestas por la DGI no tengan efectos suspensivos, lo que con toda lógica ha sido declarado inconstitucional.²³⁹ La CSJN ha rechazado los recursos extraordinarios interpuestos contra fallos análogos, que no hacen sino aplicar la correcta doctrina de *Dumit*.²⁴⁰ Ello es así aún cuando la legislación invoque pretendidas facultades jurisdiccionales que se confieren al órgano administrativo, pues debiera ser claro que “en nuestra Nación no existen otros jueces que los del Poder Judicial, los únicos que pueden dictar sentencias y que son tales —jueces— por su carácter de imparciales. No lo son los de carácter administrativo, aunque algunos de ellos también posean la denominación de jueces.”²⁴¹

11.2.3. Conclusiones acerca de los recursos otorgados por leyes especiales

De la jurisprudencia que acabamos de glosar en los puntos precedentes resultaría que el otorgamiento por leyes especiales de recursos para ante la justicia contra actos administrativos determinados, debe ser interpretado como una forma en que el ordenamiento jurídico tiende a tutelar de manera diferente los intereses comprometidos. Mientras que en las acciones ordinarias el particular dispone de los plazos normales para iniciar su acción, tiene un amplio régimen contencioso y de prueba, etc., en los recursos de leyes especiales, en cambio, tiene plazos más breves y hasta angustiosos, le es más difícil realizar actividad probatoria, etc.;

²³⁸ *Fallos*, 284: 150, 153, cons. 12°. Comp. MAIRAL, *Control ...*, t. II, *op. cit.*, p. 692 y ss.

²³⁹ CFed. San Martín, Sala I, *Zampolini, LL*, 1998-E, 519, 521: “declarar la inconstitucionalidad de los arts. 10 y 11 de la ley 24.765, que reforman los arts. agregados a continuación del art. 78 de la ley 11.683 (t.o. 1978), en cuanto establecen la ejecutoriedad sin otra sustanciación de las resoluciones resultantes de la apelación administrativa y el efecto devolutivo de los recursos de apelación judicial previstos,” p. 521, con nota de PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Inconstitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la ley 24.765 (clausuras).” Como expresa el autor citado, siguiendo jurisprudencia de la CSJN, “este tipo de sanción necesariamente debe contar con el dictado de una sentencia emanada del juez competente del Poder Judicial.” Ver también JÁUREGUI LORDA, HERNÁN, “Régimen infraccional tributario. La sanción de clausura. Consideraciones críticas e instancias recursivas,” *JA*, 2007-I, fasc. 10, 7 de marzo de 2007, pp. 6-19.

²⁴⁰ Es el caso citado, *Fallos*, 284: 150. Lo afirmado en el texto se refiere a *Lapiduz*, CSJN, *LL*, 1998-C, 371. En igual sentido CNPenal Económico, Sala A, *Cargill S.A., LL*, 1997-D, 641; *Valenti Especialidades, LL*, 1993-C, 203, nota de BIDART CAMPOS; *ED*, 152: 670. Lo mismo en un arresto con impugnación judicial al sólo efecto devolutivo, CSJN, *Di Salvo, LL*, 1988-D, 271.

²⁴¹ PRIERI BELMONTE, *op. cit.*, 521; *supra*, t.1, cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” al 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración.”

a la inversa, estas características se ven en parte contrapuestas con los efectos de la interposición de la acción o recurso. En las primeras la interposición de la demanda no tiene *per se* efecto suspensivo, en las segundas en cambio sí tiene un efecto suspensivo automático, inclusive aunque la ley disponga lo contrario, pues también esta hipótesis ha sido declarada inconstitucional y con razón, por la Corte Suprema en el caso *Dumit*.

En cuanto al derecho comparado, el derecho español que antes admitía la suspensión sólo cuando “la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil,”²⁴² no considerándose por lo demás que la sola circunstancia de que el perjuicio sea reparable en dinero lo torne de “fácil” reparación.²⁴³ La legislación actualmente vigente, que siguió la línea de una jurisprudencia progresiva²⁴⁴ y no regresiva²⁴⁵ de las normas anteriores, no establece otro requisito que el finalista o teleológico, que se pidan y dicten “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.”²⁴⁶

²⁴² La solución venía del art. 122, párr. 2, de la anterior ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁴³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Madrid, 1967, 2ª ed., pp. 333-4. El problema sería el mismo en nuestro país, pues dado el carácter meramente declarativo de las sentencias condenatorias contra la Nación, podrían existir dificultades materiales poco menos que insalvables para el cobro oportuno de la indemnización si ésta fuera demasiado cuantiosa. Igual criterio sostiene REAL, ALBERTO RAMÓN, “Aspectos administrativos y contenciosos de la situación del Club de Golf,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII, n.ºs 3-4, Montevideo, 1967, pp. 705-11: “Por añadidura la suma a pagar, [...] llegaría a una cifra sideral, de cientos de millones, de ejecución imposible dada la inembargabilidad del patrimonio municipal y la estrechez de las finanzas públicas que no podrían absorber semejante impacto.” Frente a este tipo de realidad, el principio *fiscus semper solvens est* no es sino una vacía afirmación; ampliar *supra*, t. 2, cap. XIII, § 9.7., “El *solve et repete*.”

²⁴⁴ Es la calificación que formula GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, t. II, *op. cit.*, p. 2022.

²⁴⁵ La comparación es ingrata: sin normas que nos limiten, nuestra jurisprudencia ha sido regresiva, en tanto que la española progresiva. Han prendido bien las viejas raíces y tardan en recibirse los nuevos frutos.

²⁴⁶ Así reza el actual art. 129, inc. 1º: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.” Para su desarrollo y explicación nos remitimos a GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, t. II, *op. cit.*, p. 2019 y ss.

CAPÍTULO VI

ESTABILIDAD E IMPUGNABILIDAD

SUMARIO

| | |
|---|-------|
| I. <i>Estabilidad</i> | VI-1 |
| 1. La estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos | VI-1 |
| 2. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa | VI-3 |
| 3. Requisitos de la estabilidad | VI-4 |
| 4. Acto administrativo | VI-5 |
| 4.1. Unilateralidad..... | VI-5 |
| 4.2. Individualidad..... | VI-5 |
| 5. Que de él hayan nacido derechos subjetivos | VI-6 |
| 5.1. No hay estabilidad de los intereses | VI-6 |
| 5.2. No hay estabilidad de los deberes | VI-7 |
| 5.3. Funciona a favor, no en contra, del administrado..... | VI-7 |
| 5.4. Debe declarar un derecho | VI-8 |
| 5.5. El derecho puede ser civil o administrativo | VI-9 |
| 6. Que sea notificado al interesado | VI-9 |
| 7. El problema de la regularidad del acto..... | VI-10 |
| 7.1. El acto anulable tiene estabilidad | VI-11 |
| 7.2. La estabilidad del acto nulo..... | VI-11 |
| 7.2.1. Requisitos de la estabilidad del acto nulo..... | VI-12 |
| 7.2.1.1. “Prestaciones” o “derechos subjetivos” | VI-12 |
| 7.2.1.2. Acto “firme y consentido” | VI-12 |
| 7.2.2. La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable | VI-13 |
| 7.2.3. Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular | VI-14 |
| 7.3. La protección contra la revocación del acto estable | VI-15 |

Capítulo VI

ESTABILIDAD E IMPUGNABILIDAD

I. Estabilidad

1. La estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos

Mientras que algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su revocabilidad,¹ en el sentido de que la administración podría en todo momento y sin limitación dejarlo sin efecto, el derecho administrativo argentino ha evolucionado en sentido inverso,² a punto tal que en su estado actual consideramos que puede señalarse precisamente una característica inversa para el acto administrativo: Su estabilidad. En este sentido ha sostenido LINARES que “al contrario de lo que viene repitiendo la doctrina dominante como consecuencia del planteo fragmentario del problema, la regla es que el acto administrativo es en principio «irrevocable», máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos;”³ en criterio similar sostiene MARIENHOFF que “la «revocabilidad» del acto adminis-

¹ Tesauro, Alfonso, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, *Diritto amministrativo*, Turín, 1961, p. 142; BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1955, 5ª ed.; Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 99; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed.; 2ª ed., 1976, p. 273, aunque luego limita muy pronunciadamente esta característica, así su criterio es tanto o más amplio que el enunciado; FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 303. Ver COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, 2ª ed.; *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 132 y ss.; *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. IV, § 2 y ss., p. 99 y ss.; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 11, § 11.2 y ss., p. 190 y ss. Si bien el criterio de COMADIRA es más restrictivo que el nuestro en cuanto a la admisión de lo que él denomina anulación de oficio del acto administrativo, su análisis gira en torno a los mismos límites a tal facultad que analizamos.

² El derecho comparado ha formulado hace tiempo el principio de la irrevocabilidad, p. ej. BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *La irrevocabilidad de los actos administrativos*, Madrid, Moneda y Crédito, 1977, separata.

³ LINARES, JUAN FRANCISCO, “Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo,” en *Revista de Derecho Administrativo Municipal*, 211: 667, Buenos Aires, 1947; *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 296 a 303, pp. 343-51.

trativo no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir el «principio» en esta materia. La revocación del acto administrativo es una medida *excepcional*, verdaderamente «anormal».⁴ Va de suyo, en estas afirmaciones, que nos estamos refiriendo no a los actos llamados de gravamen (multas, sanciones, etc.) o que limitan derechos o los deniegan, sino a los actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades de los interesados.⁵

En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa. Ha recordado nuestro más alto tribunal en este sentido que: “el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inconvencionales” ya que “de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible.”⁶

La solución jurisprudencial, precedida mucho antes por el art. 5° del Código Contencioso Administrativo de 1906 de la Provincia de Buenos Aires,⁷ ha sido confirmada en los arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549/72 nacional y en el decreto 1510/97 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.⁸ Pero conviene no olvidar que su base es constitucional y proviene de la seguridad jurídica a favor de los derechos de los individuos frente al poder público. No es una creación sino un

⁴ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965; 2ª ed., 1977, p. 579 y ss. Cfr. REAL, ALBERTO RAMÓN, “Extinción del acto administrativo creador de derechos,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, XI-1/2: 71 y ss., Montevideo, 1960.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, t. I, Buenos Aires, Thomson/Civitas - La Ley, 2006, pp. 576-8.

⁶ *Carman de Cantón*, 1936, *Fallos*, 175: 368, cons. 3°. En sentido similar al texto LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 346-51.

⁷ CCAPBA, art. 5°: “Las autoridades administrativas no podrán revocar sus propias resoluciones, en asuntos que den lugar a la acción contencioso-administrativa, una vez que la resolución hubiese sido notificada a los particulares interesados. Si se dictase una resolución administrativa revocando otra consentida por el particular interesado, éste podrá promover el juicio contencioso-administrativo, al sólo efecto de que se restablezca el imperio de la resolución anulada. Exceptuase de esta disposición toda resolución que tenga por objeto rectificar errores de hecho o de cálculo, los que podrán ser corregidos administrativamente.”

⁸ Art. 17: “Revocación del acto nulo. El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad, salvo que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso ésta limitación será inaplicable.” Art. 18: “Revocación del acto regular. El acto administrativo regular del que hubieran nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio en el caso del acto anulable, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados. Dicha indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante.”

nuevo reconocimiento del legislador *de facto*, como en 1906 el legislador provincial. Conviene no olvidar el sustento constitucional cuando de interpretar la norma “legislativa” se trata.

2. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa

En el citado fallo⁹ la Corte Suprema habló de cosa juzgada administrativa; fallos posteriores y otros autores, hablan de irrevocabilidad, estabilidad, inamovilidad, inmutabilidad, etc. En realidad, las expresiones irrevocabilidad e inmutabilidad o similares no son del todo exactas, pues según veremos el acto *puede revocarse* en ciertos casos de excepción; la expresión cosa juzgada administrativa, si bien muy difundida, tampoco es la más acertada, porque encierra una confusión con la cosa juzgada *judicial*.

En efecto, la cosa juzgada judicial y la cosa juzgada administrativa no tienen en común, como a primera vista podría parecer, ser ambas cosa juzgada; por el contrario, cosa juzgada en sentido estricto es sólo la que se produce respecto de las sentencias judiciales.¹⁰ Una sentencia judicial que hace cosa juzgada no es ya impugnabile por recurso o acción alguna y no puede ser modificada por otro tribunal; la cosa juzgada administrativa, en cambio, implica tan sólo una limitación a que *la misma administración* revoque, modifique o sustituya el acto y no impide que el acto sea impugnado¹¹ y eventualmente anulado en la justicia. La impugnación puede provenir de terceros afectados por el acto o por la misma administración, iniciando ante la justicia el pedido de la nulidad de su propio acto: es la llamada, en el derecho comparado, acción de lesividad. (Pues se requiere una previa declaración administrativa en el sentido de que el acto que se habrá de impugnar judicialmente es lesivo al orden jurídico; esa declaración no se encuentra exigida por nuestro ordenamiento.)

Por lo demás, la administración puede siempre revocar o modificar el acto si con ello beneficia al interesado,¹² lo que no ocurre con la cosa juzgada judicial. La llamada cosa juzgada administrativa, pues, ni es definitiva como la judicial, ni es tampoco inamovible, inmutable o inextinguible. Por ello preferimos el empleo de la palabra estabilidad o en todo caso irrevocabilidad para referirnos a este principio jurisprudencial y legal.

⁹ Ver *supra*, nota 6.

¹⁰ Que son las únicas que hacen “cosa juzgada sustancial,” en palabras de la Corte: *Fallos*, 264: 314, *Cometarsa SAIC*, 1966.

¹¹ Dentro del término de prescripción, que es de dos años, por aplicación del art. 4030 del Código Civil, que la jurisprudencia ha hecho extensivo a estos casos: LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 30.

¹² Pues la estabilidad juega *a favor del individuo, no en contra*. CSJN, *Fallos*, 228: 186, *Redrado*, 1954; comparar DIEZ, *op. cit.*, t. II, pp. 332-3 y CSJN, *Fallos*, 245: 406, *García Urriburu*, 1959, en que parecería consagrarse la solución contraria. Sobre esto volveremos más adelante, § 5.3. “Funciona a favor, no en contra, del individuo,” p. VI-7.

Finalmente, conviene aclarar que la estabilidad del acto creador de derechos alcanza a toda la administración, en el doble sentido de que el acto administrativo de cualquier órgano o ente administrativo puede hacer cosa juzgada administrativa, sea un ente autárquico, empresa del Estado, etc. y de que en la medida en que se ha producido la estabilidad, el acto no puede ser revocado por el mismo órgano que lo dictó ni tampoco por un órgano administrativo superior.¹³

En otras palabras, la limitación a la facultad de revocar, modificar o sustituir alcanza no solamente al emisor del acto y a sus superiores jerárquicos, sino a toda la administración. Queda a salvo, por supuesto, el caso en que el superior revocara un acto ilegítimo dictado por un inferior, específicamente para *hacer lugar* a un recurso interpuesto por el mismo individuo a quien el acto afectaba, pues la estabilidad del acto administrativo es a favor del particular o interesado, no en contra suyo.¹⁴

3. *Requisitos de la estabilidad*

A partir del caso *Carman de Cantón* del año 1936, en que la Corte Suprema consagró por primera vez el principio que enunciamos, los autores están en general de acuerdo en cuanto a cuáles son los requisitos que esa jurisprudencia exigiría para que la estabilidad exista, aunque no en lo que se refiere a en qué consiste cada uno de ellos, o a su corrección. Dichos caracteres han sido algunos confirmados y otros derogados por el decreto-ley 19.549/72.¹⁵

De los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia anterior a 1972, entendemos que corresponde considerar vigentes a partir del decreto-ley 19.549/72 los siguientes: *a)* que se trate de un acto administrativo (unilateral e individual); *b)* que de él hayan nacido derechos subjetivos; *c)* que esté notificado al interesado, aunque desde luego en nuestra concepción de acto administrativo esto se encuentra implícito, ya que el acto no nace antes de ser dado a publicidad mediante notificación; *d)* que sea regular, aunque el acto nulo también tiene estabilidad conforme al decreto-ley; *e)* que no haya una ley que autorice la revocación.

Algunos autores también agregaban que debería tratarse de un acto de la administración activa; a su vez, la jurisprudencia anterior al decreto-ley exigía que el acto hubiera sido dictado en ejercicio de facultades regladas. Consideramos que ambos requisitos no existen en la actualidad.¹⁶

¹³ En este segundo sentido VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 199; LACHAUME, JEAN-FRANÇOIS, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, París, 1966, p. 72.

¹⁴ Ampliar, *infra*, § 11.1, "En sede administrativa."

¹⁵ Nos referimos al decreto-ley 19.549/72 según su reforma por el decreto-ley 21.686/77.

¹⁶ En este sentido CSJN, *Fallos*, 327: 5356, *Pradera del Sol*, 2004, con notas de MONTI, LAURA, "Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa «Pradera del Sol» y la potestad revocatoria de la Administración," *EDA*, 2005, p. 114; ANTONIETTA, MAXIMILIANO, "La estabilidad del acto y la seguridad jurídica," *LL*, 2006-A, 77.

4. Acto administrativo

4.1. Unilateralidad

Desde luego, los que adoptan la definición restringida de acto administrativo simplemente expresarán en este punto que debe tratarse de un acto administrativo en sentido estricto; quienes, en cambio, propician una definición amplia, habrán de aclarar que para que proceda la cosa juzgada administrativa ha de tratarse de un acto administrativo unilateral.

De acuerdo a este requisito se excluyen los contratos, en cuanto a su celebración, como acuerdo de voluntades; no en cambio en cuanto a su ejecución, en que pueden darse también actos unilaterales de la administración amparados por el mismo principio de la cosa juzgada administrativa. Ahora bien, esta exclusión no significa en modo alguno que el contrato en sí carezca de estabilidad,¹⁷ sino que ella se rige por los principios de la responsabilidad contractual y no por los de la “cosa juzgada administrativa.” Esta cuestión se encuentra llamada a tener gran controversia en materia de concesiones y licencias de servicios públicos, gran parte de las cuales han sido renegociadas al margen del ordenamiento jurídico, con lo cual cabrá contraponer el principio de la juridicidad y la estabilidad.

4.2. Individualidad

Ello significa que los reglamentos no están comprendidos dentro del sistema de normas y principios que constituyen la llamada cosa juzgada administrativa,¹⁸ pero, al igual que en el caso anterior, esto no lleva a la conclusión de que los reglamentos sean libremente revocables en forma arbitraria, ni que los derechos nacidos a su amparo queden carentes de toda protección jurídica. Así como un reglamento puede *lesionar* derechos subjetivos¹⁹ puede también dar lugar, *pari pasu*, al *nacimiento* de un derecho subjetivo; el que se trate de derecho objetivo no es por cierto óbice para que sea apto para crear derechos subjetivos. En nada difiere el reglamento, en ese aspecto, de una norma legal o constitucional, que a pesar de su carácter general también puede crear derechos subjetivos perfectos.²⁰ En este sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “la supresión o modificación de un *status* objetivo e impersonal no altera las situaciones jurídicas personales adquiridas en base al *status* anterior; ello por el principio de la irretroactividad de las normas.”²¹

¹⁷ LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 352; cfr. DIEZ, op. cit., pp. 328-9.

¹⁸ LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 352; MARIENHOFF, op. cit., p. 616; comp. DIEZ, op. cit., p. 328.

¹⁹ Ver también lo referente a la relación de los derechos subjetivos con los derechos de incidencia colectiva que contempla el art. 43 de la Constitución nacional, *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. II y ss.

²⁰ Ampliar *supra*, t. 2, op. cit., cap. II y ss.

²¹ *Dictámenes*, 60: 149; LINARES, *Fundamentos...*, op. loc. cit.; MONTI, LAURA, “Consideraciones sobre la retroactividad en el ámbito del derecho administrativo,” *ED*, 176: 739.

El mismo principio ha sido reconocido por la jurisprudencia, incluso la CSJN, con el alcance de que “Si bajo la vigencia de una ley —o para el caso, un reglamento— el particular ha cumplido todos los actos y condiciones substanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, cabe considerar que hay un derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coercitiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así, resultaría la inadmisibles consecuencia de que la titularidad de un derecho vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente a satisfacer ese derecho.”²²

Pero, en todo caso, no son los mismos los principios que rigen la estabilidad, en un caso, de los reglamentos y, en el otro, de los actos individuales.

5. *Que de él hayan nacido derechos subjetivos*

De este requisito se desprenden varias consecuencias:²³

5.1. *No hay estabilidad de los intereses*

Según la concepción tradicional, el acto que reconoce un interés legítimo o un interés simple no tiene estabilidad, aunque reúna todos los demás caracteres.²⁴

Esta solución tradicional pierde nitidez con la vigencia, desde 1994, de los derechos de incidencia colectiva superpuestos a los derechos subjetivos.²⁵ A nuestro juicio, tomando como precedente de tipo *dictum* al viejo fallo de la Corte en *Carman de Cantón*, corresponde extender la estabilidad a los actos que confieren derechos de incidencia colectiva, p. ej. referidos al medio ambiente, no discriminación, etc.; su extinción por eventual invalidez sólo puede disponerla la justicia. Desde luego y como allí explicamos, existe una fina y casi inexistente línea de distinción entre los diferentes supuestos, que la jurisprudencia irá delimitando en su caso. Pero no parece que pueda mantenerse inmutable el criterio de la inclusión única del derecho subjetivo después de la reforma constitucional de 1994.

²² Conf. CNFed. CA, Sala IV, *Rizzo, LL*, 1999-B, 532, cons. VII; CSJN, *Fallos*, 296: 723, *Alfredo de Martín*, año 1976; *LL*, 1997-B, 302, expte. S. 1492/95, Superintendencia; *Fallos*, 304: 871, *Quinteros*, año 1982. CCyT, CABA, Sala II, *Paz*, con nota de VIQUE, FRANCISCO JOSÉ, “Control de constitucionalidad: Poder judicial independiente,” *LL*, 2004-F, 441. Comp. TS, CABA, *Pérez*, 21-03-07, *LL, Sup. Penal y Procesal Penal*, 2007 (junio), 58-9, en que en las instancias previas y en el TS hubo muy diferentes opiniones sobre la aplicabilidad al acto del régimen local en materia de otorgamiento o denegación del permiso de conducir, vigente al momento de su dictado, luego modificado por otro más favorable al interesado, pero menos que las normas constitucionales también invocadas. Las exenciones impositivas, por su parte, se interpretan restrictivamente: CNFed. CA, Sala IV, *Su Supermercado S.A., LL*, 1998-E, 537.

²³ Ver también COMADIRA, *Derecho Administrativo...*, op. cit., cap. IV, § 3.2.3, pp. 106-7.

²⁴ Conf. FIORINI, op. cit., p. 386; LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 356; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 128.

²⁵ Como explicamos *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

5.2. No hay estabilidad de los deberes

En segundo lugar, el acto que crea o declara *deberes* o cargas u obligaciones de los individuos frente a la administración, tampoco se encuentra alcanzado en ese aspecto por el régimen de la estabilidad, pues ésta se refiere específicamente a los *derechos*.²⁶

5.3. Funciona a favor, no en contra, del individuo

En tercer lugar y según ya lo dijimos, funciona a favor del individuo, en la parte en que se le reconoce o crea un derecho, pero no en su contra, en cuanto por error se le haya reconocido un derecho menor que el que debía corresponderle.²⁷ En tal aspecto el acto puede y debe modificarse para reconocerle al interesado toda la plenitud de derechos que le sea debida.²⁸ En efecto, lo que esta construcción quiere lograr es la estabilidad de los *derechos* adquiridos a raíz de un acto administrativo²⁹ y si ha dicho también la Corte Suprema que no es pertinente la invocación de la cosa juzgada para no rever una decisión administrativa que impone *sanciones* a un particular,³⁰ es entonces lógico concluir en que la estabilidad del acto existe sólo en la medida en que otorga un derecho, no en la medida que lo niega.

Si un mismo acto por un art. me reconoce un derecho y por un art. distinto me impone una sanción o me crea un deber, es claro que en el segundo aspecto no puede tener estabilidad, aunque sí en el primero. Si un mismo acto hace lugar a un reclamo mío en un art. y me rechaza otro reclamo en otro art., la solución es la misma; en el segundo aspecto no hay estabilidad, sí la hay en el primero. En consecuencia, la situación no varía si teniendo yo que recibir un cierto derecho, se me reconoce uno menor; es claro que en tales casos la estabilidad del acto no puede impedir que efectivamente me reconozcan el derecho mayor que me pertenece.

²⁶ CSJN, *Fallos*, 264: 314, *Cometarsa SAIC*, 1966; comp. DIEZ, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 331.

²⁷ En definitiva ocurre con este derecho lo mismo que con todos los derechos humanos: Se dan *contra*, no *para* el Estado, como lo resolvió la CSJN, en *Fallos*, 310: 1589, *Arce*, 1987; *LL*, 1997-F, 696, con nota "Los derechos humanos no son para sino contra el Estado," reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, pp. 165-71.

²⁸ Conf. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 577; LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 355. Ver también VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., pp. 402-3. En igual sentido en el derecho español, aunque la solución ha sido criticada por BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 7ª ed., p. 454.

²⁹ "En la llamada "cosa juzgada administrativa," como ha sido elaborada por la jurisprudencia —*Fallos*, 258: 299, cons. 6º y sus citas—, ha de verse una forma de tutela contra la alteración arbitraria por la administración y en perjuicio del titular del derecho reconocido, del ya acordado de manera regular" ha dicho la CSJN en *Fallos*, 264: 314 y 316, *Cometarsa*, 1966. La bastardilla es nuestra. El fallo citado de 258: 299 es *María Guerrero de García e hijos SRL*, año 1964.

³⁰ CSJN, *Fallos*, 264: 314 y 315, *Cometarsa SAIC*, 1966; *supra*, nota 27.

Sostener lo contrario, p. ej. que la cosa juzgada administrativa juega tanto “a favor como en contra” del particular y de la administración, implica desconocer la finalidad de la citada construcción, como un medio de asegurar *los derechos* (no los deberes, ni las sanciones, ni las denegaciones de derechos) adquiridos a raíz de resoluciones administrativas.

En este punto la jurisprudencia anterior al decreto-ley 19.549/72 ya sentó en el caso *Redrado*, 1954,³¹ que un acto estable puede modificarse en beneficio del interesado y si bien aparentemente siguió el principio contrario en otros casos, tales como *García Uriburu*, 1959,³² entendemos que ha restablecido la correcta interpretación del principio en el fallo *Cometarsa SAIC*, 1966,³³ la que entendemos corresponde también a la norma vigente. Los pronunciamientos de la actual CSJN, no obstante algunas dificultades que enfrentan,³⁴ permiten ser optimistas en cuanto al mantenimiento de la regla que la estabilidad es a favor y no en contra del particular a quien se otorgan derechos.

También en este sentido tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que la estabilidad del acto “se da en beneficio de los administrados y no de la administración.”³⁵

5.4. Debe declarar un derecho

Este requisito se desprende de la redacción del primer fallo, en cuanto expresa que el acto debe declarar un derecho, no necesariamente reconocer un derecho preexistente.

En este punto la Corte siguió a SARRÍA, quien expresara que el acto es irrevocable “cuando declara un derecho subjetivo;”³⁶ de esta expresión se sigue a nuestro modo de ver³⁷ que aunque resultara que el individuo no tiene en verdad derecho a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable, sino que debe pedirse judicialmente su anulación; como se advierte, el valor

³¹ *Fallos*, 228: 186, *Redrado*, 1954; CNCiv., Sala E, *Fernández Moores*, 1965, *LL*, 121: 119, 120.

³² *Fallos*, 245: 406, 414, *García Uriburu*, 1959; aunque se dijo que “el valor de la cosa juzgada afecta en pro y en contra a los administrados y al propio Poder actuante,” había otras razones: el interesado había ocultado expresamente la situación en cuya base pretendía luego la modificación del acto y por lo demás tampoco le correspondía de cualquier manera. Como se advierte, la estabilidad del acto no jugó sino un papel muy secundario en la decisión de la Corte y si hubiera existido realmente un acto inmutable, no habría existido necesidad alguna de pronunciarse sobre el fondo, como el fallo lo hace...

³³ Ver *supra*, notas 27 y 30; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 355-6.

³⁴ El contexto lo vimos en verdad adverso en nuestro art. “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?”, *LL*, 2005-A, pp. 905-921, reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

³⁵ *Dictámenes*, 101: 117; 103: 230; pero en esto no es muy uniforme.

³⁶ SARRÍA, FELIX, *Estudios de derecho administrativo*, Córdoba, 1934, pp. 73-6. En su *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 146, habla del “acto creador de derechos subjetivos.”

³⁷ Comp. en cambio SARRÍA, *op. ult. cit.*, pp. 146-7.

fundamental que tiene en cuenta este principio es el de la seguridad jurídica, para que la administración no pueda por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos bien o mal al amparo de actos anteriores. Ello lo confirma el art. 18 del decreto-ley, pues exige como condición de la estabilidad que del acto “hubieren nacido,” aunque fuere por primera vez, derechos para el individuo.

5.5. *El derecho puede ser civil o administrativo*

La jurisprudencia no hizo distinción en cuanto a la naturaleza del derecho al cual se reconoce estabilidad; tampoco el art. 18 del decreto-ley: tanto si el derecho subjetivo nacido al amparo del acto es de índole civil como administrativa, existe estabilidad.³⁸ Tampoco importa que el derecho haya nacido de disposiciones legislativas o administrativas, pues una vez reconocido por el acto la situación es la misma.³⁹ En este punto cabe efectuar el mismo análisis que la doctrina realizaba al criticar la distinción en este problema entre actos nacidos de facultades regladas o discrecionales, de acuerdo al cual una vez que el acto ha sido dictado, en nada influye sobre la estabilidad del derecho emergente, que previamente existieran facultades regladas o no. Ninguna influencia tiene sobre la estabilidad que el derecho resulte de tratados internacionales, la Constitución, la ley, disposiciones administrativas, reglamentarias, contractuales, etc.

6. *Que sea notificado al interesado*

Este requisito en el pasado fue formulado en términos y alcances distintos: Acto firme, acto definitivo,⁴⁰ acto ejecutorio, firme y consentido, etc. El estado de la cuestión hasta el dictado del decreto-ley era a nuestro juicio que el requisito de aplicabilidad de la jurisprudencia sobre la cosa juzgada administrativa no era en este aspecto sino uno: que el acto hubiera sido notificado al interesado.⁴¹ La solución por nosotros propugnada fue aceptada por el texto del decreto-ley, eliminándose así las dudas antiguas acerca de si el acto debía causar estado y qué significado correspondía atribuirle a esta expresión. No puede exigirse como condición de la estabilidad, en consecuencia, que el acto haya sido ejecutado,⁴² ni que esté firme en el sentido de haber transcurrido los términos para impugnar-

³⁸ En este sentido nuestro *Proyecto de Código Administrativo*, 1964, *op. cit.*, art. 203, en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 1966, 2ª ed., *op. cit.*, p. 251: “el acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo de índole civil o administrativa, no puede ser revocado por la administración una vez que ha sido notificado al interesado.”

³⁹ En contra FIORINI, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁰ Ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 23-4; *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 356-7.

⁴¹ Por ello expresó MARIENHOFF que “la idea de acto administrativo que «causa estado» vincúlase a la idea de acto «perfecto», en el sentido técnico de esta expresión. De ahí que el acto administrativo que no haya alcanzado la plenitud de su formación, no es «irrevocable» —sino, por el contrario, «revocable»—, pues aún no es técnicamente un acto administrativo: no tiene «estado» de tal,” *op. cit.*, p. 621. Ver la crítica de FIORINI, *op. cit.*, pp. 312-3, que compartimos.

⁴² MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 620.

lo,⁴³ ni menos aún que sea un acto definitivo de la administración, emanado del P.E., pues el acto de cualquier funcionario inferior, que haya tenido competencia para dictarlo, también encuadra en la regla de la estabilidad;⁴⁴ tampoco puede exigirse que haya sido consentido.⁴⁵ En efecto, nada de eso exige el art. 18 para el acto regular.⁴⁶

7. *El problema de la regularidad del acto*

Había un viejo requisito jurisprudencial en el sentido de que la estabilidad requería que el acto fuera regular, es decir, que fuera válido o anulable, no nulo o inexistente. Esa exigencia ha perdido sentido práctico en el actual sistema del decreto-ley y sus modificaciones. Como veremos tanto el acto nulo como el anulable y por supuesto el válido, tienen estabilidad en tanto otorguen derechos. Esta simple enunciación, con todo, debe ser matizada con la alambicada redacción de los arts. 17 y 18.

En el caso *Carman de Cantón* la Corte cita a SARRÍA, del cual tomó el concepto de que el acto debía ser regular⁴⁷ en el sentido de “que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)” y si bien aquel autor posteriormente expresó en el punto que el acto es regular “si no está viciado en modo alguno,”⁴⁸ no es ése el sentido que la expresión tiene en la jurisprudencia anterior al decreto-ley.⁴⁹

Por el contrario, tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la propia administración admiten que también son regulares y tienen estabilidad p. ej. los actos que contienen errores de hecho, o que incurren en error leve de derecho. Actualmente el art. 18 del decreto-ley recoge expresamente la tesis de la irrevocabilidad del acto regular, pero como según el art. 17 también el acto nulo es irrevocable cuando otorga derechos, en definitiva no hay distinción. Por cierto es un tema en debate.

El fundamento de reconocer estabilidad también a algunos actos viciados es claro: “Cuando el acto tiene *color legal*, aunque después su análisis demuestre violación de la ley, él engendra derechos *aparentes*, que si bien no tienen el vigor necesario para resistir su futura anulación, aparejan sin embargo el derecho a

⁴³ LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 357. En igual sentido expresaba BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional,” *JA*, 1960-II, 627, 631: “Los plazos para interponer recursos que la ley concede al particular no rigen a favor del poder administrador para permitirle revocar. De modo que el acto que confiere derechos puede revocarse hasta el instante de la notificación, pero no después.”

⁴⁴ LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁵ Cfr. FIORINI, *op. cit.*, p. 385, cuya opinión, anterior al decreto-ley, no fue recogida por éste.

⁴⁶ En cuanto al acto nulo, ver *infra*, § 7.2.1.1, “«Prestaciones» o «derechos subjetivos».”

⁴⁷ No lo exigía, en cambio, el viejo Código VARELA de la Provincia de Buenos Aires: *supra*, nota 7.

⁴⁸ SARRÍA, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁴⁹ CSJN, *Fallos*, 258: 299, 301, *Guerrero de García*, 1964, “la estabilidad de los actos administrativos rige respecto de las decisiones dictadas en materia reglada y de manera regular, requisito este último que requiere el cumplimiento de los recaudos externos de validez —forma y competencia— y además la ausencia de error grave de derecho.”

que su juzgamiento se realice con todas las garantías reales y previas todas las pruebas necesarias. Hay principios constitucionales que abonan tal solución.”⁵⁰ Dicho en otras palabras, es el principio del debido proceso legal y la garantía de acceso a la justicia que impiden a la administración revocar por sí y ante sí estos actos: Para privarlos de efectos, debe recurrir a la llamada acción de lesividad; no siempre lo hace.⁵¹

7.1. *El acto anulable tiene estabilidad*

Con criterio general, puede señalarse que los actos administrativos anulables, o “relativamente nulos,” que padecen por lo tanto de un vicio no demasiado grave, no son revocables y están alcanzados por el principio de la estabilidad que consagra el art. 18 del decreto-ley, de conformidad a la jurisprudencia y doctrina anterior.⁵² El art. 18 habla de acto regular, oponiéndolo al acto irregular, del cual trata el art. 17, aclarando que allí se refiere al acto *nulo*. En la terminología del decreto-ley 19.549/72, que sigue en este aspecto al Proyecto de 1964 y al Proyecto de LINARES y nuestro, el acto regular es entonces a los efectos de la estabilidad tanto el acto válido como el *anulable*.

7.2. *La estabilidad del acto nulo*

Hasta el dictado del decreto-ley, la regla era que el acto nulo no tenía estabilidad. Dicha solución había sido criticada por DIEZ,⁵³ quien sostuvo que “si el poder judicial no puede invalidar de oficio un acto que tiene una invalidez absoluta y manifiesta, no se comprende por qué razón pudiera hacerlo el poder administrativo.”⁵⁴ Nosotros habíamos señalado la inconsecuencia de otorgar presunción de legitimidad al acto nulo, como hacía en aquel entonces la jurisprudencia y en cambio negarle estabilidad.⁵⁵ Dijimos también que parecía “preferible negarle presunción de legitimidad al acto nulo, pero reconocerle de todos modos estabilidad, que es la solución más congruente con el sistema político consagrado por la Constitución.”⁵⁶

⁵⁰ PTN, *Dictámenes*, 42: 179; LINARES, *op. cit.*, p. 28, trae a su vez varios precedentes jurisprudenciales en igual sentido.

⁵¹ Como lo explica VEGA, SUSANA ELENA, en “La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad,” *LL, Sup. Adm.* marzo 2007, p. 20; ver también BIANCHI, “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?” *ED*, 132: 808.

⁵² Ver LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 29, MARIENHOFF, *Tratado...*, *op. cit.*, t. II, p. 622; nuestro *Proyecto de Código Administrativo* de 1964, arts. 146 y 149.

⁵³ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., p. 330.

⁵⁴ En igual sentido BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *El derecho constitucional del poder*, t. II, Buenos Aires, 1967, p. 188. En el mismo sentido parecería pronunciarse MARIENHOFF en su trabajo “Extinción del acto administrativo creador de derechos,” *op. cit.*, p. 16, cuando expresa: “sólo las vías de hecho, las groseras violaciones de la ley, escapan a tal afirmación.”

⁵⁵ *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., p. 130.

⁵⁶ *Op. loc. cit.*

Pues bien, el decreto-ley establece ahora que el acto nulo —entiéndase, de gravamen— no tiene estabilidad y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa; esta parecería ser la regla general del acto de gravamen, pero si el acto es favorable o ampliatorio de derechos, entonces solamente puede ser declarada su nulidad, si existe, en sede judicial. Esta norma resulta de una latitud tan general que lo que parece planteado como excepción termina siendo, en definitiva, la regla. Desde este punto de vista las aparentes excepciones no son sino las condiciones de la estabilidad del acto nulo.

7.2.1. *Requisitos de la estabilidad del acto nulo*

El art. 17 del decreto-ley 19.549/72 decía que “No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad.” En 1977 se modifica la primera parte: “No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.” Esto plantea dos problemas que analizaremos a continuación.

7.2.1.1. *“Prestaciones” o “derechos subjetivos”*

La redacción de 1972 era equívoca al hablar de prestaciones en vías de cumplimiento y en este sentido es más amplia la reforma de 1977, que protege al acto nulo de su revocación en sede administrativa siempre que el acto hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sin importar si tales derechos subjetivos se concretan en prestaciones o no y aclarando que ha de tratarse de derechos que se estén cumpliendo y no que estén en vías de cumplimiento. En consecuencia, cualquier clase de derecho subjetivo nacido al amparo de un acto nulo queda amparado también por la regla de la estabilidad. La única condición que la norma pone es que el derecho se esté cumpliendo, o dicho en otras palabras, que *el acto haya sido ejecutado, o haya comenzado a ejecutarse* y falten efectos aún pendientes de ejecución, al momento de plantearse su posible revocación.⁵⁷

7.2.1.2. *Acto “firme y consentido”*

Menos afortunada es la reforma al art. 17 al incorporar el requisito de que el acto, para ser irrevocable, debe estar firme y consentido.⁵⁸ Ya hemos dicho en el § 6 que las viejas exigencias de fallos y autores (acto firme, acto definitivo, acto firme y definitivo) no eran sino fuente de confusiones y que debían ser resumidas en el único requisito de que el acto esté notificado, sin que importara si el particular lo había impugnado o no, o había o no transcurrido el plazo de la impugnación.

⁵⁷ CNFed CA, Sala II, *Gordillo*, 14-III-06, con nota de VEGA, “La desprotección...” *op. loc. cit.* En contra CRESPO, FERNANDA, “La anulación de los actos administrativos irregulares ¿Resabios de la confusión entre derechos adquiridos y derechos ejercidos?” en prensa.

⁵⁸ Lo segundo venía exigido por el Código VARELA: *supra*, nota 7.

La reforma es asistemática, ya que si no se exige para la estabilidad de los actos regulares según el art. 18 que el acto esté firme y consentido, no tiene coherencia introducir ese recaudo para la estabilidad de los actos irregulares según el art. 17. Interpretarlo literalmente es pretender forzar al particular a no discutir un acto que le confiere un derecho, bajo la posible amenaza de que el acto, al no estar firme y consentido, pudiera no tener estabilidad si algún futuro funcionario decide considerarlo nulo. Por ello entendemos que cabe aplicar la regla que no admite la *reformatio in pejus*. Aún impugnado el acto por el particular y por lo tanto no firme y consentido en su totalidad, cabe entender que *en la parte en que el particular ha aceptado o consentido lo resuelto en él*, se aplica la regla de la irrevocabilidad aún si el acto es nulo y que puede proseguirse la discusión administrativa del acto sobre la parte de él en que el particular exprese disconformidad. Al propio interés público le sirve mejor la discusión administrativa de un acto posiblemente nulo, para llegar si es del caso a su anulación judicial, que el silencio forzado por un consentimiento que el particular hubiere de dar para no remover la cuestión. Por todo ello entendemos que a pesar de lo reformado por el decreto-ley 21.686/77, no cabe exigir como recaudo de la irrevocabilidad del acto nulo que el acto esté firme y consentido en su totalidad, bastando que esté notificado al interesado.⁵⁹

7.2.2. *La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable*

La intención de la norma de prohibir la revocación en sede administrativa del acto, es garantizar el ejercicio normal de los derechos que de él nacen hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario. No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco *suspenderlo*,⁶⁰ pues esto último

⁵⁹ Es aplicable la doctrina que mencionamos *supra*, § 6, “Que sea notificado al interesado.” Esto no es una forma de reconducir otras expresiones antiguas hoy no vigentes, como allí explicamos, ya que no seguimos la distinción que otros autores hacen entre acto administrativo válido y eficaz.

⁶⁰ CNFed. CA, Sala I, *Vizcarra, LL*, 1995-E, 486, con nota coincidente de REJTMAN FARAH, MARIO, “Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita. (Una sentencia saludable.)” MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 797 y ss; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 377-8; *Régimen...*, *op. cit.*, p. 140; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 179; POZO GOWLAND, HÉCTOR M., “La suspensión de los efectos de los actos administrativos,” *LL*, 1993-B, 425; MARCER, ERNESTO A., “La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al art. 17 de la ley 19.549,” *LL*, 1981-C, 305; MURATORIO, JORGE I., “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas),” *LL*, 1995-D, 1205, 1213; MARTÍNEZ, HERNÁN J., “La tutela cautelar administrativa. Suspensión del acto administrativo,” *RDA*, 2: 341; GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 355. En contra COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo*, *op. cit.*, p. 184 y ss.; CANDA, FABIÁN OMAR, “La suspensión del acto administrativo estable,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 106 y ss.

implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar, que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior. Ello es eminentemente peligroso en un país como el nuestro en que cada administración demoniza a la anterior, y utiliza una inexistente potestad revocatoria para castigar al antes beneficiado y hacer público escarnio con ello, sin acudir a la justicia. La administración debe pedir la anulación en sede judicial, si considera que el acto es inválido, y nada le impide pedir *judicialmente*, como medida cautelar, la suspensión del acto.⁶¹ No se trata de que la administración quede inerte frente a eventuales actos nulos de sus predecesores, sino que se presente como corresponde ante la justicia para pedir la cesación o suspensión de sus efectos.

Esta *prohibición* de suspender el acto *estable favorable*—que confiere derechos a los particulares— debe ser distinguida de la *obligación* de suspender el acto *de gravamen*—el que impone deberes o sanciones, p. ej. una multa— cuando se invocare fundadamente una nulidad absoluta. No hay solamente *una* categoría “suspensión del acto administrativo,” sino *dos* supuestos bien diferenciados:

a) Suspensión del acto que confiere *derechos*, que está *prohibida* por el art. 17 y

b) suspensión del acto que impone *cargas* o *deberes* al individuo, que constituye entonces un *deber* de la administración cuando existe nulidad absoluta.⁶²

En virtud de lo expuesto, los efectos favorables o prestaciones originadas por el acto que hayan tenido comienzo de ejecución, no pueden ser interrumpidos por la administración, sea por revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto.

7.2.3. Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular

No se trata de que la mera objeción del particular paralice el acto, ni tampoco que el mero arbitrio del funcionario habilite su ejecución. Es necesaria la alegación razonablemente fundada de una nulidad absoluta, lo cual equivale en su caso a la razonablemente fundada resistencia⁶³ del particular a cumplir el acto nulo. Si el particular se equivoca en desobedecer un acto que creía nulo pero no lo era, será sancionado al determinarse que el acto era válido o anulable; si el funcionario se equivoca al no suspender el acto que el particular le demostró que era nulo pero él no le creyó, será sancionado por ejecutar indebidamente un acto nulo. Son las consecuencias del ejercicio del libre albedrío, de la libertad de elección que importa también la posibilidad de elegir equivocadamente el error y en consecuencia pagar por dicho error.

⁶¹ HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. loc. cit.*

⁶² La cuestión es debatida: comp. COMADIRA, *op. cit.*, p. 184, nota 245.

⁶³ Proporcionada, con adecuación de medio a fin, etc. Es un criterio análogo al de la legítima defensa —y el exceso en la legítima defensa— en el derecho penal.

7.3. La protección contra la revocación del acto estable

Si la administración revoca un acto que conferiría un derecho a un particular, el acto de revocación a su vez podrá ser válido según que el primer acto fuera nulo o anulable, respectivamente y en el primer caso según que el acto haya o no otorgado prestaciones que estén siendo ejecutadas o hayan sido ejecutadas. Ahora bien, como determinar esto último puede ser una cuestión opinable o discutible en un caso concreto,⁶⁴ puede llegar a aducirse que el acto de revocación no resulta en un caso particular gravemente arbitrario al pronunciarse en un sentido determinado. En otras palabras, podría sostenerse, en esta línea de pensamiento, que la administración puede sin cometer grave arbitrariedad revocar un acto *anulable* por considerarlo *nulo*; y si el acto de revocación no tiene *grave arbitrariedad* (aunque tenga error de apreciación del grado de invalidez del acto anterior), tendría entonces a su vez *presunción de legitimidad*.

El argumento, a más de alambicado, puede destruir toda la esencia de la estabilidad y es obvio que con ello se produce un círculo vicioso en desmedro de los derechos del individuo; tal es lo que ha ocurrido en el caso *Cáceres Cowan* (1961), en el cual la Corte Suprema sostuvo que la revocación por la administración de un acto que reconocía un determinado derecho, no constituía, a su juicio, en la situación allí debatida, “un caso de ilegalidad manifiesta que autorice la revisión del pronunciamiento por vía del recurso de amparo.”⁶⁵

De allí se desprendería que en los casos en que la administración revocara un acto estable, salvo casos de manifiesta arbitrariedad, la vía adecuada para restablecer el derecho lesionado, según la Corte,⁶⁶ no sería del amparo; y que el planteo adecuado no sería tampoco el de la violación de la estabilidad, aunque de hecho dicha violación exista, sino más bien el de la procedencia del derecho de fondo. O sea, se trataría de reclamar por la vía ordinaria el derecho de fondo, no tanto porque ya fue otorgado por la administración en un acto ahora revocado, sino porque de todos modos se tiene derecho a él, lo haya o no reconocido la administración antes o ahora. Desde luego, tal planteo implicaría reducir mucho el valor y la significación de la estabilidad pero es la conclusión a que llevaría ese fallo si se lo interpreta con el rigorismo de su texto. Estos son precedentes lejanos del creciente deterioro del derecho público argentino.

De nada servirá la estabilidad si el tribunal que juzga la validez del acto revocatorio se apoya simplemente en su presunción de legitimidad, sin valorar acabada y adecuadamente la validez intrínseca del primer acto. Si la administración revoca un acto por considerarlo nulo, lo primero que el tribunal debe inexcusablemente hacer es analizar si el acto *revocado* era efectivamente nulo o

⁶⁴ La cuestión como se ve es contingente, «depende de las particularidades del caso concreto que se considere»; SC de Mendoza, JA, 1968-I, pp. 765 y ss., 771-2, *Buschman Garat*, 1967.

⁶⁵ CSJN, Fallos, 250: 491, 501, *Cáceres Cowan*, año 1961.

⁶⁶ Se admitió, en cambio, la procedencia del amparo contra un acto que deja sin efecto otro acto dotado de estabilidad: CNCiv., Sala E, LL, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

en cambio anulable,⁶⁷ sin estar influido para ese análisis por ninguna supuesta presunción de legitimidad del segundo acto, el de revocación.

En este sentido destacamos un fallo de la Suprema Corte de Mendoza, en un caso de revocación en el que se aducía por el accionante que se había lesionado la estabilidad del acto revocado, en el que el tribunal analizó detallada y exhaustivamente la validez o nulidad del *acto cuya estabilidad se pretendía violada*, llegando correctamente a la conclusión de que el acto era nulo y pudo en consecuencia ser válidamente revocado por la administración, sin fundarse en cambio el tribunal en el erróneo argumento de que el segundo acto —el revocatorio— tuviera presunción de legitimidad.⁶⁸

También encontramos un correcto razonamiento en el caso *Pustelnik*, fallado por la Corte Suprema nacional en 1975,⁶⁹ aunque es de advertir que la vía elegida por el accionante no fue la acción de amparo. De cualquier manera, si el acto que revoca un acto estable es considerado inválido y el tribunal o la misma administración deciden extinguirlo, no es de aplicación la regla de que la abrogación de un acto abrogatorio no hace renacer la primera norma, sino que por el contrario la extinción del acto que ilegítimamente pretendía revocar el acto estable, tiene por efecto específico hacer renacer el primer acto; en otras palabras, el acto revocatorio de un acto estable es nulo y por ello su extinción es retroactiva.

8. *Que se trate de un acto de la administración activa*

La Corte Suprema, al fundar en 1936 el principio de la estabilidad del acto administrativo, hizo una evidente trasposición de criterios emanados de un sistema de control jurisdiccional, como lo prueba la redacción del fallo y el nombre elegido, *cosa juzgada administrativa*; de allí que haya también dicho que en estos casos es necesario que el acto haya sido dictado “actuando la administración como Juez.”

Sin embargo, ello es un obvio error de lenguaje producto de una época en que todavía la influencia de la antigua doctrina francesa tenía alguna llegada a nuestro país por la vía del derecho español preconstitucional, pues en nuestro sistema la administración no puede actuar como juez. Esto lleva a algunos autores a expresar que el requisito es que el acto provenga de la administración activa,⁷⁰ agregando otros que no ha de tratarse del ejercicio de actividad “jurisdiccional” de la administración, pues en tales casos habría cosa juzgada judicial.⁷¹ Pero lo que a ese respecto se diga depende del criterio que se adopte en materia de

⁶⁷ O si, aún siendo nulo, le alcanzaba la excepción de la segunda parte del art. 17.

⁶⁸ SC de Mendoza, LL, 129: 1069, *Buschman Garat*, 1967 y JA, 1968-I: 765; en igual sentido, CNCiv., Sala E, LL, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

⁶⁹ *Fallos*, 293: 133; *supra*, cap. V, § 3.1, § 3.2 y § 5.3; *infra*, cap. XI, nota 4 y § 8.2, § 9.1.4, § 10, § 11.1.5, § 13, § 13.1.2, § 13.2.1 y § 16.

⁷⁰ LINARES, *Fundamentos...*, p. 353.

⁷¹ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 617.

existencia o inexistencia de facultades jurisdiccionales de la administración. Ya hemos expresado que la administración no ejerce, en nuestro sistema constitucional, tal tipo de facultades.⁷² Por lo tanto, entendemos que ningún acto de la administración hace o puede hacer *cosa juzgada* en sentido estricto o sustancial y que todos sus actos, incluso los dictados por órganos seudojurisdiccionales pueden tener la estabilidad propia de los actos administrativos siempre que cumplan con los demás requisitos enunciados. No consideramos necesario, entonces, agregar el requisito de que el acto debe provenir de la administración activa; por lo demás, el decreto-ley no ha establecido esta exigencia.

9. *Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales*

La vieja jurisprudencia de la Corte exigía que el acto fuera dictado en ejercicio de facultades regladas para tener estabilidad. El actual decreto-ley no lo exige, recogiendo así la doctrina dominante en el país.⁷³

Al respecto cabe recordar aquí que la actividad administrativa es discrecional cuando la oportunidad de la medida a tomarse está librada a la apreciación del administrador; es reglada cuando hay una norma jurídica que se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público. En tales casos el administrador no tiene elección posible; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.⁷⁴

Este viejo requisito ya había perdido gran parte de su importancia antes del decreto-ley. En primer lugar y como lo señaló JUAN FRANCISCO LINARES⁷⁵ “La afirmación de la Corte de que los actos discrecionales hacen cosa juzgada (se refiere desde luego a la cosa juzgada administrativa) [...] no condice con la propia jurisprudencia de la Corte si ella es examinada con enfoque sistemático,” es decir, que hay fallos que también han admitido, pero sin decirlo, que hubiera irrevocabilidad aunque se hubieran ejercido atribuciones discrecionales. En igual sentido dijo SARRÍA, siguiendo a FERNÁNDEZ DE VELAZCO, que “Dictado un acto declaratorio discrecional, éste ya no es revocable porque al crearse el derecho, aquella facultad (la discrecional) modifica su naturaleza y el acto revocatorio no sería ya discrecional.”⁷⁶ También MARIENHOFF señaló que “los derechos subjetivos nacidos de actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad reglada o de la actividad discrecional de la Administración, tienen idéntica sustancia. Si

⁷² Ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” a § 21, “Resumen de las funciones del Estado.”

⁷³ LINARES, *Cosa...*, *op. cit.*, pp. 116-7. En el derecho comparado, p. ej. FERNÁNDEZ DE VELAZCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, p. 263: “El principio de irrevocabilidad alcanza de igual suerte a los actos reglados que a los actos discrecionales.”

⁷⁴ DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDAMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. I, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., p. 216 y ss.; ampliar *supra*, t. 1, cap. X, § 10, “Introducción,” a § 12, “Aspectos que comprende la regulación.”

⁷⁵ LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 150; *Fundamentos...* *op. cit.*, pp. 357-9.

⁷⁶ SARRÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba 1950, p. 150.

el derecho nacido de un acto administrativo emitido por la Administración en ejercicio de facultades regladas es irrevocable por la propia Administración, igual prerrogativa debe acompañar al derecho subjetivo nacido de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades discrecionales. No hay razón alguna que justifique lo contrario.”⁷⁷ En igual sentido expresaba DIEZ que “Poco importa que el acto haya nacido de la actividad reglada o de la discrecional de la administración [...] el derecho subjetivo habrá surgido, sea que la administración actuara en ejercicio de sus facultades regladas o discrecionales.”⁷⁸ La doctrina era uniforme y el decreto-ley no recogió entonces la tradicional exigencia jurisprudencial en este punto. Aunque el acto emane del ejercicio de facultades principalmente discrecionales, pues, de todos modos lo ampara el principio de estabilidad.

10. *Excepciones a la estabilidad*

10.1. *Las excepciones normativas*

El art. 18 establece excepciones a la regla de la estabilidad, que si bien trata dentro de la estabilidad del acto regular, se aplican con mayor razón al acto nulo cuando éste tiene estabilidad (art. 17, 2ª parte). Las excepciones no existían todas en la jurisprudencia, pero tenían precedentes en nuestro Proyecto de 1964⁷⁹ y en el de LINARES y nuestro. Pero la norma va demasiado lejos.

10.1.1. *Connivencia dolosa*

La primera excepción que trae el art. 18 al principio de la estabilidad se da cuando el interesado “hubiere tenido conocimiento” del vicio del acto. Se trata, desde luego, del caso en que el vicio haya afectado la validez del acto, transformándolo en anulable o nulo. Si el vicio es intrascendente y no afecta la validez del acto, entonces la excepción comentada no es de aplicación. Ahora bien, aunque el art. habla de que el interesado haya tenido conocimiento del vicio, pensamos que no puede interpretárselo literalmente, muchas veces el particular tiene conocimiento del vicio del acto, pero no tiene responsabilidad directa o indirecta por su comisión. Entran en esta categoría todas las situaciones en las cuales el funcionario actuante es un funcionario de facto, con un nombramiento irregular o inválido, pero que ejerce pacíficamente la función. En estos casos, la doctrina ya tradicional del gobierno de facto convalida el ejercicio de la función, en lo que a los particulares respecta.⁸⁰ La jurisprudencia en este sentido es firme. Nació a raíz de impuestos pagados a gobiernos irregulares que ejercieron efectivamente el poder. La Corte dijo que el gobierno constitucional no podría pretender cobrar

⁷⁷ MARIENHOFF, *Tratado de derecho Administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 101, nota 144 y p. 680.

⁷⁸ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 328.

⁷⁹ Arts. 203, 215 y concordantes.

⁸⁰ Ver, con todo, DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza)”, en *Res Publica Argentina*, RPA 2007-1: 93-119.

nuevamente el impuesto, una vez restablecido en el poder.⁸¹ Igual solución debe aplicarse en este caso, a pesar de la imprecisa redacción de la norma. Debe entenderse, pues, que no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio del acto para que éste carezca de estabilidad; se requiere específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación a la emisión del acto de cuya revocación se trata. En definitiva, debe existir colusión, corrupción, connivencia dolosa, en vez de mero conocimiento.⁸²

Cabe destacar el vuelco que tuvo la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, que ella misma explica en los siguientes términos:

“Si bien esta Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo en Dictámenes 234: 588 que la mala fe se presume, al entender que los beneficiarios de un acto administrativo viciado de nulidad al momento de dictarse la medida en análisis, tenían pleno conocimiento del vicio, o debieron tenerlo, con posterioridad a ello revisó ese criterio y sostuvo en Dictámenes 245: 280 que este conocimiento del vicio -además de que debe ser fehacientemente acreditado-, no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley (v. art. 14 inc. b), LNP), ni colegirse de aquélla la conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado (v. Dictámenes 153:213; 172: 424; 175: 143; 179: 35; 180: 125; 195:49; v. también Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, VI-18 ap. 10.1.1.)”

“Tamaña conclusión se encuentra sin duda en contradicción con la presunción de inocencia de rango constitucional (v. art. 18, C.N.), la que no debe ser limitada al campo del derecho penal sino que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.”

“[...] La intención de la norma de prohibir la revocación en sede administrativa del acto que confiere derechos a los particulares, es garantizar el ejercicio normal de esos derechos hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario.”

“No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco suspenderlo, pues esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior (v. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, 8a edición, 2003, pág. VI-13).”

⁸¹ CSJN, Fallos, 5: 155, *El Fisco Nacional, con varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, año 1868.

⁸² Ver también CARRILLO, SANTIAGO R., ¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto, *LL*, 2004-A, 324; PTN, Dictamen 285/06, publicado en *LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), 70-6, especialmente punto II.2; con nota de ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA, “¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?”

“[...] En lo que atañe a la disposición [...], por aplicación del artículo 17 antes transcrito, dicho acto sólo puede ser anulado mediante decisión judicial y previa deducción de la pertinente acción de lesividad (v. Dictámenes 224:96 y 246:248, entre otros).”

“En el escrito de inicio de la acción, deberá solicitarse el dictado de una medida cautelar a efectos de obtener la suspensión del pago notoriamente mal liquidado al ahora recurrente, así como la del pago del adicional ilegítimamente concedido ya devengado.”

“En la petición deberá consignarse que la Administración ha efectuado la interpretación más favorable al administrado, al poner la duda en su favor -en cuanto a que desconocía el vicio del acto-, lo que produce como efecto que aquél no deba devolver las sumas percibidas antirreglamentariamente.”

“La medida cautelar servirá, así, no sólo para resguardar la legalidad y el erario público, sino que, además, impedirá que el administrado vaya sumando, mes a mes, una cifra que luego le resultará traumático devolver, por cuanto ya no podrá afirmarse el desconocimiento del vicio.”⁸³

10.1.2. *Revocación a favor del interesado*

Ya explicamos anteriormente que la estabilidad del acto se confiere a favor del interesado y no “del interesado y de la administración,” como algunos fallos lo pretendieron; por ello el art. 18 establece una excepción para el caso que la revocación beneficie al interesado.⁸⁴ Si bien la excepción es en cierto modo innecesaria ya que aunque la norma no lo dijera expresamente la respuesta sería de todos modos la misma, es sin embargo conveniente que se lo haya aclarado expresamente, pues de lo contrario podría resurgir quizás la tesis que criticamos. De este modo la cuestión queda resuelta por la norma legal expresa y no resta en este aspecto margen a discusión alguna.

La misma disposición agrega una condición limitativa a esta posibilidad de revocar un acto en favor del interesado y es que esa revocación a su favor no perjudique derechos de terceros.⁸⁵ En realidad ya la administración pública nacional había adoptado esa solución con anterioridad, de modo que en tal aspecto la norma no hace sino recoger la interpretación existente. Se trata fundamentalmente de casos en los cuales, existiendo competencia entre varios particulares por la obtención de un derecho —concurso para becas, premios, designaciones, etc.—, uno de ellos haya resultado beneficiado por un acto que lo designa ganador, lo nombra en un cargo, etc. En tales situaciones, si posteriormente ante el recurso de alguno de los que no resultaron favorecidos, se llegara a la convicción de que

⁸³ Ver las referencias de la nota anterior.

⁸⁴ PTN, *Dictámenes*, 246: 443.

⁸⁵ Igual solución en la antigua Yugoslavia: STJEPANOVIC, NIKOLA, “Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia,” en IEAL, *Libro de Homenaje a Enrique Sayagués. Laso, Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, t. V, Madrid, 1969, pp. 17-8.

en verdad el ganador no era merecedor del triunfo y que el acto carecía de causa o de razonabilidad, por no ajustarse a los hechos, no tener debidamente en cuenta todas las circunstancias del caso, no estar suficientemente motivado, etc., la regla aplicable no es que la administración revoque el primer acto y otorgue el derecho de que se trata a quien ahora estime corresponder, sino que plantee el asunto ante la justicia, sea ella misma por una acción de lesividad,⁸⁶ sea el particular afectado. En rigor, si la administración pudiera legalmente revocar el primer acto que beneficiaba al ganador originario y otorgar el derecho en cuestión al segundo, el primer beneficiario también acudiría probablemente a la justicia en amparo de lo que él entiende su derecho; de modo tal que la solución que se da es protegerlo a él en sede administrativa y que en todo caso el aspirante a la designación, premio, etc., vaya a la justicia.

Es de señalar que la norma que aquí se da bajo la afirmación de que la revocación no puede perjudicar derechos de terceros, es la misma que emerge del principio de irrevocabilidad del acto nulo que ha generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17 *in fine*); en ambos casos se trata de la misma hipótesis: Protección del derecho adquirido y en particular protección de los actos ejecutados o comenzados a ejecutar. Si bien la solución es *prima facie* correcta, pueden apuntarse algunas dudas al respecto. En efecto, es claro que la actitud administrativa frente a cualquier impugnación de un acto administrativo que otorgue o reconozca derechos a un particular, será la de negarse a entrar en debate sobre la cuestión, porque a menos que el acto sea inexistente, hipótesis normalmente poco probable, la administración no podrá de todos modos revocar el acto, sea que éste resulte válido, anulable o incluso nulo.

Con bastante buen sentido práctico surgirá entonces la pregunta: ¿Para qué analizar el posible vicio del acto, si de todos modos no se lo podrá revocar en ninguna circunstancia normal?

La tendencia probable, en consecuencia, bien puede ser la de negarse de hecho a discutir actos que reconozcan derechos a otras personas que los recurrentes, bajo el argumento de que la cuestión es abstracta, por no poder la administración legalmente revocar el acto.

El argumento puede refutarse invocando la regla de que la administración debe cuidar de la vigencia del principio de la legalidad objetiva⁸⁷ y que debe investigar las alegaciones de vicios que se hicieren, pues aún en el caso de que no pudiera ella misma revocar el acto, puede y debe presentarse ante la justicia pidiendo su anulación, si las circunstancias del caso la llevan a la convicción de que efectivamente se trata de un acto nulo o anulable.⁸⁸ La administración no

⁸⁶ Es decir, una acción judicial de la administración pidiendo que se anule el acto que ella no puede revocar.

⁸⁷ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 14, "Principio de la legalidad objetiva."

⁸⁸ De todas maneras, esa norma habilita la instancia judicial sin necesidad de impetrar en sede administrativa, al impedir una solución administrativa a la nulidad alegada.

puede ni debe desentenderse de las alegaciones de nulidad que se hagan, por su obligación de atender a la vigencia del señalado principio y porque no sería cierto afirmar que no puede dictar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Ella debe hacer, en el derecho español, una manifestación de “lesividad” que declara al acto como contrario al orden jurídico, sin revocarlo, para luego recabar de los órganos judiciales la investigación del vicio, mediante la acción que se instaurará, a fin de que la justicia resuelva en definitiva si el acto era legítimo o no y si corresponde o no declarar su extinción. En nuestro país no es necesaria dicha declaración y en definitiva el camino es jurídicamente sencillo, pues le basta con iniciar la acción judicial de nulidad de su propio acto y pedir su suspensión judicial en una medida cautelar, para lograr su objetivo inmediato.

10.1.3. *La revocación de los actos precarios*

Es posible encontrar casos en que ciertos actos son dictados confiando un derecho que, expresa o implícitamente, se otorga a título *precario*. En nuestro proyecto de 1964 poníamos como condición adicional que el acto hubiere sido *válidamente* otorgado a título precario, pues es claro que hay muchas situaciones en que la precariedad resulta sospechosa.⁸⁹ En otros términos, el particular se ve prácticamente extorsionado por la administración, que no le otorga un permiso, habilitación, etc., sino bajo la condición de que lo reciba a título precario. El caso más frecuente de precariedad es el de los permisos de ocupación del dominio público, que se otorgan por lo general bajo la expresa condición de que pueden ser revocados en cualquier momento, sin derecho a indemnizaciones por la revocación misma;⁹⁰ los permisos precarios para la prestación de algunos servicios públicos; los casos de autorización “de ejercer industrias peligrosas.”⁹¹ Sin duda, si un acto administrativo reconoce un derecho expresa y *válidamente*⁹² a título precario, la revocación por razones de oportunidad es procedente. Así lo dice expresamente

⁸⁹ Cabe “excluir la admisibilidad de una *reserva de revocación* que tienda a permitir una revocación aún por fuera de las expresas condiciones a las cuales la norma subordina la potestad de revocación expresamente concedida: no es admisible [...] que por su propia voluntad la administración pueda ampliar la esfera de libertad de acción expresamente limitada por el orden jurídico.” ALESSI, RENATO, *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1956, 2ª ed., p. 99 y nota 6.

⁹⁰ CSJN, *Fallos*, 165: 406, *Dondero*, año 1932; LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 150; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 339; GRAU, ARMANDO E., *Resumen sobre la extinción de los actos administrativos*, Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, Buenos Aires, 1960, p. 81; GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

⁹¹ LINARES, *op. loc. cit.*

⁹² Esta redacción viene, por vía del proyecto de JUAN FRANCISCO LINARES y nuestro, de nuestro propio proyecto de Código Administrativo del año 1964, el cual a su vez tiene como fuente a SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 523, nota 5: “la precariedad capaz de justificar una revocación debe ser lícita, no impuesta ilegalmente por la administración en vista precisamente de una revocación ulterior, que sin aquella no sería procedente.” Por ello consideramos que la revocabilidad “por su naturaleza” que preconiza HUTCHINSON, del acto precario en todos los supuestos, *op. cit.*, p. 145, no se ajusta al texto ni al espíritu de la norma, a tenor de todos sus antecedentes directos e indirectos, como nuestro proyecto.

el art. 18 del decreto-ley 19.549/72, en afirmación que no estimamos excluyente del caso en que el acto es implícitamente precario, como ocurre con los permisos de uso del dominio público.⁹³ Por lo demás, aún cuando la revocación sea procedente porque al acto fue dictado expresa y *válidamente* a título precario, o porque la precariedad surge implícitamente de la naturaleza del derecho conferido, la revocación no puede ser intempestiva ni arbitraria. Deben evitarse sorpresas y súbitos cambios de criterio.⁹⁴ Ha de darse al afectado oportunidad de readecuar su comportamiento si de ello se trata. En consecuencia, debe otorgarse un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación⁹⁵ y éste debe ser razonablemente fundado.⁹⁶ Si la revocación se funda en una modificación de las circunstancias de hecho existentes al momento de dictarse el acto originario,⁹⁷ ella es razonable y la revocación legítima,⁹⁸ aunque puede llegar a ser procedente la indemnización. Si, en cambio, la revocación se funda *a)* en un mero cambio de opinión de la autoridad administrativa,⁹⁹ esto es, en una distinta valoración de las mismas circunstancias que dieron origen al acto, o *b)* en circunstancias existentes al momento de dictarse el acto originario, que no eran conocidas por culpa de la administración y sin que mediara ocultamiento por parte del interesado, o *c)* en una distinta valoración del interés público afectado, pensamos que la revocación procede pero que debe indemnizarse el daño ocasionado, incluso tratándose de derechos precarios, pues la precariedad es frente a actos razonables, no frente a la arbitrariedad de la administración. Y va de suyo, como quedó dicho, que si el acto goza de estabilidad no puede ser revocado ni siquiera mediante indemnización, salvo una ley que expresamente disponga lo contrario, calificando de utilidad o interés público el derecho reconocido y declarándolo sujeto a revocación o expropiación.¹⁰⁰

⁹³ Nuestro *Proyecto de Código Administrativo* de 1964 dispone en su art. 215: “Los permisos de uso del dominio público y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, pueden ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia; pero la revocación no debe ser intempestiva ni arbitraria y debe darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.”

⁹⁴ CABA, CCAyT, Sala I, 13-VII-06, *Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo*, con nota de FERNÁNDEZ, LEANDRO HERNÁN, “Frente a la revocación de actos otorgados a título precario: ¿Existe alternativa posible que garantice los derechos del permisionario?” en prensa.

⁹⁵ Pues ha de procurarse ocasionar el menor daño posible.

⁹⁶ En igual sentido CARRILLO, SANTIAGO R., “Jueces, interés público y cuota Hilton,” *LL, Sup. Act.* 21-X-04, p. 1 y *Sup. Act.* 26-X-04, p. 3; del mismo autor, “Los criterios de adjudicación de la Cuota Hilton,” *LL*, 2005-F, 331.

⁹⁷ STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 281, admite esta causal de revocación en los actos que tienen la cláusula *rebus sic stantibus* y también cuando el cambio es en los hechos que fueron motivo de la emisión del acto.

⁹⁸ Por ejemplo, situaciones de riesgo por sobreexplotación de poblaciones marinas: CARRILLO, SANTIAGO R., “El interés (del) público en el Régimen Federal de Pesca,” *ResPublica Argentina, RPA*, 2006-1: 84/6.

⁹⁹ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁰ Ver *infra*, § 10.2, “La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación. La revocación por oportunidad según el art. 18.”

10.1.3.1. *Cargos sin estabilidad*

El supuesto que pasamos a considerar no es una excepción a la estabilidad distinta a la anterior, sino solamente un sub caso de ella. Las designaciones en la administración pública tienen estabilidad relativa,¹⁰¹ salvo en los cargos que están siempre a la disposición de la autoridad que los designa: ministros, secretarios, asesores de gabinete, etc. Si bien es posible postular en el derecho comparado que el cargo de sub-secretario sea parte de la carrera administrativa y tenga por ende estabilidad, lo cierto es que no es la solución de nuestro derecho.¹⁰² En consecuencia se puede disponer el cese de sus funciones en cualquier momento, sin invocación de causa alguna.¹⁰³ Es uno de los supuestos en que no parece necesario que el acto tenga motivación o fundamentación, ni requiera sumario o defensa previa, porque no importa un juicio de valor sobre la persona ni su desempeño.¹⁰⁴ Si el acto expresamente formula consideraciones negativas sobre el funcionario puede generar responsabilidades pero no por ello el funcionario tiene derecho a continuar en el cargo.¹⁰⁵ Lo mismo ocurre si un agente es separado del cargo durante el período de prueba, en que aún no tiene estabilidad.

10.1.3.2. *La revocación de permisos de estacionamiento*

El permiso de estacionamiento en la vía pública puede resultar del simple hecho de colocar el vehículo en un lugar y hora permitidos, o del pago de un canon por utilización del espacio público por un determinado lapso, o de la autorización verbal o por signos de un agente de policía. En cualquiera de esos supuestos se sobreentiende que el permiso es revocable, sin necesidad de comunicar siquiera un acto igual y contrario, cuando necesidades del tránsito lo requieran. Es el caso en que la calle resulte ser, ese día y a esa hora, parte del recorrido de un mandatario extranjero. Los vehículos que estaban bien estacionados son removidos sin más de la vía pública, sin indemnización. Una vez más, el art. 18 nada tiene que ver en esta cuestión.

10.1.4. *La revocación de los contratos*

La regla que supuestamente permite revocar, modificar o sustituir el acto por oportunidad es de aplicación potencial solamente en el caso de los actos administrativos en sentido estricto, no así en el caso de los contratos, pues ellos están excluidos de la aplicación directa no pertinente de estas normas, según se des-

¹⁰¹ *Supra*, t. 1, cap. XIII, § 10, "La estabilidad del empleado público." En los cargos estables ver CSJN *in re Madorrán*, 3-V-07, con nota de SABATINO ARIAS, MARÍA AGOSTINA, "¡Finalmente, la estabilidad del empleado público es propia!" *LL, Supl. Adm.*, 2007 (agosto), en prensa; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "Madorrán: ¿Una nueva perspectiva para los contratados?" *LL, Supl. Adm.*, en prensa.

¹⁰² CNFed. CA, Sala IV, *Figueroa, LL*, 2000-C, 790 (1999).

¹⁰³ CNFed. CA, Sala IV, *Figueroa, LL*, 2000-C, 790.

¹⁰⁴ CNFed. CA, Sala IV, *Figueroa, LL*, 2000-C, 790.

¹⁰⁵ Se puede, en efecto, convertirlo en separación sin expresión de causa. Ver *infra*, cap. XII.

prende del art. 7º *in fine* del decreto-ley 19.549/72.¹⁰⁶ La aclaración alcanza a los contratos de obras, suministros, concesiones, etc. Por eso la distinción entre acto y contrato no es cuestión académica: tiene consecuencias en el derecho positivo.

10.1.5. *El caso de los permisos de construcción*

Un ejemplo de precariedad a nuestro juicio *ilícita* es la que algunos fallos asignan a los permisos de construcción.¹⁰⁷ Como dice TESTA,¹⁰⁸ “debe considerarse ilegítima la revocación por sólo motivos de oportunidad o por la voluntad de la administración comunal [...] de variar el plan regulador en base al cual fue otorgada la licencia.” Agrega, siguiendo la jurisprudencia italiana, que “se considera posible la revocación de la licencia cuando, posteriormente a su emisión, entran en vigor normas edilicias diversas de aquellas aplicadas por el interesado en la preparación del proyecto aprobado por la Comisión edilicia, *siempre que las obras no hayan sido aún iniciadas*. Por lo demás, no sería admisible una norma que tornara posible la revocación de la licencia cuando las obras hubieran tenido ya iniciación; y esto no solamente porque se terminaría por sancionar la retroactividad de cualquier disposición futura, sino también porque se perjudicaría gravemente la actividad constructiva.¹⁰⁹ “No pueden, por lo tanto, ser impuestas por las administraciones comunales variaciones al proyecto, que a su tiempo fue reconocido como conforme a las normas en vigor; en cuanto el poder de evaluar la conformidad a las exigencias de ambientación, decoro, mérito arquitectónico y racionalidad del proyecto mismo, se ha extinguido al momento de otorgarse la licencia.”¹¹⁰

En Francia, de acuerdo al Código de Urbanismo y de la Habitación, los permisos pueden darse en ciertos casos en forma precaria y en otros en forma definitiva.¹¹¹ Cuando el permiso es definitivo, el único medio jurídico de que dispone la administración es el de la expropiación por causa de utilidad pública y por el procedimiento señalado en la ley, para poder proceder a la extinción del derecho en cuestión.¹¹² En España se prevé en ciertos casos la suspensión del otorgamiento de licencias, pero una vez que la licencia es otorgada, ella no puede ya ser revocada,¹¹³ en forma

¹⁰⁶ Según la opinable reforma efectuada por el decreto 1023/01. Lo explicamos *supra*, cap. IV, § 8, “Actos y contratos administrativos,” texto y notas 96, 110 y 117.

¹⁰⁷ CNCiv., Sala F, *Hopstein*, 1971, *ED*, 42: 176, con nota de CASSAGNE, “La revocación de la autorización para construir por razones de interés público.”

¹⁰⁸ TESTA, VIRGILIO, *Disciplina urbanistica*, Milán, 1964, 2ª ed., p. 549 y jurisprudencia, nota 219.

¹⁰⁹ TESTA, *op. loc. cit.*

¹¹⁰ TESTA, *op. cit.*, p. 550; MAZZAROLLI, LEOPOLDO, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padua, 1966, pp. 507-8; MEREGAZZI, RENZO, “Tutela giuridica degli interessi dei terzi in materia di pianificazione urbanistica,” en *Atti del VIIº Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. La pianificazione urbanistica*, Milán, 1962, p. 117 y ss., p. 135.

¹¹¹ *Code de l'Urbanisme et de l'Habitation*, 1964, arts. 86, 87 y 93.

¹¹² POISSORNIER, ANDRÉ, *La rénovation urbaine*, París, 1965, p. 179.

¹¹³ GUAITA, AURELIO, *Derecho administrativo especial*, t. II, Zaragoza, 1962, pp. 259, 261-3; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “La suspensión del otorgamiento de licencias con el fin de estudiar planes de ordenación urbana,” *Revista de derecho urbanístico*, 11: 13-16, Madrid, 1969.

coincidente con el principio de la no retroactividad del acto administrativo.¹¹⁴ En suma, a falta de normas expresas en nuestro sistema, entendemos que no es el permiso de construcción uno de aquellos que por su propia índole pueda ser considerado precario; una vez otorgado el permiso y comenzada la construcción, no cabe ya a nuestro juicio la revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia. Pero cabe recordar que hasta la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pustelnik (Fallos, 293: 133, 1975)* admitió la revocación por razones de oportunidad de este tipo de permisos, aún encontrándose iniciada la construcción. El disvalor de la solución nos parece claro, no sólo por lo ya expuesto, sino porque abre una peligrosa brecha para que se generen importantes derechos indemnizatorios a favor de titulares de permisos que sean revocados por razones de conveniencia no siempre suficientemente sopesadas.

Algo de eso se pudo advertir en la CABA cuando su Jefe de Gobierno dispuso por decreto 1929/06 la suspensión por el término de 90 días del trámite de los permisos de obra nueva y ampliación que se iniciaran ante sus organismos pertinentes en ciertos barrios porteños¹¹⁵ con fundamento en la necesidad de evaluar los efectos que el crecimiento edilicio provocaría sobre la infraestructura de servicios disponibles y en consecuencia determinar el impacto y estudiar la posibilidad de eventuales daños al medio ambiente urbano. Es decir, no se trataba en este caso de permisos ya otorgados respecto de los cuales se hubiere comenzado la construcción respectiva. Mediante decreto 220/07 el gobierno local procedió a derogar el anterior y a establecer los extremos a cumplir respecto de los trámites para obtener permisos de construcción de obra nueva o ampliación de obra.

En el procedimiento expropiatorio, en cambio, el administrador se ve obligado a considerar concretamente el *costo* que ocasiona al erario su decisión, e incluso a prever y tener los fondos disponibles al efecto (decreto-ley 21.499/77, arts. 13 y 22); a la inversa, por la fácil vía ahora creada por la jurisprudencia, se permite la eventual decisión irreflexiva del funcionario municipal que revoque un permiso de construcción de un edificio en avanzado estado de ejecución, sin ponderar adecuadamente el costo que tal decisión representará al tesoro municipal y si tal costo realmente se ve compensado con las ventajas arquitectónicas, estéticas, etc., que la revocación otorgue.

Por lo expuesto creemos que tal interpretación requiere una modificación sustancial, que la acerque al derecho comparado y que en definitiva elimine estos excesos y mantenga solamente el proceso expropiatorio como vía apta para dejar sin efecto un derecho de propiedad incorporado al patrimonio de un particular, que es por lo demás la única forma constitucional de proceder en este sentido.

¹¹⁴ DE LA VALLINA VELARDE, JUAN, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, p. 51 y ss.

¹¹⁵ La suspensión estaba destinada respecto de proyectos de viviendas de tipo multifamiliar o colectiva cuando su altura superare los parámetros fijados en dicha norma.

10.2. La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación.

La revocación por oportunidad según el art. 18

10.2.1. Enunciación general

Esta excepción surge de la jurisprudencia, que ha admitido que una ley de orden público¹¹⁶ puede producir “una modificación del «status» creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación.”¹¹⁷ Para que proceda la revocación, entonces, no basta una mera reglamentación administrativa ulterior,¹¹⁸ ni tampoco cualquier ley; debe tratarse específicamente de una ley de orden público y ésta debe por lo demás ser constitucional.¹¹⁹ No cabría admitir una alteración del principio constitucional (*Carman de Cantón* y otros) sino por una ley formal, expresa y clara, que debería interpretarse restrictivamente¹²⁰ y aplicable únicamente a los casos concretos y puntuales que refiera, no a lo sumo a una categoría definida y limitada de casos. Una previsión genérica como la del decreto-ley carece hasta de sentido y es inconstitucional por lesión a los principios de seguridad jurídica, tutela de los derechos de la propiedad y otros, etc. De este mismo principio se desprende entonces que la estabilidad del acto administrativo impide no sólo la revocación fundada en razones de ilegitimidad, sino también la fundada en razones de oportunidad¹²¹ y con mayor razón aún. En efecto, si la Corte Suprema expresó que puede abandonarse la estabilidad ante una ley de orden público y aún así previendo la posible indemnización, es claro que allí está contemplado no el caso de un acto inválido que se revoca por razones de ilegitimidad, sino al contrario un acto válido que se extingue a pesar de su validez y que precisamente por ello puede dar lugar a indemnización. Entendemos por ello que producida la estabilidad, no es procedente la revocación ni por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni por razones de legitimidad, a menos que una ley expresa autorice

¹¹⁶ LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁷ Es el cons. 5° del mismo fallo *Carman de Cantón*. Ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33 y ss.; comparar, del mismo autor, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 317, p. 360.

¹¹⁸ Consejo de Estado francés, caso *Laurent*, año 1929: el acto reglamentario nuevo “no produce ningún alcance respecto del acto generador de derechos que continúa recibiendo aplicación.” Ver LACHAUME, *op. cit.*, p. 616; LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 31-9.

¹¹⁹ Comp. MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 616; ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 31-39.

¹²⁰ No creemos que sea admisible, entonces, una ley implícita que faculte a la derogación, como en cambio sostiene LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 317, p. 360, quien sigue en ello a DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., *op. cit.*, p. 311, a menos que por esto se entienda una ley anterior al otorgamiento de los actos de que se trate. Si la ley que faculta la revocación, aunque sea implícitamente, es razonable y anterior a los actos de cuya estabilidad se trata, entonces los actos han sido otorgados a título precario (*supra*, § 10.3) y pueden ser revocados. Tratándose de una ley posterior al nacimiento de los derechos de cuya estabilidad se trata, debe adoptarse una posición restrictiva. Debe tratarse de una ley en sentido formal, emanada del Congreso de la Nación; comparar, menos categórico, LINARES, *Fundamentos...*, *op. loc. cit.*

¹²¹ Cfr. CAETANO, MARCELO, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Río de Janeiro, 1977, p. 276; ampliar *infra*, § 10.2.2, “Revocación y propiedad” y 10.2.3, “Revocación y estabilidad.”

en el caso concreto y por razones de utilidad pública que la administración la deje sin efecto. Resulta así una incongruencia entre la jurisprudencia tradicional que citaba LINARES y la excesiva amplitud de la facultad revocatoria por mérito que admite la Corte en *Pustelnik*.

10.2.2. Revocación y propiedad

Con todo, la doctrina suele reconocer a la administración la facultad de revocar sus actos por razones de oportunidad, sólo que indemnizando el perjuicio que la revocación ocasione.¹²² Así lo sostiene igualmente al art. 18 del decreto-ley 19.549/72: “También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o inconveniencia, indemnizando los perjuicios que causare al interesado.” La misma solución, dijimos, adopta en 1975 la Corte Suprema en *Pustelnik*.

Sin embargo, partiendo del principio de que los derechos que una persona adquiere a raíz de un acto administrativo, también pueden quedar englobados dentro del amplio concepto constitucional de propiedad, tal como lo ha interpretado la jurisprudencia, pensamos que la solución debe ser otra.¹²³

En efecto, si nadie puede ser privado de su propiedad sino por sentencia fundada en ley y si la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada, no vemos cómo un derecho que integra el concepto constitucional de propiedad pueda quedar sometido a la sola voluntad de la administración, que sin calificación *legal específica* para el caso de utilidad pública, pueda quitar ese derecho y sustituirlo por una indemnización. ¿Se pensará acaso que la Universidad puede revocar un diploma profesional por razones de *oportunidad* y que el ex abogado deba hacer un juicio ordinario o sumarísimo para probar los perjuicios que el acto le acarrea,¹²⁴ quedando mientras tanto privado del ejercicio profesional? ¿Que el Intendente Municipal puede revocar por razones de oportunidad un permiso de construcción, cuando ya el edificio está construido y mandar las topadoras a demoler el edificio, quedando para una posterior sentencia con todas sus instancias la determinación del perjuicio

¹²²MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 634; posición que mantiene en “Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia,” *LL*, 1990-B, 817, 820, invocando una personal interpretación de *dicta* de la CSJN, pero sin hacerse cargo del problema constitucional, ni de los ejemplos que dimos en 1979 y aquí repetimos. Ha expresado sus reservas al respecto FONROUGE, MÁXIMO, “La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pp. 554-7.

¹²³La crítica que desarrollaremos la expusimos por 1ª vez en la 3ª ed., 1979, de este vol.

¹²⁴Litis que, de acuerdo a la doctrina que sustenta esta norma, sería al único efecto de obtener una indemnización por la revocación de su título de abogado. Conociendo cómo está la responsabilidad del Estado (*supra*, t. 2, cap. XX) y que los fondos públicos no son embargables (ley 24.624, art. 19; CNFed. CA., sala II, *Dirección Nac. de Vialidad c. Artelo S.A. y/u otros*, *DJ*, 2000-3, 308), cuesta creer que alguien voluntariamente propugne esta tesis. Ni siquiera podría hacer su propio juicio: debería contratar un profesional para que lo defienda. Y éste no podría pedir una cautelar por la doctrina de los actos propios: *Nemo...*

indemnizable?¹²⁵ ¿Que el Poder Ejecutivo resuelva que es inoportuno que haya tantas universidades privadas y les revoque la autorización para funcionar, por razones de mérito o conveniencia?

Evidentemente una solución así, en los casos indicados, contrariaría elementales principios jurídicos de orden y seguridad y la garantía constitucional de la propiedad, que sólo cede ante una *ley* que califique el interés público.

Esta extensión del concepto constitucional de propiedad, que incluye a los derechos nacidos de actos administrativos, ha sido formulada por la propia Corte Suprema, que en el caso *Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ la Nación*¹²⁶ dijo que “es verdad que el concesionario de una línea férrea no es su propietario en el sentido técnico de la palabra. Su derecho se diferencia sustancialmente del dominio privado en la naturaleza y las limitaciones que reconoce en favor del interés del Estado. Pero ese derecho en cuanto escapa a tales limitaciones, es tan efectivo y respetable como los bienes que salvaguarda la garantía constitucional en toda la latitud reconocida a la cláusula 17 de la Constitución por la jurisprudencia de esta Corte. Esta ha dicho “El término «propiedad», cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende «todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad». Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad.”¹²⁷ Para decirlo en palabras de MEEHAN, en cierto modo similares a las nuestras: “es esencialmente peligroso afirmar, que se puede extinguir un acto administrativo que ha reconocido o constituido derechos subjetivos perfectos, por razones de interés público, siempre que se abone la pertinente indemnización, sin aclarar que esto implica una expropiación. Lo dicho en razón de que la expropiación presupone siempre el cumplimiento de ciertos principios y normas legales que condicionan la legitimidad y que se consideran esenciales. La afirmación adquiere caracteres verdaderamente graves ante legislaciones en

¹²⁵ Comp. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 143/4. Es interesante destacar que en un completísimo análisis de múltiples figuras asimilables a la expropiación forzosa en el derecho español, no aparece mencionada tal potestad revocatoria por razones de oportunidad de derechos otorgados o reconocidos por actos administrativos estables: ver BERMEJO VERA, JOSÉ (dir.), *Derecho administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 112 y ss.; y no ha de olvidarse que el supuesto normal de la expropiación en el derecho comparado se refiere a cosas *stricto sensu*, como recuerda MEDAUAR, ODETE, *Destinação dos bens expropriados*, San Pablo, Max Limonad, 1986, p. 21; más el carácter restrictivo de todo tipo de apropiación de derechos por el Estado que consagran más de cuatro decenas de tratados de protección de inversiones extranjeras, que ya conforman un sistema de derecho administrativo internacional, obligatorio internamente. Ver al respecto el cap. XVIII del t. 2.

¹²⁶ CSJN, *Fallos*, 176: 363, año 1936. En contra BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 305.

¹²⁷ *Fallos*, 176: 363.

las que como la nuestra, los requisitos fundamentales del procedimiento expropiatorio tienen jerarquía constitucional.” “Puede llegarse a interpretar, que la Administración, por sí, prescindiendo [...] de la ley previa y de los procedimientos reglamentarios establecidos, puede mediante un mero acto administrativo extinguir a otro que ha reconocido o constituido derechos subjetivos perfectos con tal que ofrezca abonar una indemnización, lo que es totalmente inaceptable.¹²⁸ No puede aceptarse entonces que el particular vea su derecho de propiedad extinguido unilateralmente por la autoridad administrativa, sin que se cumplan *los trámites constitucionales y legales pertenecientes a la expropiación*, debiendo él conformarse con aceptar una indemnización,¹²⁹ sin que una ley califique de utilidad pública y sujeto a expropiación su derecho individual y no *todos* los derechos de *todos* los individuos frente a la administración, como lo pretende esta norma y la interpretación que la sigue.¹³⁰ Ya hemos señalado que semejante idea ha sido categóricamente dejada sin efecto, a nuestro entender, con el dictado de los más de cuarenta tratados de inversiones extranjeras que tenemos.¹³¹ Si a esto se agrega la concepción amplia de acto administrativo que postula el mismo sector de la doctrina, resultaría que todos los contratos del Estado podrían libremente extinguirse en sede administrativa, al sólo juicio de oportunidad, mérito o conveniencia del funcionario de turno y sin previa indemnización. Como advierte MAIRAL, no es una mera discusión académica.

10.2.3. *Revocación y estabilidad*

Por lo demás, es obvio a nuestro modo de ver que los mismos argumentos esgrimidos por la Corte Suprema al hacer la construcción de la estabilidad de los actos administrativos, son aplicables a la revocación por razones de oportunidad.¹³²

¹²⁸ MEEHAN, JOSÉ HÉCTOR, “Revocación de los actos administrativos,” *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXII nros. 1-3, Córdoba, 1969, § 82, pp. 175-6.

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 173; en igual sentido LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 74-5, considera “un superlativo error” la asimilación a la expropiación.

¹³⁰ La exageración de pretender que se han declarado de utilidad pública, por ley formal, *todos* los derechos, pasados, presentes y futuros, de *todos* los habitantes de la Nación, suena a exceso de punición. Es tan desproporcionada que sorprende que siga ganando adhesiones. El ejemplo de la hipotética revocación de sus propios diplomas de abogado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia debiera convencerlos que es un principio inicuo.

¹³¹ *Supra*, t. 2, cap. XVIII, § 2.3, “Tratados bilaterales con elección excluyente de vías;” § 2.4, “Tratados con jurisdicción arbitral de alzada.”

¹³² MARIENHOFF considera que lo expuesto es “Un grave error,” “insensato,” pero no da razones: “Revocación...,” *op. cit.*, nota 1. Comp. GRECCO, CARLOS MANUEL, “Suspensión de sentencias contra el Estado,” *RAP*, 135: 30-33, Buenos Aires, 1989: “la revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia participa de la naturaleza expropiatoria, es un mecanismo análogo a la expropiación.” Si bien en el caso postula una solución diferenciada para los perjudicados por el art. 18, no se infiere su opinión respecto a la constitucionalidad de la norma. Luego de nuestra crítica inicial a la constitucionalidad de la referida norma, la doctrina ha comenzado a inclinarse en el mismo sentido. Ver FONROUGE, MÁXIMO, “La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 554 y ss., pp. 556-7.

Incluso puede señalarse que la Corte no hace distinciones entre la revocación por ilegitimidad y la revocación por inoportunidad, cuando proclama que los actos administrativos regulares que reconocen un derecho subjetivo no están librados al arbitrio de las autoridades administrativas.

La Corte Suprema, en efecto, es muy terminante en la extensión que confiere al principio de la estabilidad y si bien en el caso *Carman de Cantón* dejó entender que el principio no se aplicaría “cuando se obra en virtud de facultades discrecionales”¹³³ o cuando “aún actuando y decidiendo en virtud de facultades regladas, el interés público que, como ha dicho esta Corte puede confundirse con el orden público”¹³⁴ reclama una modificación del *status* creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación” (cons. quinto, citado), debe advertirse que toda la jurisprudencia posterior hace énfasis en que debe haber una ley, en sentido formal y que además ella debe ser de *orden público*, de acuerdo al principio consagrado por el art. 3° del Código Civil, para que proceda la revocación. La solución del caso *Pustelnik* la consideramos atípica, además de errónea en el aspecto comentado.

Señala LINARES que “nadie puede dudar en efecto, después de los fallos de la Corte Suprema en las causas [...] que un acto administrativo unilateral que confiere derechos subjetivos perfectos puede modificarse válidamente *por ley posterior de orden público*. No entramos a considerar si en tales casos procede una indemnización por el Estado [...] Pero sí podemos afirmar, frente a esa jurisprudencia, que *una ley de orden público*, posterior y razonable, puede válidamente modificar esos actos.”¹³⁵

La solución se refuerza más con el actual art. 3° del Código Civil, que expresa que las leyes “no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales,” lo que da idea de mayor protección y estabilidad de los derechos. Señala LINARES que en la jurisprudencia de la CSJN, “la revocación por «oportunidad» —o por razones de oportunidad— del acto administrativo es la revocación por razones de conveniencia, o interés o utilidad o necesidad pública efectuada por el órgano que dictó tal acto o sus superiores jerárquicos. Ya hemos visto en el apartado anterior que la Corte Suprema no admite este tipo de revocación para los actos que tienen las características de los estudiados en los apartados *a, b, c y d,*” es decir, los requisitos de la estabilidad del acto administrativo o cosa juzgada administrativa.¹³⁶

¹³³ En sentido similar, SAYAGUÉS LASO no admite la revocación por razones de oportunidad en los actos reglados (*op. cit.*, p. 523), pero tampoco si ello afecta derechos adquiridos (*op. loc. cit.*). Ver también MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 576-7, quien critica acertadamente la asimilación entre “discrecionalidad” y “revocabilidad.”

¹³⁴ CSJN, *Fallos*, 172: 21, *Avico*, 1934.

¹³⁵ LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 33; la bastardilla es nuestra.

¹³⁶ LINARES, *op. ult. cit.*, pp. 39 y 40.

“La cosa juzgada perfecta no tolera su alteración administrativa válida *ni aún con indemnización como alternativa lícita*.”¹³⁷ Extraña que con tan categóricos precedentes haya ocurrido el retroceso del art. 18 del decreto-ley 19.549/72 y más extraña todavía que la doctrina hesite en señalar su insalvable inconstitucionalidad. Son, otra vez más en la historia argentina contemporánea, los tributos que los autores pagan al poder para pagarle su permanente cercanía y disfrute de beneficios consiguientes. En suma, los actos administrativos estables (no, pues, los actos otorgados expresa y válidamente a título precario), son irrevocables en sede administrativa tanto por razones de legitimidad como de oportunidad.¹³⁸ Sólo procede la revocación por razones de interés público, mediante indemnización, cuando así lo autoriza una ley puntual y posterior de orden público, al decir de la CSJN, o una ley que califique de utilidad pública el derecho concreto en cuestión.¹³⁹ La declaración genérica del art. 18 del decreto-ley es totalmente inconstitucional y una revocación así fundada sería *inexistente* jurídicamente.¹⁴⁰ Es una lástima que el proyecto fuera tan estatista y no tomara la idea francesa de 1910 “*pas d'expropriation par mesure administrative*.”¹⁴¹ En todo caso, esa norma y la similar solución de la CSJN en *Pustelnik* en este punto, se encuentran abrogadas por el sistema de tratados de inversiones extranjeras.¹⁴²

10.2.4. Revocación y expropiación

El argumento de la analogía de la revocación por razones de oportunidad con el instituto expropiatorio pierde también fuerza a partir del decreto-ley 21.499/77.

¹³⁷ LINARES, *op. ult. cit.*, p. 75. El derecho español no admite la extinción por oportunidad: BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 7ª ed., p. 427.

¹³⁸ Nuestro Proyecto de Código Administrativo (en *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, 2ª ed., p. 251), en cuyo art. 203 dijimos que “la revocación puede ser fundada en razones de ilegitimidad o de oportunidad. En *ambos* casos, el acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo de índole civil o administrativa, no puede ser revocado por la administración una vez que ha sido notificado al interesado.”

¹³⁹ Comp. MARIENHOFF, *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1947, pp. 70-7, que hace igual analogía pero llega a la conclusión contraria, es decir admite la revocación por la propia administración por motivos de interés público, pero sin ley que efectúe dicha calificación. En igual sentido, pero en forma menos explícita, la CSJN en 1975 *in re Pustelnik*, ya citado.

¹⁴⁰ Lo sostuvimos en su momento y lo seguimos sosteniendo ahora. Comp. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 348, p. 345 y ss., quien a pesar de haber formulado los principios que seguimos en el texto con respecto a la situación anterior al decreto-ley 19.549/72, no tiene finalmente un juicio tan categórico, sino que se limita a restringir su campo de aplicación. Por nuestra parte, atento el fundamento constitucional que damos al punto, en cuanto supuesta expropiación sin ley expresa calificando la utilidad pública, entendemos que la ley es flagrantemente inconstitucional en esta materia.

¹⁴¹ CASSESE, SABINO, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, París, Monchrestien, 2000, p. 102, quien recuerda a HAURIUO, MAURICE, *Précis de droit administratif*, París, Larose, 1929, 3ª ed., p. 39. Ver también *supra*, cap. V, § 7, “La exigibilidad y obligatoriedad del acto administrativo. Distinción.”

¹⁴² Comp. PRITZ, OSVALDO, “El rescate,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos, op. cit.*, p. 243 y ss., p. 257; puntualiza que es una interpretación que harán tribunales arbitrales internacionales, no nosotros, como ya lo explicamos también en el t. 2, cap. XVIII.

Este decreto-ley de expropiaciones mantiene con amplitud el objeto expropiatorio,¹⁴³ incluyendo en consecuencia los derechos nacidos al amparo de actos administrativos. Además el decreto-ley regula ahora tanto la retrocesión como la expropiación irregular y la ocupación temporánea, de modo que mal podría hablarse de un vacío legislativo que permitiera recurrir a la analogía o a la aplicación supletoria. Una indispensable interpretación sistemática de la Constitución, el decreto-ley de expropiaciones y el decreto-ley 19.549/72, en el contexto de los tratados de derechos humanos, la seguridad jurídica, la confianza debida y el principio de buena fe y los tratados de protección de inversiones extranjeras que so pena de discriminación son invocables también por los nacionales, llevan siempre lo mismo. *Toda* forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe regirse por el procedimiento expropiatorio *stricto sensu* del decreto-ley 21.499/77, el cual supone la calificación de utilidad pública por ley formal con algún grado de especificidad, con más el pago en dinero efectivo (art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), más la actualización pertinente desde la desposesión hasta “el momento del efectivo pago” (art. 20) y un incremento indemnizatorio del 10 % en caso de avenimiento directo. (Art. 13.) El Estado sólo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber éstos fracasado por falta de avenimiento del particular. Por ello no es constitucionalmente admisible ni sistemático, admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley *especial* que en forma razonable los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación. El decreto-ley de expropiaciones en su art. 51 plantea la posibilidad de que se pueda privar a una persona de un bien, indemnizándola, sin previa ley que lo califique de utilidad pública.

La interpretación que se ha dado correctamente a ese art. 51 inc. c) es que *no* faculta a la administración a privar a un particular de un bien sin calificación legal específica de utilidad pública.¹⁴⁴ No se entiende cómo puede, sin vivencia de

¹⁴³ Art. 4: “Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la «utilidad pública», cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no.” Con igual amplitud el art. 51, inc. c), declara procedente la expropiación irregular “Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad.”

¹⁴⁴ Véase AADA, *La ley nacional de expropiaciones 21.499*, Buenos Aires, 1977, p. 35, nota f), con las opiniones de MARIENHOFF, PÉREZ COLMAN, CASSAGNE y el autor. Es categórico OYHANARTE, JULIO, “Aspectos del nuevo régimen expropiatorio,” *RADA*, 15-16: 33, 48-9: “nuestro ordenamiento no tolera la posibilidad de una expropiación sin ley y [...] la admisión de lo contrario importaría grave atentado contra el derecho de propiedad que la constitución garantiza.”

contradicción, sostenerse precisa y exactamente lo contrario en materia de revocación de derechos firmes por mero juicio de oportunidad, mérito o conveniencia de un agente público de cualquier gobierno de turno. Es tener demasiada fe en el ser humano.¹⁴⁵

10.2.5. *La estabilidad en la función pública*¹⁴⁶

Los funcionarios públicos se encuentran con frecuencia hostigados por cambiantes administraciones, que, una tras otra, intentan rever los actos de sus antecesores, lo cual hace conveniente afirmar la regla de la estabilidad del acto de nombramiento. Cabe destacar que la estabilidad del empleado público tiene garantía constitucional y legal propia, con el alcance de que el funcionario no puede ser separado de su cargo sino por los motivos y procedimientos que la ley establece¹⁴⁷ y no podría en consecuencia admitirse un medio indirecto de llegar al mismo resultado, con la simple alegación de que en realidad se está utilizando la facultad revocatoria por mérito, mediante la revocación del acto de nombramiento. Jurisprudencia anterior a las normas que comentamos había señalado que la disolución del vínculo funcional no podría válidamente hacerse, dentro del marco del estatuto del personal civil, por la revocación del acto de nombramiento. La solución sigue en pie y es una nueva demostración de la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 18.

10.2.6. *La revocación de la autorización para funcionar*¹⁴⁸

Ya hemos señalado como muestra de la absurdidad de la norma del art. 18 del decreto-ley 19.549/72, que mal se podría admitir, con su fundamento, que el Poder Ejecutivo revocara la autorización para funcionar de algunas Universidades privadas; o que a su vez una Universidad revocara los diplomas conferidos a los profesionales que se graduaron en ella. Los ejemplos se pueden así multiplicar, *v.gr.*, a la autorización para funcionar como personas jurídicas. No podría la administración estimar oportuno o conveniente reducir su número en algún sector y consecuentemente revocar la autorización para su funcionamiento, invocando el art. 18.¹⁴⁹

Los casos en que la revocación de la autorización proceden son aquellos que tienen normas puntuales que sólidamente la prevén. No con la solidez verbal y

¹⁴⁵ Y olvidar que una cosa es el origen religioso del derecho público (*supra*, “Introducción,” nota 57, p. Int-10) y otra que el funcionario de hoy sea inspirado del mismo modo.

¹⁴⁶ Que, según hemos visto, constituye un contrato administrativo: *supra*, t. 1, cap. XI, § 7, “El contrato administrativo no monopólico o exclusivo.”

¹⁴⁷ Al respecto ver el t. 1, cap. XIII, § 10, “La estabilidad del empleado público” y sus referencias.

¹⁴⁸ Ver *infra*, cap. XIII, § 4, “La ilegitimidad sobreviniente,” § 4.2, “Por un cambio en la realidad.”

¹⁴⁹ Las facultades de la IGJ están regladas y sus decisiones son recurribles a la CNCom. o la CNCiv para controlar su sustento fáctico y conformidad a derecho, decreto-ley 22.315/80, arts. 6, 11, 12, 16. Sería un dislate que revocara una inscripción con invocación del art. 18.

dogmática del art. 18, que de nada sirve, sino con la solidez del sustento fáctico suficiente y adecuado. Esas revocaciones no son por motivos de oportunidad, mérito ó conveniencia. Son por insubsistencia, posterior al acto, de las condiciones de hecho que justificaron su emisión y por ende su validez. Un tradicional ejemplo es la pérdida del efectivo mínimo o del capital mínimo requerido para operar una entidad financiera¹⁵⁰ o aseguradora,¹⁵¹ o la pérdida de las condiciones para operar en bolsa,¹⁵² o como aseguradora de riesgos de trabajo,¹⁵³ etc.

10.2.7. Conclusiones acerca de la revocación por mérito

De la interpretación global del orden jurídico, entonces, surge que a pesar de la afirmación contraria del art. 18, la administración carece de facultades para revocar actos estables que confieren derechos, con la mera invocación de razones de mérito, ni siquiera indemnizando. Haremos para finalizar una transcripción en cierto modo fuera de contexto, pues su autor se refería a la suspensión de la ejecución de sentencias que fijaban la reparación debida, en los supuestos de ejercicio de la pseudo potestad revocatoria del art. 18 por motivos de mérito. Sus palabras, como veremos, pueden extrapolarse a la norma del art. 18, aunque no haya sido esa, tal vez, la intención del autor.

Dice en otro contexto GRECCO: “A mí me parece realmente que esa es una interpretación manifiestamente inicua y que como la iniquidad manifiesta según declara nuestra Corte Suprema de Justicia reiteradamente, es un límite a la capacidad hermenéutica, es un límite a la interpretación. Porque a veces uno hace un discurso, un razonamiento lógico y la solución es inicua, y entonces hay que pensar que la ilógica está en el ordenamiento y el Juez debe pulsar y corregir [...] el ordenamiento.”¹⁵⁴

II. Impugnabilidad

11. Fundamento de la impugnabilidad

A más de las características enunciadas cabe agregar, a nuestro juicio, la de la indispensable impugnabilidad del acto, en este caso tanto de los actos de gravamen como favorables o ampliatorios de derechos. En efecto, es ínsito a su calidad de acto productor de efectos jurídicos directos, que tales efectos puedan ser controvertidos por el interesado mediante la interposición de recursos adminis-

¹⁵⁰ Decreto ley 21.526/77, art. 41.6. La facultad corresponde al BCRA, ley 24.485 y otros; la decisión es impugnable por recurso directo a la CNFed. CA.

¹⁵¹ Superintendencia de Seguros de la Nación, decreto ley 20.091, art. 65, con recurso directo a la CNCom.

¹⁵² Que controla la Comisión Nacional de Valores, decreto-ley 17.811, art. 1º, con recurso directo a la CNFed. CA.

¹⁵³ El control corresponde a la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, ley 24.557, art. 35.

¹⁵⁴ GRECCO, CARLOS MANUEL, “Suspensión de sentencias contra el Estado,” *RAP*, 135: 30,35, Buenos Aires, 1989. La cita está fuera de contexto, como decimos, pero la hacemos nuestra, para el caso.

trativos o judiciales. El acto en sí mismo “irrecorrible” no existe en un Estado de Derecho, salvo la sentencia judicial que con autoridad de cosa juzgada cierra definitivamente una cuestión. Si se reconoce al acto administrativo presunción de legitimidad, exigibilidad, e incluso ejecutoriedad en algunos casos, esas potestades deben ir acompañadas de los medios para que el individuo pueda cuestionar y discutir eficazmente la validez o el mérito del acto que lo perjudica.¹⁵⁵ Desde un punto de vista positivo, cabe también recordar que es parte de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18) el poder defenderse tanto en sede administrativa¹⁵⁶ como judicial de los actos que lesionan su persona o derechos. La impugnabilidad se da ante la propia administración y especialmente ante el Poder Judicial, con recurso a veces a instancias supranacionales.

11.1. *En sede administrativa*

La impugnación se efectúa a través de los recursos, reclamaciones y denuncias. No es óbice a la procedencia del recurso la estabilidad que el acto atacado pueda tener, pues esa estabilidad opera como una limitación a la facultad de *extinguir* el acto, no como una limitación a la posibilidad de *discutir* su validez. Por lo demás, siempre debe reconocerse al tercero afectado la facultad de discutir que el *acto no goza de estabilidad* por tener tal vicio y que debe ser revocado; del mismo modo, dado que la estabilidad juega a favor del interesado y no en su contra, tampoco puede negarse al beneficiario del acto recurrir de él, pidiendo que sea modificado en su favor.

En ese sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, que “los actos de Y.P.F. como los actos de cualquiera otra entidad descentralizada del Estado o de la misma Administración central, no tienen el carácter de irrevisibles sino cuando se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de «cosa juzgada administrativa», la que, justamente, *se da en beneficio de los administrados y no de la Administración por lo que mal puede invocársela para denegar la procedencia formal de un recurso.*”¹⁵⁷

¹⁵⁵ Ver D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. II, secc. A, § 6, “El procedimiento administrativo y la denominada «vía impugnatoria»,” pp. 32-3: “el procedimiento administrativo constituye una garantía para el interesado y una imposición, exclusivamente, para la autoridad pública que desarrolla la función administrativa en su marco brindando plena juridicidad a su actuación.” De la misma autora, *La justicia administrativa en Argentina, Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, secc. A, § 6, pp. 38-9.

¹⁵⁶ Criterio receptado en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, al establecer la tutela judicial continua y efectiva y asegurar “la inviolabilidad de la persona y los derechos en *todo procedimiento administrativo* o judicial.” El destacado es nuestro. Por aplicación de este precepto constitucional la justicia administrativa provincial ha revisado por la vía de amparo un acto administrativo declarado “irrecorrible” por las normas procedimentales aplicables al caso (art. 140 del decr. 2485/92, reglamentario de la ley 10.579): Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 546, *Videla*, 30-IV-2004. Ver *supra*, cap. II, nota 55.

¹⁵⁷ PTN, *Dictámenes*, 101: 117; 103: 230.

El principio de la impugnabilidad en sede administrativa surge por lo demás claramente de toda la práctica administrativa, que ha establecido diversos criterios que lo consagran con amplitud. Así, un recurso mal denominado debe tramitarse como el que técnicamente corresponde;¹⁵⁸ un escrito expresando la voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración y hasta una notificación en la que el interesado toma vista en disconformidad, constituyen válida interposición de un recurso administrativo formalmente procedente. En situaciones en que el acto es irrecurrible administrativamente, sea por haber sido dictado por el Poder Ejecutivo en situaciones en las que no es procedente el recurso de reconsideración ni de revisión, sea por impugnar decisiones que de acuerdo a normas expresas son consideradas definitivas, de todos modos se admite el derecho a cuestionar la legitimidad del acto interponiendo lo que se denomina denuncia de ilegitimidad, que si bien no constituye técnicamente un recurso, es de todos modos una impugnación formalmente admisible en el procedimiento administrativo. Sin embargo, si el acto es de un ente o agencia reguladora en materia técnica propia, o de una universidad, o de cualquier ente u órgano contra cuyo acto no procede el recurso de alzada,¹⁵⁹ tampoco es procedente la denuncia de ilegitimidad.

11.2. *En sede judicial*

Si amplio es el principio de la discutibilidad del acto en sede administrativa, con más razón debe serlo en sede judicial: Aquí cobra plenitud de aplicación la garantía de la defensa *en juicio*, que no puede conculcarse sin grave lesión constitucional.¹⁶⁰ Sin embargo, cabe recordar la persistente tendencia de la doctrina y a veces de la jurisprudencia, a querer aislar un grupo de actos de la administración y excluirlos de la revisión judicial: Son los llamados, según los autores, actos políticos, de gobierno, institucionales, etc., caracterizados todos como no justiciables, irrevisibles judicialmente, inatacables judicialmente, etc.¹⁶¹ Incluso esa afirmación y la pretensión de aislar una serie de actos que no serían ya actos administrativos sino una especie autónoma, reafirma de todos modos que la característica básica y esencial de los actos administrativos es la contraria: la posibilidad amplia de discutirlos y atacarlos ante la justicia y la potestad amplia de los jueces para revisarlos y anularlos si son contrarios a derecho. Sin perjuicio de que a nivel de principios se confirma así la característica que asignamos a los actos administrativos, consideramos de todos modos inexacto, en el derecho público argentino, afirmar que parte alguna de los actos emanados de la administración puedan ser por su naturaleza no justiciables o irreversibles y

¹⁵⁸ Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, § 11.4.

¹⁵⁹ *Infra*, t. 4, cap. XI, § 3.

¹⁶⁰ Conf. MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial...*, t. I, *op. cit.*, § 264, p. 452.

¹⁶¹ Para una crítica, ver *supra*, t. 2, cap. VIII. Una apasionada e innominada réplica en MARIENHOFF, t. II, 1993, 4ª ed., última página, 787.

estimamos por ende que no existe una categoría de actos de gobierno, políticos, institucionales, etc.¹⁶²

11.3. *En sede arbitral internacional*

Cabe destacar los tratados de inversiones extranjeras, que con criterio amplio y aplicable a estos supuestos, otorgan una instancia arbitral internacional.¹⁶³

11.4. *Comparación*

Interesa recordar el alcance de la impugnabilidad administrativa y judicial: La primera procede por razones de legitimidad y también de oportunidad, mérito o conveniencia; la segunda únicamente por razones de legitimidad, que comprende no sólo el control del ejercicio de las facultades: Se controla también —tanto en ausencia de norma o con base en ellas— si se ha violado alguno de los grandes principios del derecho, tales como la razonabilidad,¹⁶⁴ proporcionalidad,¹⁶⁵ desviación de poder,¹⁶⁶ buena fe,¹⁶⁷ confianza legítima,¹⁶⁸ imparcialidad,¹⁶⁹ audiencia previa,¹⁷⁰ única solución justa o discrecionalidad cero,¹⁷¹ seguridad jurídica,¹⁷² cláusula *rebus sic stantibus*,¹⁷³ etc.

¹⁶² Ver la nota precedente. CSJN, *Frente Justicialista de Liberación*, Fallos, 285: 410, 417 año 1973, cons. 7º, la cuestión no puede quedar sustraída al conocimiento del Poder Judicial “cuando la decisión adoptada suscita una controversia de naturaleza estrictamente jurídica, que exige un pronunciamiento que le ponga *fin a través de la solución que en derecho corresponda*.” La bastardilla es nuestra.

¹⁶³ Que explicamos *supra*, t. 2, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.” Ver también SISELES, OSVALDO E., “Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 123-35; GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato...*, *op. cit.*, pp. 159-69.

¹⁶⁴ Un desarrollo liminar en el t. 1, cap. VI, § 8 a 16; cap. X, § 15.1. En este vol. 3 ver *infra*, cap. VIII, § 8, “Irrazonabilidad” y cap. IX, § 7, “Arbitrariedad” y 8, “Distintos casos de arbitrariedad.”

¹⁶⁵ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.2; *infra*, cap. VIII, § 8.2, “La falta de proporcionalidad.”

¹⁶⁶ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.3; *infra*, en este mismo vol. 3, cap. IX, § 6, “Desviación de poder.”

¹⁶⁷ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.4, “Buena fe.”

¹⁶⁸ *Infra*, cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.” PREVEDOUROU, EUGENIE, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Atenas, Sakkoulas, 1998; PUISSOCHET, J. P., “Vous avez dit confiance légitime,” en *Mélanges Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA, J., *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bonn, Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzeänderungen*, Berlín, Duncker y Humblot, 1990.

¹⁶⁹ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 13, “Principio de imparcialidad.”

¹⁷⁰ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

¹⁷¹ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15; *infra*, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” *Cipriano*, 1997, CFed. Mar del Plata, LL, 1998-F, 356 y en LL, 1999-A, 395. La solución viene del derecho español cuando existe una única solución justa. Ver GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 438, etc.

¹⁷² PACTAU, BERNARD, “La sécurité juridique, un principe qui nous manque?,” *AJDA*, París, 1995, n° especial del cincuentenario, p. 151.

¹⁷³ KÖBLER, RALF, *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, 1991.

Conviene puntualizar, por fin, que a veces la administración intenta superar los controles disfrazando su irrazonabilidad al amparo de una norma que ella misma dictó y que luego pretende humildemente cumplir. Allí también debe ejercerse en toda su plenitud el control de razonabilidad, buena fe, desviación de poder, confianza debida, seguridad jurídica, etc.

CAPÍTULO VII

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PÚBLICOS

SUMARIO

| | |
|--|--------|
| 1. La presunción de legitimidad y el carácter de instrumentos públicos de los actos administrativos..... | VII-1 |
| 2. Actuaciones judiciales y actuaciones administrativas..... | VII-2 |
| 3. Los actos administrativos como instrumentos públicos..... | VII-3 |
| 3.1. Acto jurídico e instrumento del acto jurídico | VII-3 |
| 3.2. Acto jurídico e instrumento público..... | VII-3 |
| 3.3. Acto administrativo e instrumento público..... | VII-4 |
| 4. La “plena fe” del instrumento público y el acto administrativo | VII-5 |
| 5. Los efectos probatorios frente a terceros del acto administrativo-instrumento público | VII-6 |
| 5.1. La constatación del agente público..... | VII-6 |
| 5.2. Los casos de voluntario acatamiento | VII-8 |
| 5.3. La cuestión penal..... | VII-9 |
| 5.4. La constatación con otros medios de prueba | VII-10 |
| 6. Los actos administrativos-instrumentos públicos no tienen fuerza ejecutiva en sede judicial..... | VII-10 |
| 7. ¿Los documentos administrativos, son instrumentos públicos? Necesidad de norma legal expresa | VII-11 |
| 8. El art. 979 del Código Civil no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas..... | VII-13 |
| 9. Los instrumentos públicos en la era digital | VII-14 |
| 10. Conclusiones..... | VII-17 |

Capítulo VII
**LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
COMO INSTRUMENTOS PÚBLICOS**

*1. La presunción de legitimidad
y el carácter de instrumentos públicos de los actos administrativos¹*

Tema de frecuentes dudas en la jurisprudencia es el de si los actos administrativos o las actuaciones administrativas o incluso actas de comprobación² revisten el carácter de instrumentos públicos, alcanzados por la norma del art. 979 del Código Civil y qué consecuencias a su vez tendría el estar o no incluidos en esa disposición. Ese tema recibe renovado interés a partir de la ley 25.506, que tratamos *infra*, § 9, “Los instrumentos públicos en la era digital.” Volviendo al Código Civil, dado que el art. 994 confiere plena fe a los instrumentos públicos, la vinculación del problema con la presunción de legitimidad del acto administrativo es evidente. Incluso muchos fallos tratan en cierto modo indistintamente el punto, confundiendo presunción de legitimidad del acto administrativo con el supuesto carácter de instrumento público que al mismo tiempo le acordarían.³

¹ Ver D'ARGENIO, INÉS A., “Valor probatorio del expediente administrativo,” *JA*, 1994-III, 100; HUTCHINSON, TOMÁS, “La documentación electrónica administrativa y su consideración como instrumento público,” *ED*, 128: 943 y sus referencias de la nota 3; BIELSA, RAFAEL, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado,” *JA*, 1949-II, p. 3, sección doctrina, pp. 5-6; FIORINI, BARTOLOMÉ A., “Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional,” *LL*, 146: 1017. Ver también SCJBA, 11-VII-2001, *Venturino*, *JA*, 2002-II, 710, con nota de OROZ, MIGUEL H. E., “Nulidad de la notificación en el procedimiento administrativo,” *JA*, 2002-II, 714, esp. § VII y VIII, pp. 718-20.

² *Infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas” y VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

³ O, a la inversa, negando el carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas, pero reconociendo el carácter de actos administrativos (*p. ej.* con presunción de legitimidad), de los actos (*negotia jurídica*) allí contenidos. Ver CNFed. CA, Sala IV, *Romeva*, 21-IX-93, causa 29.042, en que a dicha circunstancia se agregó la absoluta falta de actividad probatoria de la parte, que se contentó con un desconocimiento genérico; actitud frecuente que siempre los tribunales condenan. Ver *supra*, t. 2, cap. I y t. 1, cap. I; *infra*, t. 4, caps. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba” y VII, “Producción y valoración de la prueba.”

Dado que a nuestro entender y según se verá en lo que sigue, no existe ninguna relación entre la presunción de legitimidad y el posible carácter de instrumentos públicos que pudiera asignárseles a los actos administrativos, hemos decidido dedicarle a este problema un cap. aparte, en lugar de tratarlo conjuntamente con la presunción de legitimidad o analizarlo *in extenso* en el tema de la prueba, que ya hemos tratado⁴ y sobre el cual volvemos luego.⁵

También es desde luego posible tratarlo en el desarrollo del derecho procesal administrativo.⁶

2. Actuaciones judiciales y actuaciones administrativas

Puesto que la norma citada da el carácter de instrumentos públicos a las actuaciones judiciales, allí debe efectuarse la primera comparación.

Supongamos preliminarmente que aceptamos la hipótesis de conceder el carácter de instrumentos públicos a todas las actuaciones administrativas. Llevemos esa hipótesis a su máxima y más extrema expresión y afirmemos por un momento que dicho carácter es igual al que se asigna a las actuaciones judiciales.

Pues bien, ni aún en tal extremo, fuerza es reconocer que ninguna Cámara de apelaciones se siente obligada a mantener como valor de verdad el *contenido* y la *decisión* de la sentencia apelada, ni su *apreciación de los hechos*, ni su invocación de hechos o circunstancias. La Cámara libremente vuelve a apreciar los hechos invocados, los fundamentos de la sentencia, toda ella en suma, sin sentirse atada en lo más mínimo por el criterio o las afirmaciones del juez de primera instancia.⁷

Si eso es lo que ocurre cuando una Cámara *ad quem* revisa sin resistencias ni temores o falsos respetos una sentencia judicial del tribunal *a quo*, resulta casi irrisorio suponer que ninguno de ellos habrá de dar mayor credibilidad al órgano que ambos, *a quo* y *ad quem*, controlan.

Resulta por ello insostenible que por predicar el carácter de instrumentos públicos tanto de las actuaciones judiciales como de las administrativas, resulte que un tribunal superior de más crédito a la administración que a un tribunal judicial. Allí se vislumbra algo de la confusión al respecto producida: Pensar que las actuaciones administrativas puedan ser instrumentos públicos nunca puede llevar a otorgarles mayor valor de verdad, ni plena fe que a las actuaciones judiciales en iguales circunstancias; por lo tanto, no obligando estas últimas a los jueces superiores sobre las afirmaciones, las constataciones, los criterios ni las

⁴ Ver *supra*, t. 2, cap. I, "La prueba de los derechos."

⁵ Ver *infra*, t. 4, cap. VI, "Apertura a prueba. Medios de prueba" y VII, "Producción y valoración de la prueba."

⁶ En tal sentido MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 703-4.

⁷ Puede también, por razones prácticas, atenerse principalmente a la visión de los hechos del *a quo*; pero no por restricciones teóricas.

decisiones del juez de que se trate, tampoco puede pretenderse que las actuaciones administrativas obliguen con tal alcance a jueces ni demás administradores.

3. *Los actos administrativos como instrumentos públicos*

3.1. *Acto jurídico e instrumento del acto jurídico*

Por la naturaleza del tema que abordaremos, es conveniente hacer una breve referencia inicial a un difundido error de derecho entre las personas carentes de formación jurídica, que a veces trasciende incluso a quienes cuentan con tal formación. Se trata de la distinción entre el acto jurídico y el instrumento que lo constata o acredita. Es frecuente oír a un inquilino decir: “Yo no tengo contrato,” queriendo decir con ello que no tiene un contrato documentado por escrito, pues sin duda, ocupando el inmueble en condición de inquilino y pagando un alquiler al propietario, *tiene un contrato*, sólo que no tiene el *instrumento* de ese contrato.⁸

3.2. *Acto jurídico e instrumento público*

Lo mismo ocurre cuando el acto, en lugar de documentarse por un instrumento privado, se documenta por un instrumento público. Siempre se hace necesario distinguir entre el instrumento (p. ej., escritura pública) y el acto que ese instrumento constata o certifica (p. ej., una compraventa). Y es evidente que cada uno se rige por sus principios propios. Como ya lo señalaron AUBRY ET RAU, pues, “es necesario cuidarse de no confundir los actos (*instrumentos*) destinados a constatar convenciones y disposiciones, con esas mismas convenciones” y “disposiciones, que constituyen actos jurídicos (*negotia juridica*). Es para evitar toda confusión a este respecto, que de ordinario hemos calificado a los primeros como actos instrumentales.”⁹ El instrumento público, pues, no es sino un acto instrumental, destinado a constatar —al igual que un instrumento privado— cierto acto jurídico. A su vez, “lo que confiere a un instrumento la calidad de *público* es su *autenticidad*: a diferencia de los privados prueban *per se* la verdad de su *otorgamiento*.”¹⁰ Es decir, tanto los instrumentos privados como los públicos son instrumentales —valga la redundancia— al efecto de documentar un acto jurídico. En un caso, la documentación es de relativo valor probatorio, en el segundo, tiene fuerza probatoria mucho mayor. Queda claro que en ambos casos su valor es ese, probatorio de la existencia del acto jurídico, no de su sinceridad o la de los comparecientes.¹¹

⁸ El ejemplo pertenece a BIELSA.

⁹ AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, París, 1922, 5ª ed., p. 155, nota 2. Conf. DALLOZ, *Nouveau repertoire de droit*, París, 1947, p. 55: “el acto instrumental designa al escrito labrado (*dressé*) para conservar la prueba de un acto jurídico” distinguiendo así claramente.

¹⁰ GOLDSTEIN, MATEO y OSSORIO y FLORIT, MANUEL, *Código Civil y leyes complementarias*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 391. La bastardilla difiere del original.

¹¹ CNCiv., Sala I, *Maffia*, JA, 2000-I, 11; LL, 2000-D, 150, año 1999.

3.3. *Acto administrativo e instrumento público*

Nada puede variar cuando en lugar de tratarse de un acto jurídico de derecho privado, se trata de un acto administrativo. En este caso, su documentación a través de un instrumento público no hace sino a un aspecto *probatorio*: Es la prueba fehaciente de que el acto es auténtico,¹² que realmente fue dictado, que lo fue efectivamente en la fecha y lugar que indica, que la firma es verdadera y ha sido puesta por la persona de que se trata. Es que la presunción de legitimidad del acto administrativo “en nada puede asimilarse al valor probatorio del instrumento que lo documenta.”¹³ Esto es así tanto si el acto administrativo consta en un instrumento público levantado por un escribano público, o sea, una escritura pública, como si consta en un documento público levantado por un funcionario público, de acuerdo al inc. 2° del art. 979 del Código Civil. Como dice BIELSA: “Se trata siempre [...] de un *genus* [...] él comprende también a las escrituras públicas;” “El instrumento público es una «especie» de documento público;” “La escritura pública, a su vez, es una especie de instrumento público [...] pues además de fehaciente y auténtica debe ser acto de notario público pasado en su protocolo.”¹⁴

Si lo más, que es la autenticación del acto administrativo por escritura pública, no constituye otra cosa que una prueba instrumental de la verdad de su existencia, seguramente que lo menos, o sea su autenticación por documento administrativo, no podrá tener efecto superior. Como mucho, la autenticación del acto administrativo tendría el efecto de probar también, como la escritura pública, que el acto realmente se dictó, que fue otorgado en la fecha y lugar que expresa y por el funcionario que señala, quien además lo firmó. Pero nada más, como ninguna otra cosa certificaría su autenticación por escritura pública.

En igual sentido ha dicho la SCJBA que “ha mantenido la diferencia que existe entre el acto administrativo en sí y el instrumento que lo documenta y ha cuidado de precisar la naturaleza jurídica de ese instrumento sin asignarle, sin más, la calidad de instrumento público por la sola circunstancia de que documenta un acto que goza de presunción de legitimidad,¹⁵ siguiendo de tal modo la correcta doctrina [...] y superando el equívoco de otros autores que [...] consideran que el acto administrativo otorgado por escrito tiene todas las notas que caracterizan al instrumento público cuando es «otorgado por el agente o funcionario administrativo con competencia» confundiendo la competencia para emanar el acto con la del oficial público que lo registra.”¹⁶

¹² Ver BREWER CARIAS, ALLAN R., *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, p. 131, nota.

¹³ D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 16, quien también señala, *op. cit.*, p. 15, la “imperdonable confusión” de los precedentes jurisprudenciales y legislativos contrarios, como La Pampa y Mendoza.

¹⁴ BIELSA, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado,” *op. cit.*, pp. 5-6.

¹⁵ *DJBA*, 120-85; 121-245; conc. 119-809.

¹⁶ SCJBA, *Ibarra, JA*, 1994-III, 99, con nota de D' ARGENIO, *op. loc. cit.*

4. La “plena fe” del instrumento público y el acto administrativo

Algunos autores han confundido el aspecto probatorio de la autenticidad del acto, cualidad ésta que confiere el ser instrumento público, con el acto mismo cuya autenticidad se certifica y han pensado que el carácter de instrumento público implicaba también la verdad y la legitimidad del contenido mismo del acto.¹⁷ Punto de partida para la confusión pudo haber sido el art. 993 del Código Civil, cuando expresa que: “El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia.”

En esto se debe prestar atención: La plena fe a que el art. hace referencia, de los hechos que el oficial ha cumplido o ha presenciado, se refiere a la *instrumentalidad de un acto jurídico*; no a los hechos que puedan haber servido de base al acto jurídico. Estos deben *probarse* y si la administración no lo hace, su aseveración resulta arbitraria.

Ha dicho así la CSJN que estando “la afirmación respectiva privada de respaldo en pruebas obrantes en la causa,” “no pasaba de ser una mera declaración insuficiente para acordar legitimidad al acto administrativo.”¹⁸ El funcionario público que dicta un acto administrativo actúa entonces en una doble faz: Como órgano emisor del acto y como órgano de la fe pública que certifica que el acto ha sido verdaderamente dictado por él en esa fecha y lugar.¹⁹ Y es claro a nuestro entender que la fe pública del instrumento público se refiere al *dictado* del acto por él, no al contenido del acto *ni a los hechos o circunstancias que él tuvo en cuenta para dictarlo*. Comparemos con un ejemplo del derecho civil. Si yo acudo a un notario y declaro que revoco una donación, por causa de ingratitud, el escribano certificará que hice esta manifestación, pero no que la causa haya existido. El donatario no tiene que redargüir de falsedad la escritura pública si considera que no hubo causal de ingratitud, pues a ese respecto la escritura no hace plena fe: Es el contenido del acto, no su celebración y por tanto nada tiene que ver con ello el art. 993 del Código

¹⁷ SPOTA, ALBERTO G., “Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas,” *JA*, 1955-I, 119, anotando un fallo que sienta la tesis opuesta; “Naturaleza jurídica de las cuentas de afirmados extraídas de los libros municipales,” *JA*, 55: 499; su ponencia en INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, *Proyecto de Reforma del Código Civil*, libro I, Buenos Aires, 1940, p. 278; rebatida por LAFAILLE y rechazada en la votación, p. 279.

¹⁸ CSJN, *Cabrera, Fallos*, 305: 1937, año 1983, cons. 6°. En algunos casos y en función de normas especiales como las aduaneras, puede ocurrir que las pruebas admisibles para desvirtuar la aseveración del oficial público estén predeterminadas: CNFed. CA, Sala II, *Fernández Vega, ED*, 92: 839, año 1980, cons. 3°. Resulta de ello que el instrumento público no da fe, en el caso, sino que es una prueba susceptible de ser controvertida con otras. Es lo que hacen los conductores de automóviles cuando consideran que el acta fotográfica de una infracción de tránsito o estacionamiento no refleja adecuadamente los hechos: sacan otras, obtienen testimonios, piden inspección ocular o reconocimiento judicial, etc.

¹⁹ Conf. DROMI, JOSÉ R., “Presunción de legitimidad,” en DIEZ, MANUEL MARÍA y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 83.

Civil.²⁰ Exactamente igual es la situación en el caso del acto administrativo: La instrumentalidad pública tan sólo certifica su celebración, su firma, su fecha, etc., pero no certifica —ni puede certificar con el alcance del art. 993— su contenido, sus motivos de hecho o de derecho, ni su validez. En igual sentido expresa ORTIZ²¹ que “mientras el Notario se expide como tal y para dar valor de plena prueba al documento que extiende, el servidor público actúa con otro fin y como autor del acto en calidad de parte, no como tercero encargado de función documental. Esto significa que mientras el Notario es creíble —y para eso se tituló como tal— en cuanto a todo lo que dice haber pasado en su presencia o hecho él mismo, el servidor público no lo es y lo único que su palabra puede probar fue que la dijo, no la existencia de los hechos que narra. Luego, el acto administrativo escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión.”²²

Concluye en igual sentido HUTCHINSON que “La mayoría de la doctrina administrativa no está de acuerdo en que la mera presencia de un funcionario en ejercicio de su autoridad, presuponga la creación de los instrumentos públicos”²³ y que “El agente administrativo no es un oficial público y menos aún un notario público;” “Las actuaciones administrativas de cualquier clase que fueren, mientras no sean notariales, son pruebas escritas que pueden ser destruidas con cualquier clase de medio probatorio.”²⁴

5. Los efectos probatorios frente a terceros del acto administrativo-instrumento público

5.1. La constatación del agente público

De acuerdo a lo que estamos viendo, *la circunstancia de que un acto administrativo conste en instrumento público no le confiere otro efecto que el de su autenticidad*²⁵ (y, reiterémoslo una vez más: No se cometa el error vulgar de creer que

²⁰ En sentido similar ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1958.

²¹ ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la Administración Pública*, San José, 1973, pp. 92-3.

²² ORTIZ, *op. cit.*, p. 102.

²³ HUTCHINSON, “La documentación electrónica...,” *op. cit.*, pp. 944-5; conf. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, § 18, pp. 27-8.

²⁴ HUTCHINSON, “La documentación electrónica...,” *op. loc. cit.*; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 706, § 400, aclara que “no se les extiende la presunción de legitimidad” a “los hechos a los cuales el actos e refiere o invoca;” y lo funda, *op. cit.*, p. 707: “ello porque no es posible que mediante el simple dictado de un acto la Administración quede liberada de la obligación de probar los hechos cuya existencia es condición de su validez.”

²⁵ Comp. en sentido similar, aunque no muy terminante BIELSA, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado,” *op. cit.*, p. 5, segunda columna y p. 10, primera columna, *in fine*. Por su parte SOLER expresa: “El instrumento es público en la medida en que su autenticidad y genuinidad están garantizadas por el Estado, aseguradas por un órgano prepuesto.” *Derecho penal argentino*, t. V, Buenos Aires, TEA, 1953, p. 366.

el instrumento, documento o papel en que el acto consta se confunde con el acto administrativo mismo. El acto administrativo, como declaración de voluntad, puede o no constar por escrito; cuando conste por escrito, podrá interpretarse que el *documento* que lo atestigua reviste la calidad de instrumento público, no así el acto por él autenticado).

Esto es fundamental a fin de determinar si los efectos que el acto produce sobre los terceros se ven o no afectados por la circunstancia de estar documentado en un instrumento público. El art. 994 del Código Civil determina que “los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos.”

Si se recuerda a su vez, como lo tiene aclarado la doctrina, que el oficial público certifica los hechos pasados en su presencia: un pago, un reconocimiento, una afirmación, haberse ejecutado un acto; pero no certifica “la exactitud o sinceridad de tales manifestaciones,”²⁶ se comprende entonces que la instrumentalidad pública no hace prueba frente a terceros de *lo que* el funcionario expresa en el acto administrativo, *sino sólo de que así lo expresa*.²⁷

Veamos un ejemplo: Si un inspector hace un acta por infracción a determinadas disposiciones, en la que consta que “el día [...], siendo las [...] hs., me constituí en [...] y pude constatar que [...] Fdo.: Fulano de Tal,” la naturaleza de instrumento público de esta acta, de la que hará plena fe, se refiere a que efectivamente Fulano de Tal levantó esa acta, expresando realmente lo que allí consta; pero ese instrumento público no hace fe “de la exactitud y sinceridad de tales manifestaciones,” en la expresión de ALSINA. A nivel local la jurisprudencia de faltas distingue lo que denomina recaudos esenciales y no esenciales del acta de comprobación hecha en virtud del art. 6° del decreto-ley 19.690/72, cuya emisión determina sin más la desestimación de la denuncia.²⁸ También hay fallos que consignan que la omisión administrativa de tomar recaudos de resguardo de la prueba de cargo que la administración debió aportar, adicionalmente al acta (elementos secuestrados), si se une al ofrecimiento de prueba del inculpado, que se le denegó, quita fuerza de convicción al acta y determina la absolución.²⁹ En suma y como también lo señala COUTURE,³⁰ “el instrumento público hace plena

²⁶ ALSINA, *op. cit.*, p. 406.

²⁷ Juzg. Fed. n° 1, Tucumán, 22-XII-99, *FA-MA y MS. Producciones S.R.L. c. AFIP, LL NOA*, 2000-1087: el acta no contiene certeza de lo afirmado, sino sólo de los dichos de los actuantes; no hace prueba en sí misma y puede ser desvirtuada por otros medios de prueba. A su vez, la carga de la prueba, tratándose de una pretendida infracción tributaria, incumbe a la acusación y por ende la falta de prueba (el acta *no lo es*) conduce a desestimar los cargos.

²⁸ Ver BAGNARDI, HORACIO y DONATO, PEDRO ERNESTO, *Código de procedimientos en materia de faltas municipales. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 16-21. Los jueces consideran el acta como *denuncia*, no como constatación fehaciente de una infracción.

²⁹ CNCiv., Sala D, *Leonetti c/Municipalidad de Buenos Aires*, 1990, *LL*, 1991-A, 362, cons. V.

³⁰ COUTURE, EDUARDO J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, E.J.E.A., 1949, p. 97 y ss.

fe, aun frente a los terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, pueden desconocer la realidad del otorgamiento³¹ y la fecha del instrumento público, salvo prueba de falsedad;” en otras palabras, que el instrumento público, hace plena fe respecto de terceros sólo en lo que hace a su fecha y otorgamiento y que en cuanto a su contenido dispositivo o enunciativo, hace plena fe para las partes y sus sucesores a título singular, *pero no para los terceros*.³²

Por supuesto, el concepto de tercero es unívoco: Es aquél que ni por sí ni por otro “ha intervenido en la confección material del documento;”³³ en el caso del acto administrativo, esto no significa sino notificarlo del dictado del acto, pero no implica asentimiento al acto ni menos aún participación en él. Sólo en los contratos administrativos podría hablarse de que el particular sea una *parte* en el instrumento y lo alcance la plena fe del documento también en cuanto a su contenido;³⁴ pero en materia de actos administrativos *unilaterales* (sanciones de cualquier tipo, p. ej.), su misma definición está señalando la falta de participación del particular en la emisión del acto y por lo tanto su indiscutible posición de *tercero* en relación a él.

5.2. Los casos de voluntario acatamiento

El mismo criterio será aplicable también en situaciones en que el particular aparezca consintiendo expresamente la ejecución del acto, p. ej. en los casos en que se le hace firmar (so pena de no cumplirse el acto si así no lo hace) con expresiones tales como “Recibí conforme,” etc. Se trata generalmente de actos que reconocen un derecho al individuo, pero lo hacen en forma incompleta: Una orden de pago, sea en la función pública o con respecto a cualquier otro contrato administrativo, es un ejemplo clásico de ello; otro ejemplo conocido es el de la entrega por los funcionarios municipales o policiales de los vehículos retirados de la vía pública: El vehículo no suele ser entregado si el propietario no firma una declaración de que lo recibe en buen estado.

En todas estas hipótesis nos parece claro que la firma y el posible asentimiento al acto, *no lo transforma en bilateral*, por lo que se mantiene la situación anterior: Es un acto administrativo unilateral, a cuya ejecución asiente o no el interesado, pero sin ser parte en la emisión del instrumento público. No se puede ignorar, en efecto, que muchas veces no existe libertad para proceder de otro modo que firmando el acto.³⁵

³¹ COUTURE, *op. cit.*, p. 98.

³² COUTURE, *op. loc. cit.* y también p. 100.

³³ BAYLEY, citado por COUTURE, *op. cit.*, p. 97, nota 127.

³⁴ Supuesto que conforme al Código Civil fuera un instrumento público, lo que de cualquier manera no compartimos en ese aspecto.

³⁵ CNApel. Civ. y Com., Sala 2, *Bauen S.A.C.I.C. c/ Banco Nacional de Desarrollo s/ cumplimiento operación crediticia*, 3-IV-97, causa n° 8641/IV: “para evitar las penalidades no le quedaba otro camino que someterse, sí o sí, a las exigencias del BANADE,” cons. XXII, 5° párrafo.

En el caso de los pagos, que usualmente se efectúan sin liquidación de los intereses correspondientes, es necesario efectuar como lo prescribe el art. 624 del Código Civil la reserva de los intereses, en el mismo acto; pero esto frecuentemente tratan de impedirlo los funcionarios que efectúan el pago. Ello ha dado lugar a soluciones risueñas: Llevar un sello expresando: “Hago reserva del pago de los intereses” y en el momento de firmar el recibo de pago, aplicarlo.

Sin embargo, reconociéndose el hecho material de la dificultad de expresar la voluntad, se ha admitido que aunque no se haga la reserva en el mismo acto, ella es admisible si se la manifiesta en un plazo razonablemente breve. (Hasta 3 días, en algún caso.) Es decir, entonces, que no hace falta —y sería absurdo que lo hiciera— redargüir de falso por acción civil o criminal a dicho acto, para poder probar que la sanción no procede, que la infracción no fue cometida, o que la administración no ha pagado todo lo que adeudaba al particular. Por el contrario, tratándose de un tercero al acto, *le serán admitidos todos los medios de prueba, incluso las presunciones.* (Art. 1191, Código Civil.)³⁶

5.3. La cuestión penal

Por lo demás, la jurisprudencia penal ha sido una de las más restrictivas para considerar que un documento administrativo puede ser considerado instrumento público.³⁷

Si se reconociera carácter de instrumento público a todo acto administrativo en cuanto a su contenido, ello implicaría probablemente una pesada carga sobre los funcionarios o empleados públicos, que estarían en constante riesgo de incurrir en el delito de falsedad ideológica, tipificado por el Código Penal como “el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio.” Con este criterio, sería criminalmente punible todo funcionario que dictara actos basados en pruebas inexistentes o que invocara hechos que no son ciertos, etc., lo que sería demasiado severo. La solución, entonces, es caracterizar al instrumento público (emanado de un funcionario administrativo) como tal, sólo en cuanto se refiere a la autenticidad (fecha, firma, lugar, etc.) del acto, *no en cuanto a su contenido.*

Ya que el derecho tiende a desmitificar al funcionario, p. ej. con la eliminación del delito de desacato,³⁸ desarmemos orgánicamente un aparataje medieval. Es necesario terminar con los mitos y presunciones para nuestros funcionarios públicos: No imaginemos un *jus divinum, ad usum* de ellos.

³⁶ En igual sentido ALSINA, *op. cit.*, p. 407.

³⁷ SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*, t. V, p. 358 y ss., especialmente nota 20, p. 360.

³⁸ Ello fue consecuencia de la transacción internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *in re Verbitsky c. Belluscio* (*supra*, t. 1, cap. VI, § 2.5, “Otras fuentes” y nota 2.23), causa 11.012, en que el país se obligó a derogar la figura del desacato: ver VERBITSKY, HORACIO, *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta, 1997, pp. 232-41.

5.4. *La constatación con otros medios de prueba*

Es interesante destacar una evolución hacia mecanismos un poco más actualizados de comprobación de hechos, como p. ej. la fotografía y firma digitalizada a nivel local en cuestiones de tránsito. Ello ocurre en la Ciudad de Buenos Aires, a texto legal expreso,³⁹ en materia de algunas infracciones de tránsito (luz roja, estacionamiento indebido, exceso de velocidad). En muchas de ellas la fotografía adquiere un carácter probatorio virtualmente irrefutable: violación de luz roja, de senda peatonal, exceso de velocidad,⁴⁰ estacionamiento sobre la mano izquierda, en doble fila, frente a garaje, en esquina, etc.⁴¹ En otras, en cambio, su fuerza de convicción decae. La cuestión central es qué demuestra realmente la fotografía. No se discute su autenticidad, sino la percepción de lo que muestra.

Tanto en los actuales como tradicionales instrumentos públicos, el particular puede desvirtuar con cualquier medio de prueba las constancias de los expedientes administrativos,⁴² pero cabe destacar que la mera negativa no suele ser suficiente si no aporta pruebas, aunque sea indiciarias. Él *debe* realizar un claro esfuerzo probatorio si desconoce o cuestiona la veracidad o exactitud de lo que afirman. Su negativa genérica es insuficiente.⁴³

6. *Los actos administrativos-instrumentos públicos no tienen fuerza ejecutiva en sede judicial*

Se sigue de lo anterior, como ya lo indicó LAFAILLE “que constituyen dos problemas distintos, el carácter público de un instrumento y su fuerza ejecutiva”⁴⁴ por lo que de la posible naturaleza de instrumento público del documento que constata el dictado de un acto administrativo no surge en absoluto que el mismo tenga fuerza ejecutiva, para que en el ámbito judicial pueda la administración demandar su cumplimiento por juicio ejecutivo en lugar de juicio ordinario. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que a pesar de haber reconocido a

³⁹ La norma legislativa local autoriza además, *ex ante*, “cualquier otro medio idóneo que surja del desarrollo tecnológico;” “Dése a los medios enunciados en el artículo precedente el carácter de instrumento público, constituyendo así, plena prueba del hecho punible que se comprueba. Para ello, deberán cumplir con los requisitos que exija el sistema que oportunamente se establezca.” Ver también *infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas,” pp. 39-40 y cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión,” pp. 30-1. Ver también, t. 3, cap. III, § 10, “Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc.”

⁴⁰ Existen tecnologías, verificadas por el INTI, para constatar técnicamente estas circunstancias.

⁴¹ La fotografía debe ser indubitada y mostrar claramente aquello que pretende probar.

⁴² CSJN, *Nación Argentina v. Florentino Ghigliano*, Fallos, 246: 194, año 1960; *Bravo*, 253: 406, año 1962; *Transporte de Buenos Aires v. Unión Tranviarios Automotor*, 262: 130, año 1965. Ver D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 14.

⁴³ Cuestión ésta que los abogados no siempre parecen aprehender y que los tribunales siempre señalan. Nos remitimos al t. 2, cap. I y al t. 1, cap. I; *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, cuarta reimpresión, 2001.

⁴⁴ LAFAILLE, opinión vertida como miembro del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, en el libro *Proyecto de Reforma del Código Civil*, Libro I, Buenos Aires, 1940, p. 279.

las actuaciones administrativas, en algunos casos, el carácter de instrumentos públicos,⁴⁵ en cambio frecuentemente ha negado, correctamente, la procedencia de la vía ejecutiva para la ejecución de las disposiciones en ellas contenidas.⁴⁶ En igual sentido se ha manifestado la Procuración del Tesoro de la Nación en las últimas décadas,⁴⁷ aunque antiguamente había expresado una opinión más terminante, similar a la que acabamos de criticar;⁴⁸ la evolución jurisprudencial es análoga.⁴⁹

Señalando la distinción ha dicho también la Corte Suprema: “Que si bien el decreto de fs. [...] es uno de los instrumentos públicos que enumera el art. 979 del Código Civil, lo es en cuanto a sus antecedentes de autenticidad como documento público, pero no tiene el alcance de autorizar la vía ejecutiva.”⁵⁰

7. *¿Los documentos administrativos, son instrumentos públicos? Necesidad de norma legal expresa*

Hemos dejado intencionalmente para el final la pregunta que debiera haber sido fundamental, a saber, si las actuaciones administrativas están comprendidas en el art. 979 del Código Civil y son por lo tanto instrumentos públicos.

Procedimos de esta manera porque nos ha parecido que todo el tratamiento de la cuestión se ha visto oscurecido por la confusión acerca del carácter en que obraría el funcionario público que dicta el acto y simultáneamente lo autentica; aclarado que si hay instrumento público ello es en la segunda parte y que ésta nada tiene que ver con el contenido del acto, ni le da plena fe ni efectos frente a terceros, ni vía ejecutiva, podemos referirnos ahora a la cuestión más elemental. La jurisprudencia ha dudado, en distintas oportunidades, de la extensión que deba tener la inclusión de las actuaciones administrativas dentro del art. 979 y ha dicho, p. ej., que su enumeración es limitativa y que un documento administrativo tendrá carácter de instrumento público sólo cuando *una ley expresamente y para el caso particular* lo determine.⁵¹

A su vez, hay autores que han negado el carácter de instrumentos públicos a las actuaciones administrativas, señalando que la interpretación del art. 979 debe

⁴⁵ CSJN, *Fallos*, 138: 348, *Spósito*, año 1922; 139: 373, *Zaburlín*, 1923 y otros; CNFed., Sala CA, *Paz*, año 1991, *LL*, 105: 492.

⁴⁶ CSJN, *Fallos*, 127: 133, *Estrella*, año 1918; *Fisco Nacional*, año 1917, *Fallos*, 129: 212; Cámara Nacional Especial, *Gobierno Nacional*, año 1957, *LL*, 91: 410; CFApel de Paraná, *Kranse*, año 1958, *JA*, 1958-IV, 285; CFCap., *JA*, 28: 1000; *Gurruchaga de Pessagno*, año 1975, *JA*, 29: 123, en los que no sólo se negó que un decreto del Poder Ejecutivo fuera suficiente título ejecutivo, sino además que fuera instrumento público. También ha negado carácter de instrumento público a las actuaciones administrativas la Cámara Federal de la Capital, *Renaud*, año 1966, *JA*, 1967-I, 205. Existen casos, en cambio, en los que se autoriza la vía ejecutiva: *Díaz Navarro*, 1974, *JA*, 26: 470, nota 2.

⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 96: 508; 69: 154, en sentido similar.

⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 66: 154 y otros.

⁴⁹ D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰ CSJN, *Fallos*, 127: 133, 135, *Estrella*, 1918.

⁵¹ CNApel, *JA*, 1955-I, 119, con nota contraria de SPOTA, citada *supra*, nota 4.1.

llevar a esa conclusión;⁵² otros han replicado que aunque el art. 979 no lo disponga, de todos modos deben ser considerados como tales.⁵³ Esta última tesis muestra la debilidad de la posición sostenida ya que se admite tácitamente que el Código Civil no comprende como instrumentos públicos a todas las actuaciones administrativas y se pretende en cambio que éstas “por su naturaleza” deban reputarse tales.⁵⁴ En ocasiones, más que un desarrollo teórico, esta es una manera en la cual la jurisprudencia se desembaraza de pretensiones que no logran tener fuerza de convicción suficiente para desvirtuar la del expediente administrativo. Resulta cómodo entonces asignar a éste conceptualmente el carácter de instrumento público para soslayar, en definitiva, la fundamentación razonable y suficiente sobre el mérito de la prueba producida. Salvo esos casos en que se advierte más que un razonamiento legal una forma de simplificación de la sentencia, cabe advertir que no es razonable ni lógico pretender que aunque el Código Civil no los instituya como instrumentos públicos, igualmente quepa asignarles tal carácter porque tuvieren tal “naturaleza.” Es que el derecho administrativo no admite ya posiciones de ese carácter y el derecho procesal tampoco; no puede ignorarse que “las normas que dicen que el instrumento público hace plena fe, es un resabio actual del sistema de las pruebas legales; porque el legislador le está diciendo al juez [...] que acate, como prueba suficiente, ese medio de comprobación.”⁵⁵

Tratándose de una “prueba legal,” que sigue el camino poco menos que ridículo de las leyes antiguas (dos testigos hábiles y contestes, hacen plena fe; si se trata de instrumentos privados y se discute su falsedad, hacen falta dos testigos; si eran instrumentos públicos, cuatro; si se discutía la cláusula de un testamento, siete; si lo había otorgado un ciego, ocho; el dicho del hidalgo prevalece sobre el del testigo villano; el del rico sobre el del pobre, etc.)⁵⁶ parece indiscutible que el juez sólo está *obligado* a valorar la prueba del modo que se indica si una norma

⁵² JOFRÉ, TOMÁS, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, t. III, Bs. As., 1942, 5ª ed., p. 331.

⁵³ SOLER, *op. cit.*, t. V, p. 361; SPOTA, “Carácter de instrumentos...,” *op. loc. cit.*

⁵⁴ Uno de los vicios clásicos del derecho administrativo argentino ha sido precisamente el querer instituir doctrinas y principios no sustentados por ninguna norma positiva o incluso contrarios a normas positivas. Pero ya se está adelantando en este tema y se señala así que no hay bienes del dominio público “por su naturaleza, o por derecho natural” (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 119 y ss.); que los actos administrativos no son “ejecutorios,” por su sola condición de tales (*supra*, t. 3, cap. V); que el “poder de policía” no implica una autorización al Estado para limitar los derechos de los individuos sin ley que lo establezca (t. 2, caps. V y VII); que “lo contencioso administrativo” no es un libre apartamiento de las normas procesales que rigen los juicios contra la Nación (*supra*, t. 2, caps. XIII y ss.); que no puede negarse la revisión judicial de los actos estatales invocando razones de “gobierno” (*supra*, t. 2, cap. VIII), atento el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución: *supra*, t. 2, cap. IX, § 10), etc. Ver también la “Introducción” al t. 3. MARIENHOFF no sigue el criterio expuesto en 1960 en materia de dominio público, cuando en 1964 trata de los servicios públicos, a los cuales equipara —criticando a quienes como nosotros, siguiendo su tesis de 1960, pensaban y piensan lo contrario— “por su naturaleza” a la venta de pan, carne, leche, etc.: *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 1964 y 1993, 4ª ed., pp. 24-5, nota 14 *in fine*.

⁵⁵ EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 84.

⁵⁶ EISNER, *op. cit.*, pp. 83-4.

legal expresamente se lo impone y siempre que ella no merezca la tacha de irrazonabilidad que la torna inconstitucional.

Los ejemplos del pasado, que expusimos, son pruebas de irrazonabilidad y por eso precisamente no existen en el derecho moderno. No inventemos ni creemos otras que las sustituyan; no imaginemos con que, al estilo antiguo, la palabra del funcionario (“hidalgo,” a veces “rico”) prevalece sobre la del ciudadano y contribuyente (“villano,” a veces “pobre”): Atengámonos a las pruebas, no las presuamamos *ex inventione*. Recordemos, alguna vez, que es el usuario o contribuyente el soberano,⁵⁷ no el funcionario, proposición francamente ridícula si las hay.

No existiendo esa norma en nuestro caso, no siendo aplicable el art. 979 del Código Civil a las actuaciones administrativas, la única conclusión lógica y jurídica es que el juez las apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica,⁵⁸ siendo por ello insostenible la aplicación de una “prueba legal” sin ley que la establezca en forma sensata y no intentando inventar privilegios, creencias o mitos medievales. Como también lo dice COUTURE,⁵⁹ no existe un supuesto “poder certificante” del Estado, sino que los instrumentos emanados del Estado tendrán tal o cual valor probatorio de acuerdo a las normas legales que así lo establezcan. En ausencia de tales normas parece infundado pretender que ellos igualmente tengan un valor tan absoluto como el que otorga el Código Civil a las escrituras e instrumentos similares.

8. *El art. 979 del Código Civil*

no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas

A su vez, si se analiza detenidamente el art. 979, se encuentra mucho más fundamento a la tesis negativa que a la afirmativa del carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas. En efecto, la norma dispone que “son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos [...] 2°) Cualquier otro instrumento que extendieran los escribanos o funcionarios públicos *en la forma que las leyes hubieren determinado*,” lo que da a entender que son estas últimas, las leyes que especialmente se dictan al efecto, las que podrán servir de fundamento para otorgarle carácter de instrumento público a uno extendido por funcionario administrativo.

Además, comparando este inciso segundo con el primero se advierte rápidamente que en ambos se hace referencia *simultánea e indistinta* a los “escribanos o funcionarios públicos,” diferenciándose en que el primer inciso trata de las

⁵⁷ ARENA, GREGORIO, “L’ «utente-sovrano»,” en UNIVERSIDAD DE VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Módena, Mucchi Editore, 1996, *op. cit.*, p. 147 y ss.; ELIA, LEOPOLDO, “La nuova cittadinanza,” *op. ult. cit.*, t. II, p. 723 y ss.; GHETTI, GIULIO, “Alcune considerazioni su *il nuovo cittadino*,” *op. cit.*, p. 835 y ss.; ETTORE ROTELLI, “Il nuovo cittadino di Feliciano Benvenuti,” *op. cit.*, t. IV, p. 1527 y ss., quienes desarrollan a BENVENUTI, FELICIANO, *Il nuovo cittadino. Tra garanzia e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, p. 60 y ss.

⁵⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 386.

⁵⁹ COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, *op. cit.*, t. II, pp. 64-8.

“escrituras públicas [...] y las copias” y el segundo inciso de “cualquier otro instrumento.” Dice así el inc. 1º): “Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.” De allí se desprende el error de querer interpretar al primer inciso como refiriéndose exclusivamente a los escribanos públicos y el segundo a los funcionarios públicos, que aparecerían así supuestamente facultados para emitir instrumentos públicos.

Por el contrario, ambos incisos se refieren tanto a escribanos como a funcionarios *facultados por las leyes*, unos u otros o ambos, para dar fe de los actos jurídicos; el primer inciso se aplica a las escrituras públicas y sus copias y el segundo a otro tipo de instrumentos públicos que las leyes contemplan.

Prestando atención, además, a que el inc. 1º habla de “otros funcionarios con las mismas atribuciones” —de los escribanos— y el inc. 2º de los escribanos “o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado,” se concluye con toda claridad que el Código Civil está tratando en primer lugar, en ambos incisos, de los escribanos públicos y que sólo contempla en segundo lugar, *en sustitución de los escribanos*, a otros funcionarios que las leyes determinen al efecto.

En ausencia de tales leyes que den razonable y expresamente a ciertos funcionarios las facultades propias en primer lugar de los escribanos, mal pueden fundarse en el Código Civil esas supuestas atribuciones.

La solución indicada se refuerza atendiendo a que los demás incisos del art. 979 contemplan en forma especial varios casos de instrumentos públicos emanados del gobierno, a los que expresamente se da el carácter de instrumentos públicos: Los billetes o títulos de crédito emitidos por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales (inc. 5º), las inscripciones de la deuda pública (inc. 7º), los billetes emitidos por los bancos autorizados (inc. 9º), los asientos y las copias en los registros civiles, inc. 10º. El que el Código Civil se haya ocupado en estos incisos de reconocer carácter de instrumento público a una serie de documentos administrativos concretos, es la mejor prueba posible de que el sentido del inc. 2º no es darle a todos los documentos administrativos tal carácter ya que de haber sido así, resultaría una injustificable repetición lo expresado a continuación en el mismo artículo.

9. *Los instrumentos públicos en la era digital*

La pretensión de certeza del instrumento público en general y de las escrituras públicas en particular tiene ante sí un desafío tecnológico cuando se produce la migración a otro medio de soporte que los tradicionalmente conocidos. El tema se halla en constante evolución y cabe en ella destacar la ley 25.506,⁶⁰ que define la firma digital como el “resultado de aplicar a un documento digital un

⁶⁰ Reglamentado por decretos 2628/02,724/06 y 1028/03; y decisión administrativa 6/07.

procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control.”⁶¹ Más allá de la complejidad de la redacción de la norma, parece claro que se trata del uso de un código o clave, generalmente alfanumérico en su mayor parte (puede también incluir otros símbolos o signos), que permite identificar un documento en forma individual. Lo de llamarlo “matemático” proviene del uso del sistema binario de “unos” y “ceros” que utiliza la computadora para trasladar a su propio lenguaje las letras, números y símbolos de que se trate en el lenguaje ordinario.

La norma agrega que la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, de modo tal que dicha verificación permita tanto identificar al firmante como al documento firmado y por ende poder detectar eventualmente cualquier alteración del documento digital que pueda aparecer posteriormente a su confección y “firma.” La ley define al documento digital como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo; estableciendo que el documento digital también satisface el requerimiento de escritura: o sea, es un documento equiparable a instrumento “escrito,” cualquiera sea el soporte material que tenga y cualquiera sea la simbología con la cual se lo registra, a condición claro está de que sea comprensible por el destinatario. La norma no presenta problemas de interpretación: cualquier soporte material apto para tener un registro digital es válido al efecto de esta ley. Podrá ser tanto el papel (o cartulina, cartón, madera, metal, etc.) como, exagerando un poco la nota, un holograma o un haz de luz. Al final de cuentas la ley admite el documento digital “con independencia del soporte utilizado para su fijación.” A ello cabe agregar la clásica forma verbal en los mismos casos que de antiguo es admisible; nada varía respecto de ella el régimen de los actos digitales. Tampoco cambia en nada el régimen de los actos administrativos tácitos o implícitos, ni de los actos presuntos: En materia de instrumentos digitales estamos en presencia de un acto expreso y en lenguaje comprensible y registrable.

Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma; es decir, al titular del código alfanumérico o sistema matemático de encriptación de que se trate: en otras palabras, que la firma digital corresponde a su verdadero titular. Expresa la ley que a fin de que la así llamada “firma”⁶² (que de firma en el sentido tradicional del vocablo puede ya no tener nada) sea válida, deberá ser

⁶¹ La llamada firma digital posibilita la suscripción de cualquier tipo de información: texto, imagen o sonido. Ver ROCA, SANTIAGO, “El acto administrativo digital en el marco del nuevo procedimiento administrativo” www.revista.rap.com.ar, *Circular Letter* n° 40.

⁶² Los arts. 2° y 5° distinguen firma digital y electrónica. Mientras que no se otorguen licencias a los certificadores sólo habría firma electrónica, pues la digital identifica y valida los datos pertenecientes al remitente —firmante— de un documento digital a través de Internet. Conviene recordar que se trata de meras estipulaciones semánticas, no de “esencias” diversas: *supra*, t. 1, cap. I, § 6 y 7.

creada durante el período de vigencia del certificado digital (a su vez válido) del firmante: Como es obvio, si el titular cambia su código, el viejo ya deja de identificar a un documento como propio de él. Quizás la mejor forma de representar mentalmente el proceso tecnológico involucrado en el documento y la firma digital sea comparándolo a una transacción personal en un cajero automático o *teller machine*. Con el *pin* o código personal vigente, uno realiza operaciones civiles o comerciales en tiempo real que lo obligan igual que un documento con soporte papel y firma autógrafa. Lo mismo en materia administrativa y tributaria, en que ya diversas transacciones se hacen con la Administración Federal de Ingresos Públicos utilizando esta metodología: La autorización a un imprentero para emitir facturas fiscales a un contribuyente, etc.

Asimismo, la llamada firma digital debe ser debidamente controlada por la referencia a los datos de verificación pertinentes, indicados en dicho certificado según el procedimiento de certificación utilizado. Se requiere que dicho certificado haya sido emitido o reconocido por un certificador licenciado.⁶³ En esta última categoría se comprende toda persona jurídica que expida certificados y cuente con licencia para ello, otorgada por el ente licenciante, que puede ser público o privado (por ejemplo, un escribano público, un banco) en los documentos en general, pero presumiblemente será solamente público en el caso del instrumento que contenga un acto administrativo.

El titular del certificado digital (o sea, del código de acceso que permite la fijación de su “firma” a un documento) posee diversas obligaciones: Mantener el control exclusivo de sus datos de creación de firma digital, impedir su divulgación; utilizar un dispositivo de creación de firma técnicamente confiable; solicitar la revocación de su certificado al certificador licenciado ante cualquier circunstancia que pueda haber comprometido la privacidad de sus datos de creación de firma e informar al certificador licenciado del cambio de alguno de sus datos contenidos en el certificado digital que hubiera sido objeto de verificación.

El certificador licenciado es responsable de los daños y perjuicios que ocasionen los errores u omisiones que presenten los certificados que expida, como así también por no revocarlos en legal tiempo y forma cuando así correspondiere, y por las consecuencias imputables a la inobservancia de procedimientos de certificación exigibles. Corresponde pues al prestador de servicios demostrar que actuó en la forma diligente. Ello vale tanto para una como otra parte de la transacción. La analogía con la operación bancaria por cajero automático o cualquier otra operación por internet es quizás la más apropiada para comprender el procedimiento.

⁶³La decisión administrativa 6/07 de la Jefatura de Ministros establece el marco normativo para el otorgamiento y revocación de las licencias de los certificadores, completando el sistema que consta de tres actores: La Oficina Nacional de Tecnología de la Información (ONTI), los Certificadores Licenciados y los usuarios.

La ley 25.506 señala el avance del derecho y su proyección hacia la tecnología actual y futura; sin embargo, esta ley no es por ahora aplicable a las disposiciones por causa de muerte, a los actos jurídicos del derecho de familia, a los actos personalísimos en general y a los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencias de disposiciones legales o acuerdo de partes, o las circunstancias del caso. Nos encontramos ante los albores de una nueva era digital en materia administrativa, pero esta era digital no vendrá rápido a ser realidad. Otras normas habían autorizado anticipadamente⁶⁴ el uso de los nuevos medios probatorios que la tecnología va desarrollando. Sólo cabe abrigar la esperanza de que la súbita cerrazón a que queda sometido un país muy emergente por falta de generalizado acceso pleno a la tecnología, no sea un impedimento para materializar eficazmente la aplicación de estos progresos conceptuales luego del avance tecnológico en curso de constante evolución. Parece pues una tendencia correcta, con las salvedades que efectuamos en este capítulo.

10. Conclusiones

10.1. Es muy discutible que los documentos emanados de cualquier funcionario tengan el carácter de instrumentos públicos; la jurisprudencia lo ha negado en reiteradas oportunidades. En nuestro concepto, ese carácter no surge del Código Civil, ni puede tampoco extraerse de principios teóricos subjetivamente postulados, sin fundamento normativo alguno.

10.2. Los actos administrativos de soporte digital no se diferencian en cuanto a su régimen jurídico de los documentados en soporte papel. El hecho de tener soporte no papel no les quita el carácter de actos administrativos, ni obsta a la presunción de legitimidad que les es propia. Así como una luz roja es suficiente para transmitir al conductor de un vehículo la prohibición de avanzar, así también un haz de luz o un holograma puede transmitir otro tipo de mensaje, como también lo puede hacer cualquier soporte físico capaz de contener la información digitalizada de que se trate, en tanto sea comprensible por las personas a las cuales va dirigida.

10.3. Aún admitiendo el carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas, el efecto de tal naturaleza no es otro que el de hacer plena fe del otorgamiento y la fecha del instrumento, no de su contenido dispositivo o enunciativo (COUTURE), ni de los hechos a los cuales se refiere (MAIRAL).

10.4. Son terceros al instrumento las personas que resulten alcanzadas por él, incluso aunque lo hayan firmado, si el acto administrativo es *unilateral* (p. ej., sanciones). Si el acto es contractual, entonces el contratante es parte en el instrumento.

⁶⁴ Ver *supra*, nota 39 y sus remisiones.

10.5. El contenido del instrumento hace plena fe para las partes y ellas sólo pueden probar su falsedad por acción civil o criminal; el contenido del instrumento, en cambio, no hace plena fe para los terceros, los que pueden utilizar todos los medios de prueba, incluso las presunciones, para desvirtuarlo (ALSINA).

CAPÍTULO VIII

OBJETO Y COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

| | |
|---|---------|
| I. <i>Elementos y vicios del acto administrativo</i> | VIII-1 |
| 1. Elementos del acto administrativo | VIII-1 |
| 2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación..... | VIII-3 |
| 3. Vicios y nulidades | VIII-4 |
| II. <i>Vicios del objeto</i> | VIII-5 |
| 4. Objeto prohibido..... | VIII-5 |
| 4.1. En general..... | VIII-5 |
| 4.2. Distintos vicios del objeto..... | VIII-6 |
| 4.3. Objeto prohibido por provocar indefensión | VIII-9 |
| 4.4. Precedentes. Doctrina de los actos propios | VIII-10 |
| 5. Objeto violatorio de facultades regladas | VIII-11 |
| 5.1. Planteamiento general | VIII-11 |
| 5.2. Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución..... | VIII-11 |
| 5.3. Los conceptos jurídicos indeterminados. El caso de la discrimi- nación..... | VIII-14 |
| 5.3.1. Un ejemplo del dilema: Igualdad y no discriminación... VIII-15 | |
| 5.3.2. ¿Es esta una cuestión semántica?..... | VIII-16 |
| 5.3.3. Libertad y administración pública..... | VIII-16 |
| 5.3.4. Algunas conclusiones..... | VIII-18 |
| 6. Imprecisión u oscuridad | VIII-18 |
| 7. Imposibilidad de hecho..... | VIII-20 |
| 8. Irrazonabilidad | VIII-22 |
| 8.1. La contradicción del acto | VIII-22 |

| | |
|--|---------|
| 8.2. La falta de proporcionalidad | VIII-23 |
| 8.3. La absurdidad del objeto | VIII-25 |
| 9. Inmoralidad. La ética pública | VIII-26 |
| 9.1. La ley inmoral..... | VIII-28 |
| 9.2. El acto inmoral | VIII-29 |
| 9.3. El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera | VIII-30 |
| 9.4. La degradación de la moral y la ética..... | VIII-32 |
| 9.5. La omisión de resolver como corrupción | VIII-32 |
| III. <i>Competencia</i> | VIII-33 |
| 10. Concepto y alcances | VIII-33 |
| 11. Competencia en razón del grado..... | VIII-33 |
| 12. Competencia en razón de la materia | VIII-38 |
| 12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales..... | VIII-38 |
| 12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas | VIII-39 |
| 12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos..... | VIII-41 |
| 13. Competencia en razón del territorio | VIII-42 |
| 14. Competencia en razón del tiempo | VIII-42 |

Capítulo VIII

OBJETO Y COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. Elementos y vicios del acto administrativo

1. Elementos del acto administrativo

El tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad y con ellos los posibles vicios que los pueden afectar;¹ por razones didácticas es conveniente destacar en el análisis de dichos elementos simultáneamente los posibles vicios que pueden presentarse y el tipo de nulidad que acarrearán. Ello es así porque “las leyes jurídicas, a diferencia de las fenoménicas, pueden ser transgredidas. Por ello todos los ordenamientos [...] han, al mismo tiempo, tomado en consideración la hipótesis de la inobservancia de la ley, estableciendo [...] medios idóneos para asegurar el perfecto cumplimiento del derecho objetivo.”²

No todos los recaudos de validez acarrear las mismas consecuencias en caso de violación, con lo cual la experiencia los muestra a algunos como debilitados en el derecho viviente. Es lo que ocurre con la audiencia previa, el dictamen jurídico previo, la fundamentación previa o al menos simultánea y en el mismo instrumento del acto, etc. Si se producen aisladamente se dirá que, en caso de controversia, quedan saneados posteriormente. Y si no hay controversia quedan saneados por la caducidad o la prescripción. Bien se advierte que si ello es así resulta indispensable analizar no solamente qué recaudos debe cumplir el acto, sino también y al mismo tiempo, qué ocurre en caso de incumplimiento.

Más aún, dada la gama que presenta la específica reacción del derecho según cuál o cómo sea el precepto incumplido, pareciera que lo más importante empíricamente es explicar esas variantes de respuesta frente al ilícito. Es lo mismo

¹ Confr. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 456 y ss.; 1987, 10ª ed., p. 408 y ss.

² ROMANELLI, VINCENZO M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1939, p. 3.

que en el derecho penal, donde el CP no establece la prohibición de matar sino que tipifica el delito de homicidio según sus múltiples facetas. De allí se puede inferir el alcance de la prohibición de matar. La riqueza del fenómeno sólo se devela al intérprete a partir del análisis de las agravantes, la graduación de la pena, causales de inimputabilidad, etc.

No sabemos que se haya dicho del derecho penal que tiene una objetable técnica expositiva por adoptar dicho método. Del mismo modo pensamos que es adecuado proceder en el derecho administrativo en materia de requisitos, elementos, vicios, nulidades. Es todo un problema circular, que debe ser expuesto simultáneamente con las necesarias remisiones ulteriores o previas. El lector advertirá que no se produce dificultad alguna de comprensión por este motivo.

¿Cuáles aspectos o problemas pueden útilmente ser denominados como elementos del acto administrativo? En *Los Lagos*³ la Corte Suprema mencionó tres: Competencia, objeto y forma; si a ello se agrega que en numerosos fallos ha hablado del vicio del error, considerándolo como vicio de la voluntad, resulta que en nuestro sistema expositivo pueden señalarse cuatro elementos del acto administrativo: Competencia, voluntad, objeto y forma.⁴ Esa es a nuestro juicio la formulación más clara; los requisitos de causa (motivo) y fin pueden ser subsumidos en los anteriores, particularmente en la voluntad del acto administrativo.⁵ Lo mismo ocurre, en opinión de diversos autores, con el procedimiento, que puede comprenderse en la forma o al menos exponerse en conjunto. El decreto-ley de procedimiento administrativo, al enunciar los requisitos del acto administrativo, los ordena en siete: Competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma.

El desacuerdo doctrinario respecto a las hipótesis que habrán de incluirse dentro de uno y otro elemento es grande; pero en el fondo es un mero problema de denominación.⁶ Una misma irregularidad del acto será para algunos vicios de voluntad, para otros vicios de forma, para un tercero, vicio en el objeto, pero el vicio y su calificación en cuanto a las consecuencias jurídicas que comporta se mantiene análogo, en lo fundamental, a través de las distintas denominaciones. O, lo que es lo mismo, las discrepancias que puedan existir no están determinadas por la denominación que se haga del elemento respectivo.

Por ello la cuestión no tiene en definitiva sino una importancia didáctica y metodológica y la bondad del sistema que se exponga dependerá en buena medida de su claridad. El criterio didáctico elegido por los autores del decreto-ley 19.549/72 fue el siguiente: Enumerar en el art. 7° como requisitos esenciales (sin entrar pues en la discusión de cuáles son o no los elementos del acto) la *competencia, causa,*

³ Fallos, 190: 142, *Los Lagos S.A Ganadera c/Gobierno Nacional*, 1941.

⁴ En igual sentido DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 159.

⁵ Confr. ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed., p. 247 y ss.

⁶ Reaemos a lo explicado en el t. 1, cap. I.

objeto, procedimiento, motivación, fin; en el art. 8° se hace referencia a la *forma* (también en el 11 y conc.); por último, en el art. 14, al referirse a las nulidades del acto administrativo, se mencionan las derivadas de los típicos y tradicionales vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, simulación), haciéndose por lo demás mención expresa a la carencia de voluntad como vicio del acto. En la metodología un poco deshilvanada del decreto-ley, pues, aparecen mencionados sucesivamente 1°) competencia, 2°) causa, 3°) objeto, 4°) procedimiento, 5°) motivación, 6°) fin, 7°) forma, 8°) voluntad.

Si el decreto-ley hubiera adoptado esta posible clasificación de elementos del acto administrativo en forma sistemática no habría inconveniente de orden lógico en utilizarla también a los efectos de su explicación metodológica; pero ocurre que, como se advierte, el orden y la hilación de tales elementos no es en realidad demasiado feliz, pecando en primer lugar por una demasiada extensa enumeración de requisitos. El fin, p. ej., puede claramente subsumirse en la voluntad y el procedimiento en la forma. Más aún, puede también mencionarse conjuntamente el procedimiento y la forma. A su vez, la motivación del acto puede incluirse tanto dentro de la forma como de la voluntad, sin que ninguna razón de orden explicativo justifique su mención autónoma. En lo relativo a la causa, no cabe sino recordar las fundadas objeciones que en teoría general del derecho se han formulado a su corrección conceptual⁷ y no parece oportuno insistir en ella.

Todo esto no quiere decir, por supuesto, que los mentados requisitos que la ley contiene dejen de ser aplicados o explicados. Significa tan sólo que su tratamiento se hará en el lugar estimado por nosotros metodológicamente oportuno. En este sentido, adelantamos desde ya que lo atinente a la causa y al fin del acto lo analizaremos en parte dentro del tema referente a la voluntad, sin perjuicio de mencionarla nuevamente al tratar de la forma del acto.

2. *Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación*

En virtud de lo dicho hemos tratado de subsumir todos los posibles tipos de vicios del acto administrativo en uno u otro de los elementos citados —competencia, voluntad, objeto, forma—, porque hemos creído que agregar nuevos elementos, aunque pueda parecer lógicamente más correcto en algunos casos, quita claridad al sistema y hace más difícil la comprensión y retención de los distintos elementos y vicios.

Por lo tanto, el lector encontrará que cada uno de estos elementos que analizaremos comprende una serie de hipótesis que podrían con soltura constituir casos autónomos de vicios; y que los elementos del acto, así considerados, son tal vez algo elásticos. Sin embargo, es de hacer notar que no por ello variará el régimen

⁷P. ej. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 263-5; COSSIO, CARLOS, *La "causa" y la comprensión en el derecho*, Buenos Aires, Juárez, 1969, 4° ed.

jurídico que corresponda aplicar al vicio de que se trate, pues éste deriva no *de una confrontación teórica con los elementos que deba tener el acto* (para afirmar entonces que si falta alguno es jurídicamente posible decir que está viciado), *sino con los requisitos concretos exigidos por el orden jurídico*;⁸ en otros términos, el vicio del acto deviene no tanto de que le falte un elemento que teóricamente pueda considerarse pertinente, *sino más bien de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico* que signifique el requisito concretamente violado. La doctrina, pues, no habrá de dar opinión acerca de si el acto es nulo, anulable, o inexistente, porque falte o esté viciado un elemento esencial del acto (aunque muchos autores hacen esta argumentación), sino en base a la importancia que concretamente tenga el vicio o defecto detectado en el caso particular concretamente analizado.⁹ Ello se ilustrará con detalle en la exposición de este cap. y los siguientes.

Si bien ya expresamos que la consecuencia jurídica que corresponde asignar al acto no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que en cada caso concreto tenga el vicio,¹⁰ existe con todo, una mayor importancia en los vicios relacionados al *objeto* y a la *competencia* del acto¹¹ y en segundo lugar de los vicios de la *voluntad*¹² y de *forma*.¹³ Cabe destacar que los vicios que usualmente son de menos trascendencia, tales como los de forma y de tipo subjetivo de la voluntad (desviación de poder, mala fe), son los que a veces reciben más énfasis de los recurrentes, en detrimento de la mejor fundamentación de sus recursos; normalmente, pues, debe atribuirse más importancia a los vicios relativos al objeto y a la competencia, siguiendo por los vicios de tipo objetivo de la voluntad, luego por los de tipo subjetivo y finalmente por los de forma. Esto en muchos casos; en cada situación concreta deberá analizarse cuáles son los vicios realmente cometidos y dentro de ellos cuáles los que revisten mayor trascendencia.¹⁴

3. Vicios y nulidades

Si bien la cuestión la volveremos a tratar,¹⁵ adelantamos aquí que básicamente pueden identificarse tres categorías de consecuencias que puede corresponder

⁸ Lo desarrollamos *infra*, cap. XIII, “Extinción.”

⁹ *Supra*, t. I, cap. I, § II, “El caso en derecho administrativo.”

¹⁰ Conf. MAIRAL, HÉCTOR A., “Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia,” *LL*, 1989-C, 1014; sigue este criterio DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, 2ª ed., p. 311. Comp. VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer Teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, 1960, 2ª ed., p. 85.

¹¹ Ver *supra*, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

¹² Ver *infra*, cap. IX, “Vicios de la voluntad.”

¹³ Ver *infra*, cap. X, “Formalidades.”

¹⁴ A más de ello, a la hora de alegar la existencia de un vicio invalidante, no debe perderse de vista que es necesario probar tal alegación. Ver *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos.”

¹⁵ Ver *infra*, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.” Nos señaló JUAN FRANCISCO LINARES en el prólogo a la primera edición (1963) de esta obra, *supra*, p. 53, que podríamos haber usado con provecho otro orden que explicar primero los vicios y elementos y luego las nulidades. Nos parece que el problema es en realidad circular.

aplicar a los actos, según el vicio de que padezcan. Tales consecuencias las denominamos *anulabilidad* (en igual terminología, los arts. 15 y 19 del decreto-ley; se trata de la llamada nulidad relativa en la primera terminología de la Corte Suprema), *nulidad* (nulidad absoluta, o absoluta y manifiesta en las palabras de la Corte y de buena parte de las normas, incluso de la doctrina)¹⁶ e *inexistencia*, caracterizadas sumariamente como insanables la segunda y tercera, a diferencia de la primera (vicio subsanable) y como dotada de presunción de legitimidad la primera (no así la segunda y la tercera).¹⁷

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia, más allá de que las leyes suelen ser demasiado terminantes en su terminología, en que los vicios que luego determinan aquellas categorías se aprecian empíricamente. Según la gravedad del vicio corresponderá aplicar uno u otro tipo de consecuencias. La distinción entre uno y otro tipo de vicios y la determinación de su importancia, severidad, es un problema de evaluación concreta a resolverse más o menos elásticamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso, es una cuestión de práctica jurisprudencial y política jurídica.¹⁸

Sólo se pueden enunciar aquí, entonces, lineamientos y criterios generales, emanados en parte de la práctica jurisprudencial, en parte de principios expresos o implícitos del ordenamiento jurídico vigente y orientados en general por un criterio de política jurídica.¹⁹ No se pueden sentar reglas absolutas,²⁰ ni siquiera en los casos en que la legislación ha querido intentarlo.

II. Vicios del objeto

4. Objeto prohibido

4.1. En general

El vicio de violación de la ley —*lato sensu*— en el objeto del acto, es normalmente causal de nulidad,²¹ por cuanto se trata de una transgresión usualmente clara y manifiesta al ordenamiento jurídico. De cualquier manera, se trata de un vicio cuya enunciación genérica puede resultar demasiado amplia, por lo cual preferi-

¹⁶ La terminología que propusimos desde la 1ª edición, 1963, y que siempre mantuvimos, ha sido también seguida entre otros por la CJ de Salta, Sala II, *LL*, 120: 559, 561, *Prov. de Salta c/Batule*, año 1965 y varias leyes provinciales de acto y procedimiento administrativo. Es la terminología usual en la doctrina comparada de derecho administrativo. El decreto-ley habla en el art. 14 del acto nulo, de nulidad absoluta e insanable; en el art. 16 de su nulidad; en el art. 17 de nulidad absoluta; en el 20, del acto nulo: son términos análogos. Similar terminología encontramos en la ley 25.188 de ética pública, en su art. 17. Ver asimismo FRANDSEN, IGNACIO CARLOS, "Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos," *ED*, 28-VI-00.

¹⁷ Ampliar *infra*, cap. XI.

¹⁸ En igual sentido FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 314; CJ de Salta, *Prov. de Salta c/Batule* (1965), *op. cit.*, p. 561.

¹⁹ Ver las referencias en la nota anterior.

²⁰ Comp. VON HIPPEL, *op. cit.*, p. 85.

²¹ SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, t. I, México, 1974, 6ª ed., p. 351.

mos distinguir, como lo hacemos en los acápite siguientes, distintos supuestos de objeto ilegal del acto administrativo. Queda comprendido el acto cuyo objeto deniega derechos adquiridos al amparo de un *status* jurídico que se modifica con ulterioridad al perfeccionamiento del derecho, pero antes de la emisión del acto que lo deniega cuando debiera otorgarlo²² o reconocerlo. La ilegitimidad del objeto puede resultar de la violación de las normas y principios de los tratados de derechos humanos y del derecho internacional en general en cuanto contiene preceptos de derecho, tanto en derecho público como privado, p. ej. en materia de discriminación.²³ El objeto puede también resultar violatorio de tratados internacionales, de la Constitución o de la ley;²⁴ o puede constituir la violación de un reglamento,²⁵ de una circular interna,²⁶ de una disposición contractual vigente,²⁷ de un acto anterior que gozaba de estabilidad²⁸ de derechos de terceros,²⁹ etc.

4.2. Distintos vicios del objeto

El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina.³⁰ Puede estar viciado:

a) El caso más sencillo y por ello en definitiva menos interesante es aquel en que el objeto del acto está concretamente prohibido por las normas³¹ o los principios del derecho administrativo,³² civil, penal,³³ etc. Pero es frecuente

²² CNFed. CA, Sala IV, *Rizzo*, 19-VI-98, que recuerda a la CSJN, *Quinteros*, 1982, *Fallos*, 304: 871; *de Martín*, 1976, 296: 723; *LL*, 1997-B, 302, S-1492/95.

²³ Ver *Bella*, CNCiv., Sala D, *LL*, 1998-B, 626: *supra*, cap. I, § 12.6, “Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado.” Ver también ROMÁN, MÓNICA, “El caso de la bella tiradora (que se atrevió a ganar),” en CARRÍO, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 99 y ss. También se encuentra vicio en el objeto por discriminación o violación al principio de igualdad en *Naumann*, CNFed. CA, Sala I, 31-X-97; *Ríos*, Sala I, 2-III-99, cons. 11 y 13; los efectos de la nulidad por vicio en el objeto suelen retroactivos: *Escudero de Dacharry*, Sala I, 6-VIII-96.

²⁴ La ley 23.302 creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas “como entidad descentralizada con participación indígena.” En su virtud anuló el decr. 1667/91 que lo transformó en entidad centralizada sin participación indígena: CNFed. CA, Sala II, *Asociación Indígena Argentina, LL*, 2000-B, 700.

²⁵ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 11, “La inderogabilidad singular y sus alcances.”

²⁶ *Supra*, t. 2, cap. XIX, § 11.3, “Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado,” por aplicación del art. 1112 del Código Civil; en ausencia de norma, la doctrina se suele manifestar en contra de este criterio: ZANOBINI, *op. cit.*, p. 317.

²⁷ CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1963, 6ª ed., p. 258.

²⁸ *Supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

²⁹ PTN, *Dictámenes*, 158: 169, 171; 172: 220. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, ed. 1966, p. 300.

³⁰ Perú, art. 5.1: “El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.”

³¹ Costa Rica, art. 132; Honduras, arts. 24 y 34.b; México, art. 3.11; Perú, arts. 5.2 y 5.3 y Venezuela, art. 19.3.

³² En un caso se resolvió que era nulo el acto de designación en un cargo objeto de concurso, si conforme a las normas vigentes la persona no podía concursar. El acto era, según se estimó, de objeto prohibido: CNFed CA, Sala I, *Castro*, año 1999, *LL*, 2000-B, 305.

³³ PTN, *Dictámenes*, 158: 169, 171; 191: 12.

que la prohibición normativa no sea clara a criterio del juzgador, o requiera investigaciones de hecho que no siempre se lleven a cabo eficazmente, casos en los cuales la existencia del vicio no le será manifiesta. Asimismo es posible que se le presenten conflictos axiológicos al juzgador, que le dificulten advertir la irrazonabilidad de alguna violación: los prejuicios que operan en la sociedad alcanzan a veces también al juzgador, no sólo al legislador o al administrador. Puede entonces resultar o no clara, según las circunstancias del caso, la nulidad por violación de los principios generales del derecho, sean ellos o no *erga omnes*, partes del *ius gentium* internacional, comunitarios o supranacionales, constitucionales,³⁴ legales, reglamentarios, etc.³⁵

Hay sin duda casos extremos en los cuales la duda debiera ser inimaginable. Así en el caso de actividades delictivas de agentes públicos, que no se consideran ejercicio de la función administrativa ni actos de servicio,³⁶ incluso cuando sus autores hubieren sido dispensados de pena por obediencia debida.³⁷

La obediencia debida constituyó a lo más una eximente de pena y admisión de responsabilidad estatal, pero no el reconocimiento de eficacia, como acto jurídico, a la orden cuyo ilegal cumplimiento se dispone no castigar. El principio jurídico sigue siendo que las órdenes aberrantes deben ser desobedecidas y no son actos administrativos. De ello se deduce que los actos que se hubieren dictado son inexistentes.³⁸

Un claro supuesto de acto ilegal es también el de objeto discriminatorio, que recibe una creciente y conflictiva atención: Los pronunciamientos jurisdiccionales en la materia son inequívocos en muchos ejemplos,³⁹ pero esto no ha de tomarse como una regla absoluta. Son nulos los actos de irrazonable discriminación, por el sexo o género,⁴⁰ y también los que hacen una irrazonable distinción fundada

³⁴ CSJN, *Spinosa Melo*, 5-IX-06, *LL* del 5-IX-06. En este caso, se declara judicialmente la nulidad de una sanción disciplinaria por cuanto los elementos utilizados como sustento fáctico del acto impugnado implicaban una violación del derecho a la intimidad del funcionario sancionado.

³⁵ *Supra*, t. I, cap. VII, § 11, “La inderogabilidad singular y sus alcances” y ss.; notas del § 4.3, “Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular,” del cap. V de este t. 3, esp. RAGAZZI, MAURIZIO, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997. Sobre el tema de los principios del derecho y su importancia determinante en la solución de casos concretos nos remitimos a nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. II y ss., también disponible en www.gordillo.com

³⁶ CSJN, *Videla*, 7-IV-1987.

³⁷ CSJN, *Camps*, 22-VI-1987.

³⁸ Comp. CNFed. CA, Sala III, *Méndez*, año 1999, *LL*, 2000-A, 137. Por otra parte, ninguna duda podría caber al respecto ante el nuevo art. 36 de la Constitución Nacional.

³⁹ P. ej., negar la inscripción como alumno para un profesorado de matemáticas a una persona de baja estatura, aún con fundamento normativo. CSJN, *Arenzón*, 1984, *Fallos*, 306: 400, 406, cons. 5°). Puede igualmente encuadrarse como conclusión inatinerente, *infra*, cap. IX, § 8.4.1.2.

⁴⁰ El caso *Bella*, citado *supra*, nota 23; CCAyT CABA, Sala I, 12-XII-2000, *Fundación Mujeres en Igualdad*, citado en GORDILLO - DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento administrativo. Decreto ley 19.549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, 2ª ed., comentario al art. 7° del decreto-ley, secc. VI, § 3.1, p. 116, nota 266. Ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

en la edad,⁴¹ aunque debe tenerse presente que no toda distinción en función de la edad es per se irrazonable.

También es irrazonable fundar una distinción en la altura de una persona,⁴² o en meros criterios estéticos,⁴³ y desde luego las fundadas en la nacionalidad,⁴⁴ etc.

b) por no ser el objeto determinado por la ley para el caso concreto, o ser un objeto determinado por la ley para otros casos que aquél en que ha sido dictado (apartamento de las facultades regladas);⁴⁵

c) por ser impreciso u obscuro;

d) por ser imposible de hecho;

e) por ser irrazonable (contradictorio, desproporcionado, absurdo, ilógico);

f) por ser inmoral o no ético, lo cual incluye —entre múltiples supuestos— que sea corrupto en sí o un medio conducente a la corrupción. En esto último las declamaciones son muchas, pero los casos prácticos de aplicación en verdad muy pocos o ninguno. Falta aún mucho camino por recorrer, comenzando por el incompleto control y condena social a estos comportamientos y sus autores. Por

⁴¹ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 221, *Moriones*, 4-V-2004: se declaró la inconstitucionalidad de la norma que impedía a una docente titularizar horas cátedra por superar los 50 años de edad. Quedó confirmada la cautelar que dispuso la no aplicación de la norma en cuestión: CACiv. y Com II, Sala 1°, 11-V-2004, registro interno 148/04. También se ha declarado inconstitucional por arbitrario un acto fundado en una norma administrativa que fijaba en 45 años el límite para ingresar a la docencia: CCA de La Plata, *González*, 2006, con notas de MEDINA, VALERIA, “Al amparo del amparo, no todo queda claro... La inconstitucionalidad del art. 57 inc. e) del estatuto docente de la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 2006-D, 266; LÓPEZ, MARIANO MARTÍN CAMILO, “El límite de edad para ejercer la docencia y la declaración de inconstitucionalidad en el amparo provincial,” *LL*, 2006-F, 110. Sin embargo, veremos en el § 9.5. de este mismo cap. la dificultad práctica que muchos de estos casos presentan al juzgador; para más detalles ver nuestro art. “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *La Ley*, Suplemento Especial 70 Aniversario, noviembre de 2005, pp. 165-175; *LL*, 2005-F, 1404, traducción y resumen de la versión original completa: *The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination*,” en *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L’Internationalisation du Droit Public*, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, vol. 18, No. 1, Primavera de 2006, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, *International Administrative Tribunals and the Rule of Law, Joint Colloquium*, marzo 27, 2007, Washington, D.C.

⁴² El ya citado caso *Arenzón*, CSJN, *Fallos*, 306: 400, año 1984.

⁴³ Ha sido considerado arbitrariamente discriminatorio, excediendo lo opinable, otorgar un subsidio mensual y vitalicio al teatro y la danza, excluyendo la música: CNCiv., Sala I, *Castro, Dora y otros*, *LL*, 2000-C, 732, año 1999, con nota de WALTER F. CARNOTA, “Discriminaciones reales y discriminaciones presuntas,” *LL*, 2000-C, 733. Igual solución cuando se otorgó la pensión vitalicia de la ley 20.733 a algunos de los grandes premios nacionales y a otros no: *Romano, Luis Enrique*, CNFed. CA, Sala IV, 27-VI-1985, causa 8976.

⁴⁴ GORDILLO (dir.), *op. cit.*, p. 103, nota 248; GORDILLO - DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 116, nota 270.

⁴⁵ Cabe recordar que dentro del concepto de facultades regladas quedan incluidos todos los niveles y tipos de regulación. Ver *supra*, t.1, cap. X, § II 12, “Aspectos que comprende la regulación.”

omisión y por silencio, entonces, quienes así proceden colaboran, lo crean o no, al ámbito de inmoralidad pública.

g) También hay precedentes de nulidad por incongruencia del obrar administrativo,⁴⁶ o sea cuando el objeto del acto resulta violatorio de los precedentes del mismo organismo al respecto.⁴⁷

Todo ello plantea problemas diversos: discriminación, confianza legítima, seguridad jurídica, para algunos la igualdad, etc. Se podría decir que todas estas hipótesis están subsumidas en el decreto-ley 19.549/72 bajo una expresión común: violación de la ley aplicable (art. 14, inc. *b*), aunque cabe destacar que la palabra ley no describe suficientemente el actual orden jurídico constitucional, supranacional e internacional y en todo caso ya sabemos que la casuística es en esta materia fundamental para comprender el problema.

4.3. Objeto prohibido por provocar indefensión

La prohibición del objeto la tomamos en el sentido de objeto ilícito, es decir, jurídicamente inadmisibles; la orden de cometer un delito es así el ejemplo más claro que vimos de acto nulo por ilicitud del objeto; pero también se comprenden aquí todos los casos en que el objeto del acto resulta lesivo de los derechos individuales de los habitantes, *v.gr.* y en importante lugar, con desconocimiento del derecho de defensa del particular. El alcance de este ejemplo puntual es controvertible, pues si bien hay casos en que la justicia ha declarado la nulidad de actos que cercenan en su objeto⁴⁸ el derecho del individuo, p. ej. restringiendo el acceso a las actuaciones,⁴⁹ u ordenando el archivo de éstas sin haber resuelto respecto a lo peticionado,⁵⁰ otras veces se admite que la subsecuente intervención judicial es saneadora del previo incumplimiento administrativo al deber constitucional de respetar la garantía de la defensa del interesado.⁵¹

⁴⁶ CNFed. Civ. y Com., Sala III, *Hendrikse, LL*, 2006-E, 225, tiene en cuenta el propio proceder del Instituto de la Propiedad Industrial para declarar la nulidad de un acto administrativo por el cual se pretendía declarar la caducidad de una patente.

⁴⁷ CAPUTI, CLAUDIA, "La coherencia del obrar administrativo," *RDA*, 16: 879 a 907, LexisNexis, 2004.

⁴⁸ La indefensión puede ocurrir también de hecho durante el procedimiento previo al acto, como explicamos *infra*, cap. IX, §4.1, "La garantía de defensa. El sumario previo."

⁴⁹ CNFed. CA, Sala I, *Corni*, 12-II-98.

⁵⁰ CNFed. CA, Sala I, *Insaurrealde*, 27-II-98.

⁵¹ A menos que encuentre una conjunción sinérgica de vicios, la multiplicación de la falta de defensa, de fundamentación, de dictamen jurídico previo, etc.: STCorrientes, *Benítez de Machado, DJ*, 1998-2, 61, año 1997. Algo parecido en CSJN, *Solá, DJ*, 1998-2, 232, año 1997 y *Cedale, Fallos*, 321-2: 1970, *ED*, 180: 998, año 1998. Estos casos retoman la línea de la misma CSJN en *Doyarzábal*, 295: 344, año 1976; *Honecker*, 303: 779, año 1981; *Vilche*, 304: 1891, año 1982; *Orozco de Muñoz*, 305: 115, año 1983; *Loza*, 305: 628, año 1983; *Palmucci*, 306: 2009, año 1984; *Quiroga*, 307: 207, año 1985, entre otros recordados en *Cedale*. Ampliar *infra*, cap. IX, § 4.1, "La garantía de la defensa. El sumario previo" y notas 22 a 24; § 4.7, "Efecto sinérgico de los vicios;" cap. XI, § 17, "Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo." Ver también *supra*, "Introducción" al presente t. 3.

El derecho privado ha sido más consecuente en anular una sanción expulsiva sin previa oportunidad de defensa del agraviado.⁵² Ello, sin perjuicio de que el derecho privado también encontrará, a veces, más claramente configurada una discriminación en cuanto vicio del objeto del acto.⁵³

4.4. *Precedentes. Doctrina de los actos propios*

Es materia opinable si la violación de los precedentes da lugar también a la invalidez del acto,⁵⁴ pero se van afirmando los principios que tutelan la confianza legítima o buena fe del individuo,⁵⁵ sus razonables expectativas aún frente a un cambio ulterior del ordenamiento y también la protección contra la *turpitudinis propriae allegatio*⁵⁶ de la administración. Así como la solución tradicional negaba al individuo tutela frente a un cambio en el ordenamiento, salvo en el mejor de los casos para indemnizarlo, ha comenzado a avanzar la tesis de que la administración queda también obligada por su interpretación y aplicación de las normas vigentes, incluso en el ejercicio de facultades discrecionales, para las situaciones que se configuran al amparo de ellas aunque luego fueran derogadas antes de dictarse el acto administrativo,⁵⁷ etc.

⁵² Se trataba de la Federación Argentina de Box, *González Lorenzo, LL*, 99: 738, 753, año 1960: *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10.1, “Su aplicación al procedimiento administrativo.”

⁵³ CNCom., Sala D, C., *F.V. LL*, 2000-D, 93, con nota de FILIPPI, LAURA, “La discriminación al acceso de los clubes de campo desde la óptica de un ejemplar fallo o «El amor es eterno, mientras dura»,” *LL*, 2000-D, 210. *Bella, CNCiv.*, Sala D, *LL*, 1998-B, 626; ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

⁵⁴ Recuerda MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 658-9 la inadmisión en nuestro derecho, a dicha época, de la fuerza vinculante de los precedentes, o de las consultas que la administración evacua. Hay en esto un progreso: ver p. ej. CNFed. CA, sala I, *Rava, LL*, 1996-C, 459, con nota en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 38, “La práctica administrativa,” p. 104 y datos que allí se citan.

⁵⁵ El tema se emparenta, ciertamente, con el análisis de COVIELLO, PEDRO J. J., “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894 y sus referencias. Pensamos que se introduce aquí un punto de inflexión a partir del cual deja de ser aplicable al presente lo que fue teoría tradicional del derecho administrativo argentino, tal como fuera expuesta p. ej. por GRECCO, CARLOS M., “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091,” *LL*, 1980-B, 906 (y que la matizara él mismo —a nuestro juicio— al comenzar a admitir los precedentes y la práctica administrativa, según veremos más abajo, en el precedente invocado por la misma Sala I en el caso citado en la nota anterior); COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa,”* Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, 2ª ed., p. 55 y ss. (que también hizo lo propio en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37). El principio tiene fuertes raíces en el derecho alemán y europeo, p. ej. en GONZÁLES PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983, esp. cap. VI, “La doctrina de los actos propios,” pp. 106-27; WEBER, ALBRECHT, “El procedimiento administrativo en el derecho comunitario,” en el libro de BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 57 y ss., p. 77, quien menta como principios *constitucionales* la seguridad jurídica y la protección de la confianza o buena fe (*Vertrauen*).

⁵⁶ Este giro latino, que no es clásico, se lo debo a MARÍA AGOSTINA SABATINO ARIAS.

⁵⁷ CSJN, *de Martín, Fallos*, 296: 723, año 1976; CNFed. CA, Sala III, *Gaubeca, LL*, 1997-B, 384, año 1996, con nota de BURICCA DE DITLOFF, NORA F., “Interesante fallo sobre la discrecionalidad administrativa.” También se lo puede considerar como un caso de discrecionalidad cero, conforme el moderno derecho español. Ver cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad” y notas.

El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos viene del derecho romano a través de las Partidas y es aplicado constantemente en el derecho público. “Afecta este principio al derecho todo y por consiguiente se aplica también al administrativo y a las consecuencias de los actos de ese orden.”⁵⁸ Más aún, se ha dicho que la doctrina de los actos propios, que es una más de las múltiples derivaciones del principio de la buena fe,⁵⁹ debe serle exigida con mayor énfasis a la administración pública.⁶⁰

5. Objeto violatorio de facultades regladas

5.1. Planteamiento general

Si los principios y las normas el orden jurídico (en orden jerárquico, el *ius gentium* u orden público internacional, *erga omnes*; el derecho comunitario y supranacional; la justicia natural, la Constitución y los principios generales del derecho; las leyes; los reglamentos y demás pequeñas normas generales)⁶¹ establecen que un objeto determinado habrá de producirse ante una determinada situación de hecho, el acto estará viciado en el objeto si se adopta ese objeto en el acto ante una situación de hecho distinta de la prevista por el ordenamiento,⁶² como también si ante la situación de hecho predeterminada por el ordenamiento jurídico, se adopta un objeto diferente del previsto por las normas jurídicas, en tanto éstas sean razonables⁶³ y desde luego por los principios jurídicos: No discriminación, etc.

5.2. Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho, e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución

La ilegalidad en el objeto se da también en ausencia de acto, cuando la administración está obligada a dictar determinado acto y omite hacerlo, p. ej. no otorgar

⁵⁸ FERNÁNDEZ DE VELAZCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, RDPriv., 1929, p. 261; MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

⁵⁹ Otra es el principio de la confianza legítima. Ver p.ej. PREVEDOUROU, EUGENIE, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Atenas, Sakkoulas, 1998 y nuestras referencias del cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima,” nota 50.

⁶⁰ CNTrab., Sala de FERIA, *Asociación Bancaria SEB c. Banco Central de la República Argentina*, DT, 2000-B, 1580, con nota de LEONARDO J. AMBESI. Ver asimismo cómo se vincula la doctrina de los actos propios a la noción de derechos adquiridos y al principio de seguridad jurídica, en un caso en que la administración modificó una relación de empleo violentando esos principios: Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 47, *Terminiello*, 23-II-2004.

⁶¹ Conf., aunque con otras palabras, PTN, *Dictámenes*, 158: 169, 171; 172: 220; 191: 12.

⁶² PTN, *Dictámenes*, 164: 249, 253-4; 156: 273. El problema de la determinación de los hechos es complejo: *Supra*, t. 2, cap. I, e *infra* t. 4, caps. VI y VII. Ver también ALETTI, DANIELA y BONINA, NICOLÁS, “La verdad material: ¿Mito o realidad?” *LL*, 2006-D, 1043.

⁶³ Conf. HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 745, quien agrega la variante de que el administrador valora equivocadamente una situación de hecho; pero pensamos que ese caso se subsume en el primero. No debe olvidarse, desde luego, que esto no es un mero juego lógico abstracto, pues el funcionamiento del derecho es más complejo, como explicamos en *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, caps. II y V.

la vista de las actuaciones o brindar información pública cuando le es solicitada.⁶⁴ También hay ilicitud en el silencio cuando se procede a efectuar un descuento en haberes previsionales, informando tan sólo verbalmente que se trata de un descuento por reajuste con motivo de habersele liquidado de más anteriormente: Ese proceder, sin notificación de acto administrativo alguno, escrito y expreso, resolviendo ese descuento, constituye una vía de hecho que abre la vía del amparo. Dijo así la SCJBA en *Curone*, 2006, que “resulta indispensable que en el acto mediante el cual ha de expresarse la decisión, la autoridad administrativa exponga en forma razonada y explícita su fundamentación de manera que permita un entendimiento pleno a través de sus propias razones, así como también su motivo determinante y sustento fáctico, su finalidad, elementos que devienen imprescindibles para ejercer el adecuado contralor tanto administrativo como jurisdiccional del proceder estatal [...]. Más allá de ello, [...] el acto administrativo [...] debe dictarse antes de comenzar a producirse [...los efectos...]”

“Es que la circunstancia de que no se hubiera dado vista de las actuaciones y escuchado a la actora previo a corregir su haber provisional [...] quiebra sin lugar a dudas en grado flagrante la garantía de inviolabilidad de la defensa en sede administrativa [...] resultando tal proceder manifiestamente arbitrario.”

“Por todo lo expuesto entiendo que queda acreditado en autos que [...] al proceder a la directa reducción del haber previsional de la actora, sin el previo dictado del acto administrativo habilitante, ha incurrido en una vía de hecho [...]”⁶⁵

A veces el silencio administrativo es usado con mayor abuso aún, pretendiendo la administración esgrimir su propio comportamiento omisivo y silente como “razón” para que el particular pierda el acceso a la vía judicial. Pero siempre el silencio es violación del deber de decidir, es objetivamente violatorio del orden jurídico, y mal puede tal conducta ilegítima beneficiar a quien la realiza, en contra del derecho del particular.⁶⁶

⁶⁴ ANTONIETTA, MAXIMILIANO, “Un control alentador,” *LL*, 2006-C, 529, nota a *Galinelli*, CCA de San Martín. La CCA de La Plata resuelve en contra: PULVIRENTI, ORLANDO, “Nuevamente sobre la legitimación de concejales: ahora, en palabras sencillas,” *LL*, 2007-A, 229, nota a *Fernández c. Bragado*; “Consejo para Concejales yendo a la Justicia como Justiciables,” *LL*, 2006-C, 529. Ver también *infra*, § 9.5., “La omisión de resolver como corrupción.”

⁶⁵ SCJBA, *Curone*, 2006, unánime, en *Derecho Administrativo*, La Plata, ABDA, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, año 1, n° 0, Diciembre de 2006, pp. 97-105, con nota de ESPINOZA MOLLA, MARTÍN RENATO, “El principio de juridicidad y los derechos constitucionales como límites fundamentales opuestos a las vías de hecho administrativas,” *igual revista*, pp. 105-22.

⁶⁶ Ver OROZ, MIGUEL H.E., “La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense,” *LL*, 2006-F, 84 y jurisprudencia provincial que cita; CNFed, Sala II, *Seidel*, con notas de CAMPOLIETI, FEDERICO, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad,” *LL*, 2006-E, 284; LANDE, CAROLINA, “Amparo por mora y pronto despacho van juntos,” *LL*, 2006-F, 95; AMBROSINO, SILVANA, “Amparo por mora y reclamo administrativo previo,” *LL*, 2006-F, 96. Falta que la Corte nacional llegue a igual conclusión que los tribunales provinciales, por una vez más adelantados que los nacionales. Ver CSJN, *Sistema*, con nota de BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en *offside* al administrado,” *LL*, 2006-E, 313. Ver el excelente estudio de derecho europeo de ANTHONY, GORDON, “Silencio administrativo y derecho público del Reino Unido,” *LL*, 2006-B, 1092.

a) El objeto del acto puede estar autorizado, *pero para circunstancias de hecho diversas*; y así una declaración de estado de sitio hecha por el Poder Ejecutivo por conmoción interna, *estando reunido el Congreso*, es nula; una declaración de estado de sitio dispuesta por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, *cuando no hay ataque exterior*, es nula; la cesantía de un funcionario público, no dándose las causales previstas por la ley, es nula; igualmente es nulo un decreto de necesidad y urgencia dictado cuando no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que describe la norma constitucional;⁶⁷ lo mismo si se prevé un subsidio para astilleros nacionales y se lo otorga en cambio a una empresa armadora.⁶⁸

También es nulo, a nuestro juicio, el acto administrativo que dicta una cámara legislativa cuando supone que ejerce facultades discrecionales al admitir o no un miembro electo democráticamente, aunque la justicia hasta ahora ha esquivado el tema.⁶⁹

b) El objeto del acto puede en cambio *ser diverso del requerido o autorizado por la ley*; será nulo por lo tanto el acto que aplique una multa, o la obligación de trabajar horas extras, a un agente que ha sido negligente en sus tareas, pues no son ésas las sanciones previstas en la ley; o el profesor que castiga la indisciplina con una nota baja, pues no es ésa la sanción para castigar la indisciplina, etc. Ello ocurrirá también en todos los casos de violación a los principios fundamentales del orden jurídico, como razonabilidad y proporcionalidad, buena fe, seguridad jurídica y confianza debida, etc.

En consecuencia, toda vez que el orden jurídico exija determinadas condiciones de hecho (p. ej., irregular cumplimiento de la función) para que un acto pueda ser dictado (en el ejemplo, para la aplicación de sanciones disciplinarias al funcionario público), estará viciado el acto que aplique, en el caso, la sanción disciplinaria *no habiendo irregular cumplimiento de la función, o aplique otras sanciones que las disciplinarias expresamente previstas por la ley*; p. ej., que se obligue al funcionario a quedarse después de hora, o se le de trabajo para que lo haga en su casa, etc.: Dado que esas sanciones no son las previstas por la ley para la situación de hecho contemplada, el acto es nulo.⁷⁰

⁶⁷ CSJN, *Fallos*, 322: 1726, *Verrocchi*, 1999. Ver también MAIRAL, "La degradación del derecho público argentino," en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, esp. secc. II, § 3.a).

⁶⁸ PTN, *Dictámenes*, 164: 249, 253.

⁶⁹ Ver URDAMPILLETA, MARIANA, "¿Quién se anima a ponerle el cascabel al Poder Legislativo?" *LL*, 2007-A, 244. El problema es reiterativo y en otro supuesto señaló BIANCHI, ALBERTO B., "La Cámara de Diputados no es un club privado," *LL*, 2006-C, 1471, que a su juicio, de seguirse el camino, en el caso, de excluir discrecionalmente diputados electos, "la democracia representativa dejaría de ser tal, pues el veredicto de los representados sería apelable ante el tribunal de los representantes. La elección popular será entonces un referéndum no vinculante y la Cámara no se integrará con los elegidos por la ciudadanía, sino por quienes los diputados creen que merecen ser sus pares."

⁷⁰ SCJBA, *Acuña*, 1965, *LL*, 118: 250: nulidad del acto por aplicación de sanción no prevista en la ley respectiva. La justicia, en cambio, tiene mayor margen para la creatividad, p. ej. a través de la sustitución de sanciones, que explicamos *supra*, "Introducción," § 8.3,

Para que este tipo de vicio en el objeto del acto se produzca, es necesario que exista una facultad reglada: Una norma que haya predeterminado qué era lo que debía hacer el administrador. En ausencia de esa norma, la facultad será discrecional y el posible vicio habrá de buscarse en otro aspecto del acto. Así p. ej., en la prórroga de sesiones extraordinarias, la Constitución exige que ella sea dictada “cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.” Formulación ésta demasiado amplia como para poder sostenerse que es un requisito de hecho que la Constitución exige regladamente al Poder Ejecutivo; en tal caso sólo podrá hablarse de un límite a las facultades discrecionales.

Sin embargo, la conclusión de que se ha ejercido una facultad discrecional no debe ser dada sino después de un detenido análisis; pues hasta en la norma más pequeña puede haber una regulación concreta a la actividad de la administración. Un ascenso dispuesto por el presidente de la Nación “por sí solo en el campo de batalla” (art. 99, inc. 13º) será nulo si no ha habido *batalla* alguna; o si el ascendido no se encontraba en tal batalla, etc.

c) Tanto si el acto administrativo adecua su objeto a una facultad reglada, o actúa dentro del límite de discrecionalidad que la norma específicamente le acuerda, de cualquier manera el acto es ilegal en su objeto si la norma que ejecuta o aplica resulta inconstitucional, como ocurre en el supuesto que el Estado pretende sortear la prescripción a través de una novación unilateral de la deuda impositiva del particular,⁷¹ o cuando procede a realizar algunas de las muchas invasiones a la propiedad que las nuevas normas tributarias han incorporado en el ámbito provincial como “autorizadas” a la administración tributaria local.

5.3. *Los conceptos jurídicos indeterminados. El caso de la discriminación.*⁷²

La doctrina ha construido el principio de concepto jurídico “indeterminado,”⁷³ que lo es sólo tal en su formulación normativa, pero que frente a las circunstancias de hecho de un caso concreto puede transformarse en regulación normativa o en un límite concreto a la discrecionalidad administrativa. Existen numerosos ejemplos de objeto de actos ilegítimos por transgresión a conceptos jurídicos indeterminados. Quizás el más interesante, por más complicado y discutido, además de permanente en su interés, es el que corresponde a la discriminación.

⁷¹ CCA de La Plata, *Mata*, 2006, *RAP Provincia de Buenos Aires*, IV-44: 27/30, La Plata, Rap, 2006, con nota de GARBERO, MARCELO e ISABELLA, DIEGO P., “La novación unilateral es inconstitucional. Un freno a los abusos del Estado provincial,” pp. 21-6; SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Reguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normatibvo y control judicial,” *LL*, 2007-B, 435.

⁷² Resumimos aquí lo desarrollado en “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” y con más detalle aún en “The Administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” cuyos datos de publicación obran *supra*, nota 41. Ver PULVIRENTI, ORLANDO, “INADI ¿cambió?” *LL*, 2006-C, 1226 y sus referencias.

⁷³ *Supra*, t. 1, *Parte general*, cap. X, “Clasificación jurídica de la actividad administrativa.”

5.3.1. *Un ejemplo del dilema: igualdad y no discriminación.*

En efecto, una de cuestiones contemporáneas no resueltas pacífica ni universalmente es p. ej. la de las uniones o casamiento de personas del mismo sexo. Si un Tribunal lo aceptara como derecho vigente sin una regla jurídica específica escrita, sin nada más que el principio general de no discriminación, el caso adquiere otras perspectivas. Otras formas de unión entre dos o más personas, de igual o distinto sexo u orientación sexual, con o sin determinada concepción religiosa fundante, podrían plantearse para ser consideradas. Esas son cuestiones que debe resolver el legislador de acuerdo a los *standards* valorativos al tiempo de la toma de decisión, no por un tribunal sin una específica guía normativa a menos que la sociedad haya arribado a un consenso que resulte imposible desconocer como el caso *Sejean* en nuestro país; el principio de no discriminación, por sí mismo, no es suficiente para dar una respuesta clara y convincente a tales cuestiones, no al menos al presente, en tanto no exista el consenso social indicado.

Uno de los antiguos principios del derecho es la igualdad, que siempre ha significado ausencia de limitaciones irrazonables a un igual tratamiento bajo las leyes, para usar una frase conocida, o “injustificada discriminación.”⁷⁴ Sin embargo, irrazonable o injustificada desigualdad ha significado diferentes cosas en diferentes culturas, tiempos y lugares. No es una noción pécetamente establecida, y existen infinitamente variados ejemplos de ello. Los tribunales, en todo el mundo, son por lo general muy cuidadosos en tratar de seguir las reglas establecidas por el legislador. Solamente en los casos más excepcionales –algo que está sujeto a cambio de acuerdo al tiempo y lugar– intervendrán contra las reglas tradicionales para imponer el superior principio de igualdad y no discriminación. Los tribunales tienen que lograr un equilibrio en su jurisprudencia. Ese equilibrio se vería alterado si se introdujera una tan amplia aplicación judicial del principio contemporáneo de no discriminación, o del antiguo principio de la igualdad ante la ley. Existe desde luego una aparentemente creciente tendencia normativa minoritaria a permitir uniones civiles entre personas del mismo sexo, tanto en determinados países como organismos internacionales; pero es todavía una tendencia normativa, no judicial. Además, la cuestión produce otros problemas derivados, como por ejemplo cuando algunos países introducen limitaciones a la adopción de niños, o a la fertilización asistida, y otros no. La complejidad de esos temas es así manejada hasta el presente por el legislador o, en algunos países, por referéndum. El poder judicial ciertamente aplica las nuevas reglas cuando ellas entran en vigencia, pero por lo general no han producido en esta materia una decisión en el estilo de *Brown v. Board of Education*, o *Roe v. Wade*.

En sentido adverso, un panel de tres jueces de un tribunal administrativo internacional ha tomado una actitud activista y de liderazgo en la materia, que

⁷⁴ Como también se determina en la sentencia 2193, año 2003, párr. 6°, del Tribunal Administrativo de la OIT.

luego ha sido adaptada en forma unánime por el plenario del tribunal administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.⁷⁵ Tal activismo puede o no ser correcto en países u organismos internacionales específicos, en momentos específicos y para determinadas materias, pero no está correctamente resuelto, en mi punto de vista, desde la perspectiva de un juez proveniente de un país emergente con el correspondiente sistema de valores.⁷⁶ Por cierto, esto es una cuestión debatida.⁷⁷

5.3.2. *¿Es ésta una cuestión semántica?*

Todas las definiciones, como todas las palabras, son claras solamente dentro de un cierto núcleo duro o contenido pétreo. Más allá, están siempre rodeadas de un halo de incertidumbre, en que las dudas siempre existen acerca del significado, extensión o aplicabilidad de la palabra en una situación dada.

No se trata por ello de una cuestión de elegir entre interpretaciones “progresistas” o “conservadoras” de las palabras que se refieren a los derechos humanos.⁷⁸ Si el significado de una palabra es claro, entonces la cuestión está resuelta. Si el significado de la palabra está sujeto a razonable discusión, puede no competir al poder judicial establecer cuál es el significado de la palabra. En los casos individuales la determinación final será construida por el tribunal, pero cuando la decisión tiene un claro alcance amplio, por ejemplo cuando define una clase entera de casos, entonces corresponde prestar más atención a quién puede determinar el significado de la palabra, cuando hay cuestiones de importancia sustancial que resolver.

5.3.3. *Libertad y administración pública.*

Cabe distinguir entre la libertad personal para elegir el estilo de vida privada que se quiera dentro de la ley, que debe ser enteramente respetado por los demás,

⁷⁵Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, caso 1276, sentencia 1883, año 2004, que adoptó lo que era la posición minoritaria del Tribunal Administrativo de la OIT en la sentencia 2193, año 2003. Posteriormente pasó a ser el criterio unánime del plenario de la OIT, con ausencia de nuestro voto, como explicamos en “Comments by Judge Gordillo,” en World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, *International Administrative Tribunals and the Rule of Law. Joint Colloquium, op. cit. supra*, nota 41 *in fine*.

⁷⁶Esta línea de razonamiento en GORMAN, R. A., “The Development of International Employment Law,” *European Review of Public Law*, Esperia, Londres, 2004, v. 16, n° 3, p. 631 y ss., especialmente ps. 646-7.

⁷⁷Ver las referencias de las notas 41, 75 y 78.

⁷⁸Como se argumentó en el segundo voto disidente de la sentencia del tribunal administrativo de la OIT número 2193 del año 2003. En todo caso, fuera o no éste el argumento determinante, lo cierto es que el siguiente plenario del tribunal administrativo de la OIT se inclinó unánimemente a favor de esa solución, teniendo en cuenta también el caso líder del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas. Nuestra posición al respecto puede verse en “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404; “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” cuyos datos de publicación obran *supra*, nota 41.

y las repercusiones institucionales de aplicar en su consecuencia el principio de no discriminación para resolver, en definitiva, el otorgamiento de beneficios asistenciales o de otro tipo.

La libertad individual es libertad frente a la intervención del Estado en nuestras vidas privadas, pero no se traslada fácilmente al sistema de beneficios financieros y no financieros de la administración pública; especialmente no para determinar, como en este tipo de casos, un sistema de pagos. ¿Puede la libertad para hacer algo transformarse en el derecho a ser asistido por ello? Sí, pero solamente a través de la legislación o reglamentaciones generales, no a pesar de sus previsiones opuestas cuando ellas son claras y no parecen inaceptablemente injustas. Los ámbitos de la libertad y la administración pública no necesariamente interactúan y se entrelazan.

Una cosa es disfrutar de la libertad de no tener intervención estatal en la elección del estilo de vida que cada uno esté inclinado a seguir, en tanto no esté razonablemente prohibido por la ley. El mundo ha evolucionado mucho en este sentido en el último medio siglo, admitiendo crecientes libertades. La sociedad se ha vuelto más tolerante, también, aunque siempre se escuchan voces muy autorizadas expresando muy fuertemente su desacuerdo. Sin embargo, lo que está cuestionado en este tipo de casos no es la libertad de elegir la vida privada que cada uno quiera dentro de la ley, sino si el Estado o la administración tiene además la obligación de contribuir asistencialmente al estilo de vida de que se trate.

En algunos casos se ha argumentado que el Estado, por razones de salud pública, debe ayudar materialmente de una u otra manera algunos estilos de vida diferentes. Muchas administraciones hacen campañas de educación pública que consisten en el asesoramiento y libre distribución de preservativos, jeringas, etc. También, la preocupación por los peligros del tráfico de drogas llevan a que algunos Estados ayuden a los drogadependientes a superar su adicción proveyéndoles de tratamiento y medicación que de otro modo sería ilegal. Pero estas excepciones en las cuales el Estado ayuda financieramente a diferentes estilos de vida se fundamenta siempre en graves preocupaciones por la salud o la seguridad pública, no como un reconocimiento del derecho individual a obtener financiamiento estatal, y la decisión inicial es tomada por las autoridades regulatorias, no por iniciativa de los tribunales.

Muchos Estados se ocupan de la protección y tratamiento activo de enfermedades altamente contagiosas y peligrosas, como el HIV o la próxima pandemia aviar, si se vuelve a producir como lo hizo a comienzos del siglo pasado matando decenas de millones de personas; se puede llegar y ha llegado a extremos que parecían de otras épocas, confinando en el año 2007 a un viajero que tenía un tipo de tuberculosis asintomática pero imposible de tratar con los medicamentos existentes, pues contiene una cepa resistente a ellos.

Con la libertad de viajar, ello puede volver a suceder. En algunas enfermedades muy transmisibles no existe confinamiento preventivo posible, dado que el contagio puede producirse antes que los síntomas aparezcan: ¿Quién recibirá las vacunas y las drogas antivirales? ¿Quién será “discriminado” en diferentes grupos que puedan no estar protegidos por la vacuna o el tratamiento? Cuando las leyes y reglamentaciones de las autoridades competentes establecen esas contribuciones asistenciales, ellas se transforman en derechos que pueden ser garantizados por los tribunales. Pero tales derechos no son usualmente creados por los tribunales sobre la base del principio de no discriminación. El Estado puede ayudar y de hecho asiste a que muchas personas ejerciten su libertad de intervención estatal, lo que puede transformarse entonces en el derecho a recibir la ayuda del Estado para el ejercicio de tal libertad o sus consecuencias. Pero eso no puede ser fácilmente construido por los tribunales, sin importar cuán sincera sea la convicción de que no hacerlo equivaldría a una discriminación injusta.

5.3.4. *Algunas conclusiones.*

Aunque el problema de la desigualdad injusta es insoluble por un golpe de pluma, la humanidad creó el concepto de discriminación como la llave maestra para determinar cuando la desigualdad era irrazonable (injusta, incausada) y por lo tanto ilegal. Funcionó, por un tiempo. Muchas declaraciones internacionales establecieron el *standard* de no discriminación por razón de sexo, religión, etc. Obviamente, nadie pretendería hoy en día discriminar abiertamente sobre la base del color de la piel, creencias, etc. y pretender que ello es legal. No lo es. Si se lleva el caso a los tribunales, estos declararían ilegal esa conducta. Pero cada caso tiene que ser visto en un contexto mucho más amplio, porque hay múltiples regulaciones que afectan a diversas clases de personas: Personas de edad, jóvenes, viudos y viudas, fumadores, bebedores, tribus indígenas, extranjeros, personas con diversas habilidades de comunicación y así sucesivamente. Sería una errónea descripción del estado actual del derecho administrativo decir que toda discriminación debe ser declarada ilegal sin prestar atención a las circunstancias y a las reglas emanadas de los órganos competentes para legislar.

Los tribunales deben tomar en cuenta los hechos y valores específicos del caso, y también qué guía puede encontrarse en las reglas dictadas por los órganos competentes ¿Qué hacer cuando el órgano legislativo y el tribunal se encuentran en posiciones distintas? Ese es el dilema de nuestro tiempo.

6. *Imprecisión u oscuridad*

La imprecisión u oscuridad del objeto hace también defectuoso al acto: El objeto debe ser cierto,⁷⁹ como expresa el art. 7°, inc. c) del decreto-ley; el acto será inválido

⁷⁹ Costa Rica, art. 132.1; Honduras, art. 24; México, art. 3.11; Perú, art. 5.2.

si resulta incierto en cuanto a qué especie de acto es, o en qué tiempo o lugar⁸⁰ habrá de producir sus efectos, o a qué personas o cosas afecta.⁸¹ Debe tratarse de una imprecisión u oscuridad importante y que afecte una parte principal del acto. Si lo impreciso es tan sólo un aspecto secundario del acto, entonces éste no será obligatorio en ese aspecto, pero por lo demás resultará válido.⁸² Además, la oscuridad debe ser insanable o insuperable. En consecuencia, el acto es igualmente *válido* si resulta posible comprender qué ordena, aunque sea con buena voluntad de acuerdo a las circunstancias del caso. El acto es válido, pues, si es posible encontrar el sentido de lo que dispone a pesar de la redacción defectuosa de que pudiera adolecer: Sea a través de su relectura aislada, o relacionándolo también con sus fundamentos o sus antecedentes y realizando en suma un razonable esfuerzo de interpretación conforme a la capacidad intelectual y conocimiento de las circunstancias del caso que cada persona tenga. Muchos pueden entender lo que para otros es incomprensible, y viceversa. Las circunstancias del caso serán, como siempre, necesariamente determinantes.

Sólo cuando ningún esfuerzo de interpretación razonable⁸³ permita superar la oscuridad o imprecisión del acto,⁸⁴ podrá considerarse que el mismo es inválido y en tal caso el acto será inexistente. No podrá decirse que el acto tenga, a pesar de su oscuridad, presunción de legitimidad y exista obligación de cumplirlo, pues no se puede cumplir lo que no se conoce o entiende.

Si realmente no se entiende, entonces es claro que el acto simplemente no es de ejecución posible.⁸⁵ Por lo tanto, si se asignara a la nulidad absoluta el efecto de no eliminar la presunción de legitimidad y exigibilidad u obligatoriedad del

⁸⁰ PTN, *Dictámenes*, 137: 274, 276; en el caso la concesión o permiso de uso de objeto impreciso había sido otorgada verbalmente. Ambos elementos llevaron a considerar que el acto verbal era irrelevante, esto es, inexistente. Sin embargo, creemos que lo determinante no fue tanto la imprecisión del objeto, que en la especie parecía subsanable, sino el carácter meramente verbal de la decisión. Ver PULVIRENTI, ORLANDO, “¡Confirmado: Existen negocios en la administración pública!” *LL*, 2007-B, 477, quien relata un caso de concesión de uso del dominio público conferido sin formalidad ni procedimiento alguno.

⁸¹ WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Múnich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731; OBERMAYER, KLAUS, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts*, Stuttgart, 1964, p. 75; CAETANO, *op. cit.*, p. 247; SC Mendoza, *Buschman Garat, JA*, 1968-I, 765.

⁸² La nulidad parcial de un acto no perjudica sus otras disposiciones válidas, siempre que sean separables: CC, art. 1039. Comp. PTN, *Dictámenes*, 71: 297. Igual regla en el art. 16 del decreto-ley 19.549/72: “la invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido.” Lo mismo es aplicable cuando, no tratándose de una cláusula accidental o accesorio, de todos modos se trata de una cláusula separable.

⁸³ No, pues, “un verdadero esfuerzo dialéctico:” CS de Mendoza, *JA*, 1968-I, 768.

⁸⁴ También puede ser que el acto, en caso de “carecer [...] de una mínima especificidad” en realidad no está allí diciendo nada, lo cual es una variante de no-acto pero sin vicio. Un ejemplo en el decr. 158/83 y su interpretación *in re Videla*, CNFed. Crim. y Correc., Sala I, *LL*, 2000-A, 285, 290, año 1999. Sobre diversos supuestos de no-acto ver también *infra*, cap. XI, § 11, “La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la administración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes,” casos a) a e).

⁸⁵ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 304; WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731. Uniforme.

acto administrativo, no queda otro camino que considerar a este tipo de acto como inexistente: En cualquier caso y por cualquier interpretación, no se puede cumplir lo que de buena fe no es posible entender. A su vez, si el acto deja margen a dudas sin ser totalmente incomprensible, esa duda juega en favor del individuo por el principio del error excusable.⁸⁶

7. Imposibilidad de hecho

El art. 7, inc. c) del decreto-ley 19.549/72 dispone que “el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible.”⁸⁷ Siguiendo a WOLFF⁸⁸ distinguimos tres hipótesis en materia de posibilidad o imposibilidad de hecho, dos de las cuales se refieren a la imposibilidad de hecho de tipo material y una tercera a una eventual imposibilidad por falta de sustrato jurídico.

a) *Por falta de sustrato personal*: El nombramiento en la función pública de una persona fallecida;⁸⁹ un acto estableciendo una obligación o sanción de tipo personal (inhabilitación, suspensión, retiro del carnet de conductor, etc.), es imposible de hecho si se dicta después del fallecimiento de la persona obligada por el acto.⁹⁰ Por el mismo razonamiento, una pena personal puede también quedar extinguida de pleno derecho si, dictada en vida de una persona, sobreviene su fallecimiento.

b) *Por falta de sustrato material*: Cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, o ha desaparecido;⁹¹ o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible. También cabe incluir aquí imposibilidades temporales, como la de utilizar un determinado equipo electrónico cuando él no se halla disponible en el mercado local.⁹²

c) *Por falta de sustrato jurídico*: Este supuesto de imposibilidad material por falta de sustrato normativo tiene también antecedentes en otras ramas del derecho. Así puede ocurrir en el derecho penal con la imposibilidad material

⁸⁶ FORSTHOFF, *op. loc. cit.*

⁸⁷ También Costa Rica, art. 132.1; Honduras, arts. 24 y 34.b; Perú, art. 5.2; Venezuela, art. 19.3; exigen que el objeto sea posible.

⁸⁸ WOLFF, *op. cit.*, p. 338; en igual sentido GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, pp. 324 y 373; comp. OBERMAYER, *op. loc. cit.*; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

⁸⁹ En los ascensos *post mortem* el alcance del acto es conceder válidamente una pensión superior a los deudos y reconocer moralmente ante la comunidad el sacrificio del agente. No parece en cambio que pueda aplicarse una sanción, así sea moral, *post mortem*.

⁹⁰ HUBER, *op. cit.*, pp. 732-3.

⁹¹ Un permiso de ocupación de la playa, si ésta desaparece. PICCINI GARCÍA, DORIS, *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 62, califica esta hipótesis como decaimiento del acto por inutilidad superviniente: “una circunstancia de hecho que afecta el contenido del acto de manera que imposibilita materialmente y en forma definitiva la producción de sus efectos;” “el acto queda desprovisto de su contenido [...], pasa a ser [...] un acto de papel y por lo tanto, inútil.”

⁹² Juzg. Fed. n° 1, Tucumán, *FA-MA y MS Producciones S.R.L. c. AFIP, LL NOA*, 2000-1089.

derivada de la supresión de un organismo judicial,⁹³ o de la imposibilidad lógica derivada de una incapacidad o incompetencia sobrevenida.⁹⁴ Son diversos los supuestos de imposibilidad de hecho como vicio del acto administrativo por falta de sustrato jurídico. Un acto administrativo ya extinguido anteriormente por cualquier causa eficiente⁹⁵ no puede, desde luego, lógica ni materialmente, volver a ser “extinguido;”⁹⁶ también es inexistente el nombramiento para un cargo que no existe; los actos referidos a personas jurídicas ya extinguidas, o a actos privados absolutamente nulos.⁹⁷ Igualmente es inexistente, aunque ha habido vaivenes jurisprudenciales, la aplicación de una sanción disciplinaria, traslado, etc., a quien ya no es funcionario público;⁹⁸ la revocación de la aceptación de la renuncia; revocación de una baja,⁹⁹ etc. Cuando hay clara y absoluta imposibilidad de hecho el acto es inexistente,¹⁰⁰ no puede cumplirse; el decreto-ley 19.549/72 no prevé expresamente una solución para el caso,¹⁰¹ pero no hay duda que no hay otra interpretación posible dentro del ordenamiento jurídico.

⁹³ MAIER, J.B.J., *Derecho procesal penal argentino*, t. I b, Hammurabi, 1989, p. 492.

⁹⁴ “En el caso de autos hay una imposibilidad insalvable para que la justicia militar juzgue en el presente caso, ya que hay una norma constitucional que lo prohíbe expresamente y cuya inobservancia acarrearía la responsabilidad internacional del Estado argentino.” CNFed. Crim. y Correc., *Videla, LL*, 2000-A, 285, 288, año 1999.

⁹⁵ DE ANDRADE, JOSÉ ROBIN, *A revogação dos atos administrativos*, Coimbra, Atlántida, 1969, p. 27, § 17, “Impossibilidade de revogação de atos anulados.” Ampliar *infra*, cap. XIII, “Extinción.” En el caso del acto extinguido cuya extinción es dejada sin efecto: ¿Hace la extinción del acto extintivo renacer *per se* el acto originariamente extinguido? A veces se lo resuelve expresamente; otras resulta así del contexto de la sentencia. Ver p. ej. CSJN, *Hernández, ED*, 108: 586, con notas de BARRA, RODOLFO C., “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, ALBERTO B., “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

⁹⁶ Con todo, es algo que la administración gusta hacer. Otro ejemplo, que se dió en el país, fue anular contratos que ya estaban extinguidos por cumplimiento.

⁹⁷ HUBER, *op. cit.*, p. 732.

⁹⁸ Este caso se ha dado varias veces, considerándose que el acto era nulo. CSJN, *Fallos*, 251: 368, 374, *Magallanes*, 1961; 254: 88, *Paz*, 1962; Cámara Federal de la Capital, *JA*, 1966-IV, 40, *Pascali*, 1966; CNFed. CA, *Pereyra*, causa 310, 9-XII-1980. Con todo, hace ya tiempo se empezó a usar una fórmula en la cual se dispone “dejar constancia en el legajo personal [...] del ex agente [...] que de acuerdo a las conclusiones arribadas en el presente sumario, de haber permanecido en el cargo se habría hecho pasible de la medida disciplinaria de cesantía;” contra ese acto no se admitió el recurso judicial directo: CNFed. CA, Sala I, *Echegaray*, 1975, *LL*, 1975-B, 769. Si no fuera porque no es una solución realista, porque la administración de todos modos no tiene centralizados los datos de sus diferentes agentes, y mal podría comparar el legajo antiguo de un futuro ingresante, parecería un ejemplo de nuestro libro *La administración paralela. El para-sistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001.

⁹⁹ La administración derogó la baja de un agente y ordenó la reincorporación, olvidando que “para reanudar el vínculo no basta la sola voluntad de la administración,” pues “no procede forzar un vínculo laboral compulsivo,” como señaló la 1ª instancia en *Pérez de Aonzo*, 1996, CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1996-D, 129, 130. Existe, como se advierte fácilmente, un alto grado de irracionalidad en materia de función pública

¹⁰⁰ Excepto en el caso indicado en la nota 91, en que pareció considerárselo nulo, aunque para nosotros sería un caso de inexistencia.

¹⁰¹ Comp. SCJBA, *Ibarra*, cons. 4ª, *JA*, 1994-III, 100, con nota de D'ARGENIO, INÉS A., “Valor probatorio del expediente administrativo.”

8. Irrazonabilidad

La irrazonabilidad es un vicio del acto,¹⁰² con múltiples hipótesis, también en los *vicios de la voluntad* del acto.¹⁰³

8.1. La contradicción del acto

La contradicción del acto,¹⁰⁴ en cuanto resuelva cosas que son antitéticas, o disponga en la parte resolutive lo contrario de lo que expresaba en los considerandos.¹⁰⁵ La contradicción es a nuestro modo de ver un caso típico e insanable de irrazonabilidad, como que atenta contra el principio lógico elemental de no contradicción. Tan irrazonable, por contradictorio consigo mismo, es el acto que explica y fundamenta una solución en los considerandos y adopta la contraria en la parte resolutive, como el acto que en su propio articulado enuncia proposiciones o decisiones contradictorias. Por ello no nos parecen sostenibles las conclusiones de RIGAUD en el caso de *Sieurs Blanc et Truchet* (1965) del Consejo de Estado de Francia, en que se sostuvo que una contradicción en un decreto no lo vicia a menos que lo haga absolutamente inaplicable, pues un art. puede derogar al otro;¹⁰⁶ por el contrario y aún tomando ese argumento, en caso de contradicción sólo puede razonablemente entenderse que los arts. contrapuestos *se derogan mutuamente*. Siendo ambos arts. simultáneos en el tiempo (pues no se pensará, ciertamente, que los últimos arts. son posteriores en el tiempo a los primeros...) y pensando en un posible efecto derogatorio de uno sobre otro, su igual jerarquía y coincidencia temporal llevan necesariamente a la conclusión de que ambos se derogaron recíprocamente y el acto es inexistente en esa parte. Lo expuesto se refiere a los actos administrativos en sentido estricto (unilaterales e individuales), ya que si un mismo acto contiene una disposición general en determinado sentido y una disposición particular en sentido contrario, no existe contradicción: hay una norma general y una excepción para el caso particular. Allí el acto es válido en ambos aspectos y no se produce tampoco el vicio de apartamiento de una norma general¹⁰⁷ pues la norma general nace ya con esa excepción.

¹⁰² O, como dice LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 215, p. 258, "Todo acto administrativo debe ser razonable como aspecto de su legitimidad."

¹⁰³ *Infra*, cap. IX. Sobre este tema son indispensables las obras de LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958; *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed.; *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Kraft, 1944.

¹⁰⁴ WOLFF, *op. cit.*, p. 340; WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 10; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

¹⁰⁵ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 313; DE VALLES, Arnaldo, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 171; CAMMEO, Federico, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 606; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1960, 4ª ed., p. 265; DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 409.

¹⁰⁶ Ver revista *L'Actualité Juridique, Droit Administratif*, 10: 529, París, 1965, donde se publica el caso mencionado.

¹⁰⁷ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 11, "La inderogabilidad singular y sus alcances."

8.2. La falta de proporcionalidad

La falta de proporcionalidad¹⁰⁸ entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al administrador las facultades que éste ejerce en el caso,¹⁰⁹ o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta,¹¹⁰ etc., tornan nulo el acto. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido “que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador.”¹¹¹ También el Código Civil, en su art. 954, permite obtener la anulación de los actos jurídicos en los cuales una de las partes tuviera “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada”¹¹² lo cual muestra la vigencia de un principio general contrario a los actos carentes de proporcionalidad, en los cuales una de las partes pudiere quedar sometida a la otra.¹¹³

La consagración legal expresa en el derecho administrativo del principio enunciado la encontramos en el art. 7º, inc. f) del decreto-ley 19.549/72, donde se expresa que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas” a la finalidad que resulte de las normas respectivas que otorgan las facultades pertinentes al órgano de que se trata. En esta disposición la proporcionalidad se analiza relacionando el fin que tiene la *norma* que otorga la atribución al órgano, con las medidas adoptadas por éste; pero también puede haber falta de proporcionalidad entre los *hechos* que determinan el acto (su causa) y lo que éste dispone.

La desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio de que pueda también aparecer como una forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad. En el caso que consideramos, no se trata necesariamente de un vicio de desviación de poder, pues el funcionario actúa con la misma finalidad prevista por la ley, sólo que excediéndose en los medios empleados. Sería p.ej. el caso de que el Poder Ejecutivo, para impedir la publicación

¹⁰⁸ La proporcionalidad es también exigencia expresa en Costa Rica, art. 132.2.

¹⁰⁹ CSJN, *Spinosa Melo*, 5-IX-06, *LL*, 10-X-06. A veces la falta de proporcionalidad es también un uso del poder o los recursos para fines distintos a los establecidos por la ley, como en el caso *Torello*, CNFed. CA, Sala II (por error de la publicación se consigna Sala I), *LL*, 2000-B, 275: “manifiestamente contrarios a los destinos a los cuales deben afectarse,” p. 277.

¹¹⁰ Cám. Fed. de Rosario, Sala B, *Lapagessi*, *JA*, 1984-III, 440; CNFed. Civ. y Com., Sala III, *Hendrikse*, *LL*, 2006-E, 225.

¹¹¹ CSJN, *Fallos*, 248: 800, 815, *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, y sus precedentes 171: 348, 362, *Swift de La Plata S.A.*, 1934; 199: 483, *Inchauspe Hnos.*, 1991, para actos dictados en virtud del estado de sitio, pero aplicable a todo tipo de actos administrativos.

¹¹² Ver el tema y su bibliografía *supra*, t. 1, cap. XI, § 6.5, “Lesión.” Un distinto encuadre conceptual, pero no divergente en cuanto al fondo de las soluciones propuestas, en COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 36-7. Más bibliografía comparada, en igual sentido, en CIANCARDI, JUAN, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales,” *LL*, 2000-B, 720.

¹¹³ Dijo la CNFed. CA, Sala II (*sic*), *in re Torello*, *LL*, 2000-B, 275, 278, “En esas condiciones, la situación planteada colocaría jurídicamente al Instituto en una situación de sometimiento, al imponerle una obligación indemnizatoria que lo forzaría a mantener el contrato.”

de un diario o revista durante el estado de sitio, dispusiera no sólo la clausura del periódico sino también la detención de todos los que han intervenido en su impresión o circulación (obrerros, choferes, repartidores, canillitas, etc.) o que para preservar el orden en la Capital Federal, durante el estado de sitio, ordenara la detención de todos los habitantes de aquélla, etc.¹¹⁴ Un caso superlativo se ha dado en materia contractual, en que se fijó para el supuesto de revocación o rescisión sin causa, una indemnización cercana a los mil millones de dólares, “Lo que resulta exorbitante si se advierte que las gerenciadoras son intermediarias que no necesitan realizar grandes inversiones para llevar a cabo su cometido.”¹¹⁵

La falta de proporcionalidad entre el objeto del acto y los fines previstos en la ley vicia el acto;¹¹⁶ también lo vicia un exceso entre lo que el acto decide y los hechos que lo motivan. P. ej., la administración puede decretar la cesantía de un funcionario público por falta de respeto a los superiores, pero es evidente que no saludar un día intencionadamente a un superior es una falta que en modo alguno justificaría la sanción máxima de cesantía o exoneración; esta sanción sería nula por desproporcionada, sin perjuicio de que sean procedentes sanciones menores¹¹⁷ y corresponderá sustituirla por una sanción menor, adecuada a los hechos que la determinan. Este principio es aplicable a muchos supuestos, así p. ej. se ha dicho que la fijación de las tarifas por la prestación de los servicios públicos debe guardar “una razonable equivalencia entre ambas prestaciones (servicio realizado y retribución debida), pues donde no hay proporcionalidad tampoco hay razonabilidad.”¹¹⁸ Otro caso de irrazonabilidad por desproporcionalidad, aún teniendo base legislativa, es el de la facultad incorporada al código de Tránsito de la Provincia de Buenos Aires, de proceder al secuestro de vehículos con deudas impositivas.¹¹⁹

¹¹⁴ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Sobre la judicialización de las cuestiones políticas,” *LL*, 2006-A, 857, quien repite ejemplos de la primera edición de esta obra, de 1963, aunque sin citar la fuente.

¹¹⁵ CNFed. CA, Sala II (*sic*), *Torello*, *LL*, 2000-B, 275, 278, con nota concordante de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” *LL*, 2000-B, 274. El tema de los contratos administrativos ha dado lugar no solamente a corrupciones sino también a soluciones irracionales en contra de los derechos del contratista, como lo explican los autores que citamos en la nota 3 de la “Introducción” de este t. 3.

¹¹⁶ En tal sentido, PTN, *Dictámenes*, 102: 226.

¹¹⁷ En sentido similar, PTN, *Dictámenes*, *op. cit.*, 102: 226.

¹¹⁸ SC de Mendoza, *Andrés*, 1967, *LL*, 129: 833, 836, 837; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 142. Sobre el tema de la justicia y razonabilidad de las tarifas ver MAIRAL, “La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos,” *RADA*, 2: 53, Buenos Aires, 1971; nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. III, “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios;” *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 138, § 60, “Las ganancias sin límite objetivo alguno.” Comp. BIANCHI, “La tarifa en los servicios públicos (Del *Rate of Return* al *Price-Cap*),” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y ss.

¹¹⁹ La irrazonabilidad es tanto del precepto normativo como del acto de aplicación; existe también violación al debido proceso legal y al derecho de propiedad: Juzg. CA N° 2, La Plata, *Rodríguez*, 2006, en *LL*, 2006-B, 501, con nota de CRESPO, FERNANDA, “La reacción judicial frente a los super poderes de la Dirección Provincial de Rentas,” *LL*, 2006-B, 502; J. Civ. Com. N° 11, Mar del Plata, 2006, *ADECON*, *LL*, 2006-B, 508.

8.3. *La absurdidad del objeto*

La absurdidad del objeto vicia el acto,¹²⁰ al igual que la imposibilidad de hecho.¹²¹ Absurdidad e imposibilidad de hecho se superponen en gran medida, aunque no totalmente, ya que cabe concebir, en primer lugar, actos absurdos que no sean imposibles de hecho.¹²² A su vez, existen también actos imposibles de hecho que no sean absurdos,¹²³ pero de todos modos hay un gran número de casos en que ambas circunstancias pueden darse conjuntamente. También el acto puede ser absurdo y tener otros vicios adicionales, como sería un plebiscito preguntando si se puede violar la Constitución.¹²⁴

Si bien a primera vista puede parecer, a tenor de los ejemplos que damos aquí, que la absurdidad es una hipótesis excepcional como para que revista poco interés práctico, no es ello así: lo que ocurre es que a veces la absurdidad, por repetida, parece revestir formas externas de racionalidad y por ello no se la advierte en su total magnitud.

El funcionario que pretende que el individuo pueda impugnar el acto que lo afecta, sin darle vista de los fundamentos y pruebas que han llevado a su emisión, está realizando un comportamiento estrictamente absurdo: en efecto, creer que una persona se puede defender eficazmente de lo que desconoce, es como pretender que una persona pueda pelear con los ojos vendados. Sin embargo, si nadie dudará un instante de que sea absurdo e irracional pretender que una persona se defienda con los ojos vendados frente a otra que los tiene bien abiertos, muchos —sin tanta racionalidad— creen que puede ser admisible que una persona se defienda de alegaciones e imputaciones cuyo fundamento y probanzas desconoce. Cabe tener presente que un acto absurdo no es necesariamente un acto *risible* o *ridículo* (aunque pueda serlo) y que la absurdidad también puede estar presente bajo las apariencias de la mayor seriedad y/o dogmatismo: ello no disminuye, sin duda, el vicio que el acto tiene.¹²⁵

Por lo demás, la absurdidad o irrazonabilidad no está restringida al campo del derecho público, ya que se encuentran ejemplos de ella también en el ejer-

¹²⁰ WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

¹²¹ PTN, *Dictámenes*, 78: 362 y 363.

¹²² En un caso la UBA, “invocando razones presupuestarias, decide no realizar el módico gasto de una medalla de oro. Resulta realmente carente de toda seriedad dejar constancia en un diploma oficial de la obtención de una medalla que no se va a entregar.” CNFed. CA, Sala IV, *Rizzo*, 19-VI-98, cons. VIII, 2º párr. Otro caso es que se exijan formularios sin justificación racional alguna: *El Ateneo*, año 1997, CNFed. CA, sala II, *LL*, 1998-B, 554, con nota “Ninguna justificación racional” en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 82, p. 178.

¹²³ La orden de la provisión de materiales que se han dejado de fabricar.

¹²⁴ TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Acordada Electoral N° 3*, año 1999, *DJ*, 1999-1, 903, con nota de ROSSI, ALEJANDRO, “La consulta popular trunca: claves para la comprensión de un naufragio legal y el rescate de una institución.”

¹²⁵ Conf. BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en el libro de ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 190.

cicio de poder por entidades puramente privadas.¹²⁶ Es un verdadero principio general del derecho. Todo acto contrario a las reglas de la lógica¹²⁷ o que resulta de razonamientos falsos,¹²⁸ es también irrazonable y por lo tanto nulo o incluso inexistente en casos de *mucha* gravedad.¹²⁹

9. Inmoralidad. La ética pública

La inmoralidad del objeto también vicia el acto. En esto es pacífica la doctrina¹³⁰ y no parece que su aceptación dependa de una toma de posición en el problema de si el derecho es o no necesariamente moral, o en qué medida lo es.¹³¹

En efecto, incluso los autores que postulan que puede haber una regla jurídica inmoral pero válida, aclaran que una ley puede incorporar preceptos morales como parte de las reglas de derecho,¹³² en cuyo caso el acto deberá ser moral para ser jurídico. Es lo que ocurre con el art. 953 del Código Civil, aplicable al caso.¹³³ Pensamos que el sentido que cabe dar aquí a este posible vicio del acto es el de contravenir la “moralidad positiva,”¹³⁴ cuyas normas y reglas no son creadas por la ética, sino descubiertas y explicadas por ella.¹³⁵ Cobra aquí importancia la cuestión de si “los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otra clase de juicios,”¹³⁶ o si en cambio los valores constituyen un a

¹²⁶ Un ejemplo en el caso *Bella*, CNCiv., Sala D, LL, 1998-B, 626, que comentamos *supra*, cap. I, § 12.6, “Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado.” La actora le ganó a todos los hombres en tiro con Fusil Mauser y le querían dar, en lugar del premio por el cual había concursado, un premio... especial para damas. La defendió con éxito la Asociación por los Derechos Civiles que preside ALEJANDRO CARRIÓ. Ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

¹²⁷ HUBER, *op. cit.*, p. 731; OSSENBUHL, FRITZ, *Die Rückname fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, Berlín, de Gruyter, 1965, p. 8. Ver la nota siguiente y su remisión.

¹²⁸ En este sentido “esta resolución carece [...] de lógica en sus considerandos y aún hay inconsecuencia entre ellos en sí y respecto de parte dispositiva,” SC de Mendoza, JA, 1968-I, 765, 768. Conf. HUBER, *op. loc. cit.*; OSSENBUHL, *op. loc. cit.* Ampliar *infra*, cap. IX, § 8.4, “Actos ilógicamente motivados,” donde analizamos la motivación ilógica como forma de arbitrariedad.

¹²⁹ Ampliar *infra*, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” § 9, “Diferencia entre arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley” y § 10, “Error.”

¹³⁰ HUBER, *op. cit.*, t. II, pp. 741-2; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 346 y 543; FIORINI, BAROLOMÉ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, 2ª ed., p. 373; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Río de Janeiro, Forense, 1966, pp. 157-8; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 6, § 6.5, p. 104; del mismo autor, con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 2.5, p. 307.

¹³¹ Ver p. ej. HARTMANN, NICOLAI, *Ethik*, Berlín, Walter de Gruyter, 1962, 4ª ed., p. 64 y ss.

¹³² HART, H.L.A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 11-2.

¹³³ “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiesen prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero,” en la nota dice el codificador que “los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles.”

¹³⁴ Ver GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, *Ética*, México, 1960, 7ª ed., p. 12.

¹³⁵ GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, p. 14 y ss.

¹³⁶ HART, *op. cit.*, p. 59.

priori emocional¹³⁷ que se intuye independientemente de principios lógicos¹³⁸ y que se aprende del ejemplo y de la imitación;¹³⁹ en otro aspecto, si los valores son objetivos o subjetivos.¹⁴⁰ Por nuestra parte consideramos que si bien cualquiera puede tener según el caso dogmas religiosos o determinadas creencias o principios equivalentes, o emociones o sentimientos tan fuertes que pueden llegar a impedirnos el análisis racional de un problema axiológico concreto, ello es equivalente a las causales de descalificación por falta de imparcialidad en un pronunciamiento jurisdiccional. No importa una crítica a la persona sino la verificación de una situación que le impide el análisis racional. Es la excepción y en la mayor parte de los casos parece posible hacer una ponderación racional de los valores en juego y por ende del carácter no ético de un acto determinado;¹⁴¹ sin perjuicio de la eventual mutación de algunos dogmas morales clásicos,¹⁴² o el nacimiento de nuevos (protección de determinadas especies, condena de la discriminación por motivos religiosos, raciales, políticos, etc.). Cualquiera sea el criterio que se adopte y aunque no se llegue a una ética científica¹⁴³ será posible en muchos casos ponerse de acuerdo sobre el carácter inmoral del objeto. Cuando ello ocurra deberá considerarse ilegítimo el acto, sin que influya, como vimos, la controversia acerca de si el derecho debe ser siempre moral, ya que en el caso la cuestión está consagrada legalmente. Cuando la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece en su art. III las medidas y principios preventivos de dicha corrupción, está consagrando, del mismo modo que el Código Civil, principios de *ética pública* cuya violación torna inmoral y por ende nulo el acto.¹⁴⁴

¹³⁷ SCHELER, MAX, *Ética*, t. I, Madrid, 1941, pp. 100 y 101.

¹³⁸ SCHELER, *op. loc. cit.* Conf. GARCÍA MAYNEZ: "Los actos a través de los cuales intuimos los valores no son simples actos del conocer, sino del sentimiento o, expresado en forma más sencilla: su carácter no es reflexivo o intelectual, sino emocional e intuitivo" (*op. cit.*, p. 243).

¹³⁹ HARTMANN, *op. cit.*, pp. 47 y ss., 116 y ss.

¹⁴⁰ Ver FRONDISI, RISIERI, *¿Qué son los valores?*, México, 1958, pp. 30 y ss., 103 y ss., 121 y ss.

¹⁴¹ Comp. TOULMIN, STEPHEN E., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1964, pp. 166 y ss., 176, 180, 181 y 185; RUSSELL, BERTRAND, "The Elements of Ethics," en SELLARS y HOSPERS, *Readings in Ethical Theory*, Nueva York, 1962, p. 27 y ss. Lo que en estos y otros trabajos se destaca es la posibilidad de *razonar* una cuestión moral antes que postularla dogmáticamente; o, como dice BERTRAND RUSSELL, que existen "métodos a ser empleados y falacias a ser evitadas al considerar la bondad o maldad intrínseca" (*op. cit.*, p. 28). Comp. también AYER, *op. cit.*, p. 135 y ss.

¹⁴² HUBER, *op. cit.*, p. 741, señala que puede mantenerse el ej. de una casa de prostitución; pero actos que antes eran inmorales hoy son válidos: ciertos libros, películas, revistas; obras de teatro; es como el Código de Convivencia Urbana en la CABA. Para el "retraso de la conciencia moral," ZBINDEN, HANS, "La conciencia moral en nuestro tiempo," en *La conciencia moral*, Madrid, 1961, p. 13 y ss.; comp. WADDINGTON, C. H., *El animal ético*, Buenos Aires, 1963, p. 14 y ss.

¹⁴³ Como propone HARTMAN, ROBERT S., *La estructura del valor*, México, 1959, p. 168 y ss.

¹⁴⁴ Ver nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

La ley 25.188, por su parte, establece en su art. 17 supuestos nuevos de nulidad por las incompatibilidades e inhibiciones y prohibiciones que menciona en sus arts. 13,14 y 15.¹⁴⁵ La inmoralidad tiene muchas manifestaciones, que pueden también encuadrarse según el caso como vicio de la emisión de la voluntad¹⁴⁶ o de procedimiento de formación de la voluntad.¹⁴⁷

9.1. *La ley inmoral*

La ley inmoral constituye una cuestión más difícil. El problema no es solamente de derecho interno pues existen juicios universales acerca de ello, p.ej. en cuanto se consideran delitos de lesa humanidad la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*, la tortura, la piratería, etc., todo lo cual permea luego el resto del ordenamiento interno. La corrupción, en el Preámbulo de la CICC, aparece a nuestro juicio como integrando ese nuevo orden público internacional, *in statu nascendi*.

Según HUBER,¹⁴⁸ hay que distinguir el acto inmoral que está dictado en el marco de una ley que no hace sino ejecutar (es decir, el acto en el que la valoración inmoral no procede directamente del funcionario sino más bien de la ley), del acto en el cual el contenido inmoral no está dictado por la ley. Según dicho autor, en el primer caso no habría vicio de inmoralidad en el acto.¹⁴⁹ Sin embargo, pensamos que en tales situaciones lo único que varía es la mayor presunción de legitimidad que tal vez corresponda otorgar a la ley, pero no por ello el acto que ejecuta una ley inmoral se transforma en éticamente valioso. Caso típico pueden serlo las normas y los actos de ejecución de ellas, que puedan en algunos países haber autorizado la eliminación de los enfermos mentales.¹⁵⁰

HART sostiene que no por ser inmoral la ley deja de ser derecho,¹⁵¹ criticando la posición contraria adoptada por los juristas alemanes después de la lección del nazismo, *v. gr.* RADBRUCH,¹⁵² pero su posición en última instancia desemboca en lo mismo. Obsérvese que HART postula que en tales casos “las leyes pueden ser derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas”¹⁵³ y dice que RADBRUCH comete “una enorme sobrevaloración de la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho, como si

¹⁴⁵ Ley 25.188, art. 17; FRANDSEN, *op. loc. cit.*

¹⁴⁶ Se trata de la maldad como fin, que mencionamos *infra*, cap. IX, § 6.3.1 y nota 147.

¹⁴⁷ El obrar malicioso que siempre ha condenado el derecho: *infra*, cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.”

¹⁴⁸ HUBER, *op. cit.*, p. 741.

¹⁴⁹ HUBER, *op. loc. cit.*

¹⁵⁰ A pesar de lo expuesto, es el mismo HUBER quien da este ejemplo y llega a la misma conclusión, aunque diciendo que allí sólo hay “ley aparente” (*Schein-Gesetze*), p. 741.

¹⁵¹ HART, *op. cit.*, pp. 12, 14, 42 y ss.

¹⁵² RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962. El título original hace un iluminador contraste entre “ley” (*Gesetz*) y derecho (*Recht*), con los prefijos *un* (a, anti, contrario a) y *über* (por encima, sobre, supra): *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*; algo así como “ley antijurídica y derecho suprallegal.”

¹⁵³ HART, *op. cit.*, p. 49.

esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: “¿Debo obedecer esta regla de derecho?”¹⁵⁴ Sostener que la ley inmoral es derecho pero no debo obedecerla por ser inmoral, es prácticamente lo mismo que decir que la ley inmoral no es derecho y no debo obedecerla: en un caso obraré según un imperativo moral desconociendo un imperativo “jurídico,” en el segundo obraré según un imperativo moral y jurídico, desconociendo un imperativo positivo. En ambos casos mi conducta ante la ley inmoral debe ser la misma.

9.2. *El acto inmoral*

Por lo demás, no debe caerse en el error vulgar de pensar que las reglas de la moral tienen que ver única o principalmente con la moral sexual y que sólo lo pornográfico o procaz cae bajo esta prohibición. Más bien pensamos que si acaso lo inmoral por erótico es de las inmoralidades menos trascendentes; mucho más dañino para la sociedad es la inmoralidad del funcionario que decide una cosa a pesar de que en conciencia sabe que debiera decir otra y no tiene el valor de hacerlo; o la del funcionario que sin profundizar el estudio de un asunto, lo decide —o proyecta su decisión— en contra del individuo, sabiendo que esa circunstancia lo pone a cubierto de críticas de sus superiores,¹⁵⁵ cosa que no siempre ocurre con las decisiones favorables,¹⁵⁶ etc.; con todo, este tipo de inmoralidad se refiere a la voluntad del funcionario antes que al objeto mismo del acto y constituye entonces un caso de desviación de poder.¹⁵⁷ En cualquier caso, el resultado es siempre el mismo, en cuanto a la invalidez del acto.

En suma, el objeto que en sí mismo sea inmoral (y no sólo por trasgresión a los principios de la moral sexual), es con ello nulo. Un acto que exija adhesión a un partido, o a una persona, o a un gobernante, como requisito para ser funcionario público, o contratista del Estado, etc., es también nulo por inmoral. Un acto que tenga por objeto la apología del gobierno, el culto a la personalidad¹⁵⁸ o la exaltación de sus personeros (la construcción de un monumento a una figura del gobierno; la denominación de un lugar público con el nombre del gobernante, etc.), es asimismo nulo.¹⁵⁹ También lo será todo acto de sumisión o de humillación,

¹⁵⁴ HART, *op. cit.*, pp. 44-5.

¹⁵⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 1, “Libertad y autoridad en el derecho administrativo,” § 2 y § 3.

¹⁵⁶ Es inmoral obrar o dejar que se obre impunemente, p. ej. no permitir a una persona defenderse: t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

¹⁵⁷ HUBER, *op. cit.*, p. 742, cita casos de inmoralidad en los cuales hay también desviación de poder, discriminación, etc.: actos persecutorios por razones raciales o políticas, pero incluye la desviación de poder dentro de la inmoralidad. VEDEL, *op. cit.*, p. 438, recuerda que ya HAURIUO consideraba a la desviación de poder como un vicio de la moralidad administrativa, pues “incorpora a la legalidad ciertos principios de moralidad.”

¹⁵⁸ Aunque hay quienes lo practican ostensiblemente y sin censura social en el ámbito privado. Si además se usa el poder público, la gravedad del ilícito es mayor.

¹⁵⁹ Un acto “dedicado a la glorificación de personas de un régimen,” adolece de “total imposibilidad ético-política,” su objeto es “jurídicamente imposible;” PTN, *Dictámenes*, 85: 103.

de pleitesía y en general todo acto que importe un desconocimiento esencial de la dignidad de la persona humana.¹⁶⁰ El acto inmoral, en principio, es nulo y su vicio insanable,¹⁶¹ si la inmoralidad es grosera, el acto será inexistente. Pero la variedad de situaciones fácticas puede también dar lugar a la anulabilidad o incluso a la validez según la importancia del vicio.

9.3. *El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera*

La Convención Interamericana Contra la Corrupción,¹⁶² al condenar tanto penal como administrativamente diversos comportamientos corruptos o propensos a la corrupción, constituye también un catálogo de ejemplos de actos de objeto inmoral y desde luego prohibido¹⁶³ por corrupción. En efecto, el cap. sobre las medidas preventivas de la corrupción, que la CICC describe, contempla, *a contrario*, supuestos de conductas que son condenadas con el juicio *supranacional* de esta Convención, e *internacional* de la convención de tal índole, en curso de aprobación. Dada la obligatoriedad de los tratados por sobre el derecho interno¹⁶⁴ y que su incumplimiento es de gravedad institucional,¹⁶⁵ extraña que no se la invoque más frecuentemente en los fallos, a pesar del principio *iura novit curia* y de lo que dice el preámbulo de la CICC. No ha de olvidarse, tampoco, que en materia de corrupción nos encontramos posiblemente ante un nuevo orden público internacional, *in statu nascendi*,¹⁶⁶ con sus conocidas implicancias jurisdiccionales extranjeras e internacionales. Será simplista e histórica e internacionalmente desubicada la tesitura que confíe todas sus cartas a la soberanía y territorialidad de la jurisdicción.¹⁶⁷

¹⁶⁰ Los valores éticos son valores de personas, no de cosas, a diferencia de los valores estéticos, utilitarios, etc. (SCHELER, *op. cit.*, pp. 124-9; GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pp. 245-6) y los actos éticamente disvaliosos serán siempre humanamente disvaliosos; HANS REINER, *Vieja y nueva ética*, Madrid, 1964, p. 224, enuncia dos valores “absolutos:” el derecho justo y “el hombre en cuanto ser personal.”

¹⁶¹ CSJN, *Fallos*, 179: 273, *Tiburcio López*, año 1937; FIORINI, *op. cit.*, p. 373.

¹⁶² Ver *supra*, nota 144.

¹⁶³ GAVEGLIO, ADRIÁN JAVIER, “Control de razonabilidad, técnica y delegación legislativa,” *LL*, 1998-D, 1211.

¹⁶⁴ *Hagelin*, 1993, *Fallos*, 316: 3176; *Fibraca Constructora S.C.A.*, 1993, *Fallos*, 316: 1669. Desarrollamos el tema *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo;” “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *La Ley Actualidad*, 17-IV-1990 y cap. III de *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007; “La creciente internacionalización del derecho,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México D.F., UNAM, 2002, pp. 71-92.

¹⁶⁵ CSJN, *Riopar S.R.L.*, *LL*, 1997-A, 227, año 1996.

¹⁶⁶ Ver t.1, cap. VI, § 2.3, “Convención Interamericana contra la Corrupción” y cap. V, § 5.3, “El régimen supranacional contra la corrupción” y las referencias de la nota 144.

¹⁶⁷ En nuestros países se demora mucho en percibir el modo en que iguales cuestiones son vistas en los países de mayor desarrollo y con capacidad de ejercer una jurisdicción extranjera o internacional conforme al derecho de gentes que nuestra propia Constitución reconoce desde siempre, hoy en el art. 118. Nos remitimos a lo expuesto en el cap. VII, “Fuentes supranacionales,” del t. 1. También resultan ilustrativos los fundamentos del primer fallo (anulado) de los *Law Lords* en *Regina v. Evans*, 1998, aquí publicado como *La Reina c/Evans y ot.*, *LL*, 1999-A, 432; ver también WILLIAM, SYLVIA MAUREEN, “El derecho británico y la inmunidad soberana,” *LL*, 1998-F, 1233.

El avance progresivo del orden público internacional ya ha cubierto como *jus cogens, erga omnes*, el terreno del genocidio,¹⁶⁸ la tortura sistemática, la desaparición forzada de personas,¹⁶⁹ el terrorismo o piratería internacional y la toma de rehenes¹⁷⁰ o el cautiverio. A nuestro juicio no cabe duda que se apresta a avanzar sobre alguno o algunos de los delitos que integran el conjunto que ahora los Estados formalmente engloban bajo la conexión sinérgica “corrupción — crimen organizado — narcotráfico — lavado de dinero — desestabilización del régimen democrático y del Estado mismo — negación de los derechos económicos y sociales.” Adviértase que esta vinculación no es imaginación nuestra, sino que la hace en forma expresa el Preámbulo de la CICC, de nivel supralegal y supranacional. Para no tomar sino uno de los ejemplos que brinda la CICC, un acto que implique el dispendio ineficiente de recursos públicos ya no entra en el mero campo de la oportunidad, conveniencia o mérito: Es un coadyuvante de la corrupción, de objeto plenamente *inmoral* conforme a estas normas, formalmente antijurídico. No postulamos que la corrupción no pueda funcionar sin gasto público ineficiente; sí parece en todo caso a la inversa, que casi siempre funciona con él. No *solamente* con él, pero casi inexorablemente con él. Puede haber corrupción con gasto eficiente y puede en teoría haber gasto ineficiente ingenuo, pero lo más normal es que el gasto groseramente ineficiente preanuncie la corrupción. Ésta aparece del brazo *coadyuvante*, a veces incluso condicionante, del gasto ineficiente. Es la forma más apta para generar los fondos corruptos.¹⁷¹ En todos los casos nos referimos a las grandes erogaciones ineficientes, que es donde anida la gran corrupción. Esto pone nuevas cargas sobre el intérprete y el control judicial, pero no podrá

¹⁶⁸ Así lo resolvió la CSJN en *Priebke, JA*, 1996-I, 328, año 1995, señalando que a su juicio el caso encuadraba *prima facie* en los preceptos de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (cons. 2° y 3°), pero “Que la calificación de delitos contra la humanidad no depende [...] sino de los principios de *ius cogens* del Derecho Internacional,” cons. 4°.

¹⁶⁹ CNFed. Crim. y Correc., Sala II, *Astiz, DJ*, 2000-2, 605.

¹⁷⁰ Nuestro país ha ratificado por ley 23.956, del año 1991, la Convención internacional contra la toma de rehenes, también invocada en el precedente *Regina v. Evans* citado *supra*, nota 167, una de cuyas aplicaciones, en materia jurisdiccional, fuera el conocido y allí recordado caso de *Entebbe*. El hecho de que no esté incorporada al texto constitucional en el art. 75, no quita que está vigente, incluso por ser parte del *ius gentium*, de igual modo que para todos los delitos de lesa humanidad lo ha entendido la CSJN *in re Priebke*, 1995, *supra*, nota 168, cons. 4°. El avance empírico es el mismo en materia de tribunales arbitrales: GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 195-203.

¹⁷¹ De allí el empleo que estamos haciendo de la traducción “necesitado de coadyuvante” que preferimos del vocablo *mitwirkungsbedürftige* en su referencia al acto administrativo, en el derecho alemán, que requiere la aceptación del particular. En la antigua Prusia se los encuadraba dentro de los actos administrativos de sumisión, que postulara OTTO MAYER (*Verwaltungsakten auf Unterwerfung*) como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 1998, 5ª ed., p. 95; en la 1ª ed. argentina de la 9ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas, La Ley, 2006, p. 105 no se encuentra ya la referencia por considerar los autores que todo ello es “arcaizante.” Sea un acto de sumisión prusiana o un acto necesitado de coadyuvante, en ambos casos creemos que encuadra asimismo en la hipótesis constitucional penal del art. 36 de la Constitución de 1994, tanto para el funcionario como para los particulares.

nadie hacerse el desentendido en derecho desde que está vigente la CICC: No le conviene tampoco, pues puede para *su* sorpresa encontrarse, el día de mañana, enfrentado a una decisión como la de los *Law Lords* a que nos referimos en la nota 167. Bien puede ser, como ya lo advertimos, *ius cogens, erga omnes, in statu nascendi*. El tiempo dirá, pero conviene al operador estar prevenido.

9.4. *La degradación de la moral y la ética*

Debe prestarse atención a la degradación que algunos falsos moralistas pretenden introducir a la ética pública, fulminando todo con la moral y el bien común, o postulándola como elemento esencial, pero olvidándose que hay otros elementos éticos que no pueden desconocerse. Son los mismos que después defienden el abuso y la vejación y en general la violación de los derechos humanos, pero también los que apoyan a pleno el autoritarismo y la corrupción, la adulación y el sometimiento y están siempre al servicio del poder. Eso también es inmoral.

De todas maneras y para darle momentáneamente un tono ligero al tema, conviene recordar una de sus manifestaciones secundarias, de interés anecdótico, es la pretensión que la falta de pago de la matrícula profesional constituya una infracción “ética” a las normas profesionales. La idea es vieja y ha sido de antaño ridiculizada: esa tasa “no es parte del contenido esencial del acto de inscripción ya que la finalidad del cumplimiento de esta prestación patrimonial es extrínseca, marginal al fin fundamental del acto de inscripción;” hay así “una absoluta divergencia entre el fin del acto y los fines de la prestación pecuniaria del particular;” esta última no es, “ni mucho menos, en relación al acto de inscripción, un presupuesto de legitimidad ni una condición;” son “intereses marginales” de la administración. Podrá haber consecuencias pecuniarias del incumplimiento pero no reducir o desmejorar los efectos de la inscripción.¹⁷² Con ese comienzo “ético” después algunos no distinguen el contenido y deber ético de mejorar su cultura y servir al régimen democrático.

Pero no todo es risueño. Dejemos al lector la búsqueda de los inmorales de la política, el poder, y la corrupción.

9.5. *La omisión de resolver como corrupción*

Estamos demasiado acostumbrados a mirar la omisión administrativa de resolver una petición concreta como un mero ejemplo de desidia, lentitud, mora o simple ineptitud administrativa. Pero todo aquel que tiene que cobrar un cheque que está emitido y sabe que hay alguna distancia dineraria entre ese momento y la efectiva percepción del cheque, sabe que el silencio y la omisión pueden ser corrupción. Igualmente cuando el funcionario que debe otorgar la razón y sabe que el parti-

¹⁷² Análogas consideraciones caben respecto de la mora insustancial en el pago de la tasa de patentes. Ver *Hendrikse*, citado *supra*, notas 46 y 110; PERINI, MICHELE M. G., *Osservazioni sull'accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1953, pp. 64-5.

cular la tiene, pero demora hacerlo ¿esperando una contraprestación ilegal? Es así como la administración extorsiona con el silencio y la mora: no son sólo los ineptos, son también los corruptos, que omiten decidir. Por eso es tan indispensable que la justicia cumpla siempre con su función en la materia, pues es uno de los modos de prevenir esta corrupción extorsiva por la simple omisión.¹⁷³

III. Competencia

10. Concepto y alcances

La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo.¹⁷⁴ Coincide la doctrina que la competencia en principio es improrrogable.¹⁷⁵ Hay quienes piensan que la competencia debe surgir de norma legal expresa, quienes consideran que puede surgir expresa o implícitamente de una norma legal y quienes consideran que surge en forma implícita del objeto o fin mismo del órgano; a esto último, algunos autores lo llaman principio de especialidad.¹⁷⁶ El art. 3° del decreto-ley 19.549/72 se inclina por la regla de la competencia expresa,¹⁷⁷ pero no solamente de origen legal directo e inmediato, sino también de origen derivado, emergente de reglamentos dictados en consecuencia de leyes atributivas de competencia.¹⁷⁸

11. Competencia en razón del grado

La competencia en razón del *grado* se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro del orden jerárquico de la administración y, puesto que la competencia es en principio improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corres-

¹⁷³ Ver ETCHERRIGARAY, PEDRO, "Eficacia al amparo por mora: Entre el derecho a peticionar y la ética pública," *LL*, 2007-A, 250.

¹⁷⁴ La competencia no debe confundirse con el ejercicio de la función y por ello no puede haber una competencia para la ilicitud; es posible imputar a un órgano estatal un hecho ilícito, pero en virtud de la noción de ejercicio de función y no de competencia. Ver *Gauna*, CSJN, *Fallos*, 320-I: 875, año 1997; *Multicambio SA*, Plenario CNFed. CA, *JA*, 1996-I, 140, año 1995. *Supra*, t. 1, cap. XII, § 6, "La competencia" y § 7, "Distinción entre competencia y ejercicio de la función;" LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 259 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO, "El acto administrativo, hoy," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 50 y ss.; COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, pp. 20-5 y 76 y ss.

¹⁷⁵ Brasil, art. 11; Costa Rica, art. 66; Honduras, art. 3°; Perú, arts. 63 y 65; Venezuela, art. 26. Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 28; *supra*, t. 1, cap. XII, § 8.4, "Competencia en razón del grado;" CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 136. Este autor considera que el vicio de incompetencia da lugar a la nulidad (nulidad absoluta, en sus palabras) en todos los casos, pp. 196-8; en igual sentido URZÚA RAMÍREZ, CARLOS FERNANDO, *Requisitos del acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, § 38, p. 71. A nuestro juicio corresponde distinguir algunos supuestos, como lo hacemos en el texto.

¹⁷⁶ Nos remitimos a la exposición efectuada en el t. 1, cap. XII, § 6, "La competencia."

¹⁷⁷ Costa Rica, art. 59.1 y Perú, art. 61.1.

¹⁷⁸ Ver también IVANECA, MIRIAM MABEL, "Los principios constitucionales en el acto administrativo," en AA.VV., *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo en Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

ponde al superior y viceversa,¹⁷⁹ salvo los casos de admisibilidad de la avocación¹⁸⁰ y delegación.¹⁸¹ Si a pesar de todo lo hace, el vicio es por regla subsanable, en razón de existir jerarquía¹⁸² entre los órganos. Si tal relación jerárquica no existe, la nulidad es insanable.¹⁸³ Esto último es claro si un Secretario de Educación toma una decisión de competencia de una Universidad. Está en cambio en penumbra si un Secretario de Energía puede válidamente tomar una decisión de competencia de un ente regulador: ENRE o ENARGAS,¹⁸⁴ porque la independencia de estos entes nunca ha sido verdaderamente respetada por el poder central. En nuestro concepto no debería tener tales atribuciones, pues ellas contrarían directamente el explícito objetivo de la creación del ente regulador.

El acto puede estar viciado de incompetencia en razón del grado en dos hipótesis esenciales: a) Cuando al *órgano* le ha sido conferida antijurídicamente una competencia determinada; en este caso, aunque el órgano no se salga de la competencia que le ha sido conferida, el acto puede no obstante estar viciado en razón de que dicha competencia es ilegítima; b) cuando, siendo legítimo el otorgamiento de competencia al órgano, éste se excede de ella incluso en el campo de lo implícito.¹⁸⁵

a) Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida: Es éste un problema que surge en materia de intervención, descentralización y delegación. En el caso de la intervención, el órgano interventor sustituye la voluntad del órgano intervenido, con lo cual aún siendo inválida la sustitución¹⁸⁶ se aplica la misma regla del funcionario *de facto*, que veremos.

¹⁷⁹ Ver CNFed. CA, Sala I, *Miño, LL*, 1993-B, 101, 103, año 1992.

¹⁸⁰ Cuando ella es admisible, lo que no siempre ocurre. Ver CSJN, *Peña de Tuero*, 1983, *Fallos*, 305: 171, 177, cons. 4° y 5° del voto de la minoría. Minoría y mayoría tienen coincidencia en la nulidad, aunque la mayoría ubica el vicio como incompetencia en razón de la materia. Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 11, “La avocación.”

¹⁸¹ Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 9, “Delegación.” El art. 13 de la ley 22.520, t.o. por decreto 438/92, dispuso: “Facúltase al Poder Ejecutivo a delegar en los ministros y en los secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen.” Ante la falta de delegación la regla general, pero no absoluta, es que el acto es anulable y susceptible de saneamiento: PTN, *Dictámenes*, 198: 115.

¹⁸² CNFed. CA, *Miño, LL*, 1993-B, 101, 102, cons. 2°; CSJN, *Fallos*, 301: 953, *Duperial SAIC*, año 1979; 302: 535, *Austral*, año 1980.

¹⁸³ CSJN, *Peña de Tuero, Fallos*, 305: 171. Es el caso de un Ministro de Educación pretendiendo tomar una decisión de competencia de un órgano de una Universidad: HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975, p. 248, notas 58 y 59; VINCENT, FRANÇOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, París, LGDJ, 1996, p. 78 y ss. Ver también *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.3.1, “La evolución en materia de Universidades nacionales.”

¹⁸⁴ Ver *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.3, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada,” § 3.4, “Entes reguladores.”

¹⁸⁵ *Supra*, t. 1, cap. XII, § 6, “La competencia” y § 7, “Distinción entre competencia y ejercicio de la función.”

¹⁸⁶ Utilizamos el término del control sustitutivo, aunque es poco frecuente entre nosotros. Ver ESPOSITO, ENRICO, *Il potere sostitutivo*, Nápoles, Jovene, 1968, 2° ed., § 4, p. 22 y ss.

El COMFER, p.ej., por un no resuelto ajuste entre el decreto-ley que establece la composición de su Directorio¹⁸⁷ y la realidad, se encuentra intervenido sin solución de continuidad. No se ha cuestionado siquiera, por este motivo, la validez de los actos del interventor. Órganos desconcentrados a los que se suponía inmunes a la ingerencia del poder político, como el INDEC, también han sucumbido a las apetencias del poder central.

Discutíase además si la descentralización sólo podía hacerse por ley¹⁸⁸ o si podía serlo por decreto.¹⁸⁹ Nos hemos inclinado siempre por la primera solución, que es la consagrada por la legislación.¹⁹⁰ En lo que respecta a la delegación, hay en cambio acuerdo doctrinario acerca de que ella sólo es posible cuando la ley la autoriza.¹⁹¹ adviértase el contrasentido de que alguna doctrina admitía¹⁹² la descentralización por decreto, pero la delegación sólo por ley. En el derecho argentino se han dictado diversas leyes autorizando al Poder Ejecutivo en el caso concreto, la delegación de facultades;¹⁹³ además, el decreto-ley 19.549/72 en su art. 3° faculta al P.E., por vía reglamentaria, a autorizar la delegación de atribuciones. Ella está pues autorizada por ley. La descentralización por decreto está en cambio prohibida por las leyes 25.152 y 25.565 y el Congreso no puede tampoco facultar el P.E. a hacerlo, ni lo ha hecho, ante la prohibición contenida en el art. 76 de la Constitución nacional.¹⁹⁴ En consecuencia, es antijurídica una descentralización dispuesta por decreto, o una delegación legislativa al P.E. que exceda el art. 76, pero en cambio es válida la delegación de competencias dentro de la administración. Ello es así salvo, en el caso de leyes especiales facultando la delegación, la que se efectúa delegando más facultades que las que la ley autorizó a delegar en el caso, o delegando a órganos distintos de los que la ley dispuso que podrían recibir la delegación, etc.

¿Qué vicio tendrán los actos dictados en el ejercicio de una competencia ilegítimamente conferida? En base a los antiguos principios en materia de funcionarios de hecho, si la competencia descentralizada o delegada tenía una apariencia de legitimidad, un color de título, los actos dictados en virtud de esa competencia eran

¹⁸⁷ Que prevé representantes de cada una de las tres fuerzas armadas.

¹⁸⁸ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., pp. 248-9; LUQUI, JUAN CARLOS, "División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina," *LL*, 107: 1045, nota 8; PISA ESCALANTE, RODOLFO, "Rasgos fundamentales de la autonomía institucional en Costa Rica," en el libro *IV Semana de estudios sobre la reforma administrativa*, Madrid, 1966, p. 95 y ss., p. 108.

¹⁸⁹ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, p. 382 y ss.; COMADIRA, *op. loc. cit.*

¹⁹⁰ Ley 25.152 de solvencia fiscal, art. 5º inc. a), modificado por la ley 25.565.

¹⁹¹ Lo que ocurre en virtud del decreto-ley 19.549/72: *supra*, t. 1, cap. XII, § 6, "La competencia," § 9, "Delegación" y § 10, "Admisibilidad y caracteres de la delegación."

¹⁹² Antes de la ley 25.152 de solvencia fiscal con la modif. en igual sentido de la ley 25.565

¹⁹³ La mas reciente es la ley 22.520, t.o. por decreto 438/92, cuyo art. 13 dispuso: "Facúltase al Poder Ejecutivo a delegar en los ministros y en los secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen."

¹⁹⁴ *Supra*, t. 2, cap. VII; t. 1, cap. VII, § 13.2, "La Constitución de 1994" y § 13.3, "A quiénes se puede delegar."

en principio *válidos*.¹⁹⁵ El problema debiera ser resuelto diversamente luego del art. 36 de la Constitución de 1994, que determina la invalidez en todos los casos allí previstos. En el caso de la delegación, si ella existe pero no está publicada,¹⁹⁶ es susceptible de saneamiento¹⁹⁷ la incompetencia en razón del grado que deviene de la falta de delegación. Si, en cambio, falta la apariencia de legitimidad y el vicio es obvio y grosero (*v.gr.*, una delegación o descentralización de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, tales como el indulto, la declaración de estado de sitio por conmoción interior en receso del Congreso, la proposición de magistrados al acuerdo del Senado, etc.), el acto debe ser considerado nulo e incluso, en algunos casos, inexistente.

b) Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por descentralización, desconcentración o delegación) pero el órgano se excede de ella.¹⁹⁸ En este caso corresponde distinguir dos hipótesis: 1º) aquella en que el órgano inferior ejerce competencia propia del superior; 2º) aquella en que el órgano superior ejerce competencia que corresponde al inferior.

Si bien el primer caso parece más grave por atentar contra el orden jerárquico, tan caro a algunos, constituye una hipótesis excepcional. El funcionario de menor jerarquía prefiere elevar el problema a consulta de “la superioridad.” Lo prudente es no decidir y consultar al superior. Con todo, en un raro caso de asunción de responsabilidades y competencias del órgano superior, si un coordinador zonal traslada a un funcionario y limita sus funciones, siendo ello de competencia del Ministerio, se ha resuelto que el acto es susceptible de saneamiento y éste produce efecto retroactivo.¹⁹⁹ Salvo la excepción que acabamos de referir en la jurisprudencia, en verdad lo más frecuente es que la ilegitimidad se produzca por la intervención de un superior invadiendo lo que es facultad del inferior, aunque la fuerza de la relación jerárquica hace a veces innecesario recurrir a la formalidad del dictado del acto, bastando generalmente indicarle verbalmente al inferior cómo el superior quiere que resuelva.

Otra hipótesis es que el superior tenga la facultad de avocación, aunque ella no siempre es admisible.²⁰⁰ No procede p. ej. y en primer lugar, cuando la compe-

¹⁹⁵ Ver GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 10ª ed., pp. 418-20; JÈZE, GASTÓN, *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II-1º, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 350-1; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 314.

¹⁹⁶ La remanida tesis de la existencia pero no eficacia del acto, que ya hemos criticado en los primeros caps. de este vol.

¹⁹⁷ CSJN, *Fallos*, 301: 953, cons. 5º, *Duperial SAIC*, 1979.

¹⁹⁸ Aquí se incluye también el caso en que el órgano se excede de una competencia ilegítimamente conferida, pero con apariencia de legitimidad.

¹⁹⁹ SCJBA, *Sánchez Saizar, JA*, 1981-III, 103, 104. FRANCHINI, *op. cit.*, pp. 197-8, no admite la delegación tardía y considera que la nulidad es insanable, al igual que por la falta de autorización y dictamen jurídico.

²⁰⁰ Así en CSJN, *Fallos*, 305: 171, *Peña de Tuero*, 1983, con la consecuencia de decretar la nulidad absoluta e insanable del acto; pero la solución oscila con la anulabilidad y posibilidad de saneamiento, PTN, *Dictámenes*, 198: 115.

tencia ha sido atribuida al órgano en virtud de una idoneidad específica que él tiene.²⁰¹ Este criterio es a nuestro entender especialmente aplicable en el caso de los entes reguladores independientes²⁰² previstos en el art. 42 de la Constitución nacional. En tales casos el acto ha sido en ocasiones considerado anulable,²⁰³ aunque parece más razonable postular directamente su nulidad.²⁰⁴ Lo mismo ocurre con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que hasta tanto no sea “implementado” el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia creado por la ley 25.156, ejerce la competencia asignada a aquél.²⁰⁵ Se han considerado nulos, mediando declaración judicial de oficio en tal sentido, los actos dictados por las secretarías del Ministerio de Economía y Producción en ejercicio de competencias específicas de la citada Comisión.²⁰⁶

Por lo demás, si el acto ha sido dictado por funcionario incompetente, pero *ad referendum* de la autoridad competente, hay precedentes en el sentido de que estaríamos en la hipótesis de un mero acto preparatorio, de un proyecto sin efecto jurídico hasta tanto la autoridad competente adopte alguna decisión al respecto.²⁰⁷ En este caso el órgano inferior no habría tenido voluntad de dictar el acto productor de efectos jurídicos y por ello no podría hablarse de acto

²⁰¹ Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 11.2, “Procedencia de la avocación” y cap. XV, “Los entes reguladores;” t. 2, caps. VI y VIII. La tesis de la improcedencia de la avocación en el caso de competencia técnica específica del inferior fue primero expuesta en nuestro proyecto de 1964, de donde pasó a la doctrina nacional: MARIENHOFF, GONZÁLEZ ARZAC, BEZZI, CASSAGNE, COMADIRA, citados por este último en *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 22, nota 46.

²⁰² Junto a la improcedencia de la alzada, intervención, remoción, revocación, reglamentación, etc.; es la fractura del poder que los precedentes norteamericanos contemporáneos ven como equivalente actual a la teoría antigua de los frenos y contrapesos del poder.

²⁰³ Ver PTN, *Dictámenes*, 57: 274; 69: 253; el acto es “susceptible de una ratificación por parte de la autoridad competente para haberlo dictado;” BIELSA, *op. cit.*, t. II, 5ª ed., p. 124; la solución viene de la vieja ley española de procedimiento, art. 53, inc. 20; GONZÁLEZ PÉREZ, *Justicia administrativa*, Madrid, 1958, p. 116.

²⁰⁴ PTN, *Dictámenes*, 70: 178: es nulo el acto del presidente de un órgano colegiado que dicta actos de competencia de éste. También hay nulidad absoluta si un Decano ejerce competencia del Consejo Superior, *v.gr.* declarando cesante a un profesor titular: CNFed. CA, Sala IV, *Fippo*, causa 23.940, sentencia del 14-IV-94.

²⁰⁵ Entramos así a los supuestos de tribunales administrativos independientes, que hemos comentado en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962.

²⁰⁶ CNFed Civ. y Com., Sala I, *Recreativos Franco S.A., LL* del 23-X-06.

²⁰⁷ CSJN, *Mallet v. Provincia de Mendoza*, JA, 8: 8, año 1922; *Anselmo Gómez c/Provincia de Buenos Aires*, 1914, *Fallos*, 120: 57; CNFed CA, Sala I, *Herpazana SRL, ED*, 168: 414; CSJN, *Herpazana SRL*, 1997, *Fallos*, 320-3: 2808, cons. 9º y 10: no puede “generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes [...] pues [...] su eficacia estaba sometida a un hecho futuro e incierto (doctrina de Fallos: 314: 491);” en igual sentido *Maruba SCA*, CNFed. Civ. y Com., *LL*, 1998-A, 151, 152: “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara;” PTN, *Dictámenes*, 80: 71; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 3ª ed., p. 84. Es una situación similar a la de los actos sujetos a condición suspensiva, que la doctrina no admite (*infra*, cap. XIII, § 6.1.3, “Cumplimiento de la condición,” nota 61) y los actos no notificados, que para nosotros igualmente no han nacido aún. Pero existe una tendencia diversa, que exponemos en el texto y nota siguiente.

administrativo viciado; la voluntad del superior de dictar el acto propuesto no importaría pues convalidación ni aprobación retroactiva, sino un acto nuevo de efectos constitutivos, es decir, para el futuro.²⁰⁸

Pero otros pronunciamientos consideran, muy a la inversa, que no existe discrecionalidad alguna en el órgano que debe dictar el refrendo y que puede tratarse en suma de “un supuesto de actividad reglada en la que la función del superior está limitada a una supervisión de legalidad que no incluye potestades discrecionales.”²⁰⁹ Hay por fin fallos que destacan supuestos en los cuales la voluntad administrativa era claramente producir efectos jurídicos inmediatos, p.ej. el traslado de un funcionario de inferior nivel jerárquico. A pesar de tratarse, en el caso, de un acto *ad referendum* del superior, se entendió que “en el sublite no cabe duda de que la intención del coordinador era la de poner inmediatamente en ejecución sus decisiones, pues comienza a ejecutarse antes de la ratificación. Bajo ningún aspecto entendió dictar un acto preparatorio, a resultas de la posterior decisión del superior.”²¹⁰

También se ha sostenido que una adjudicación *ad referendum* de la autoridad superior *obliga* al oferente en el sentido que no puede retirar su oferta pendiente el dictado del acto de la autoridad superior. A nuestro juicio la solución depende exclusivamente de si el oferente se encuentra aún obligado, por el pliego, a mantener²¹¹ su oferta al momento de producirse el refrendo. La decisión que de este modo criticamos pretende extender, de hecho, ese plazo.

12. Competencia en razón de la materia

La competencia en razón de la materia se refiere a las actividades o tareas que *legítimamente* puede desempeñar el órgano, es decir, al *objeto* de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos.²¹²

12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales

Ello ocurre cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser dictadas por la justicia,²¹³ como la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes,²¹⁴ casos en los cuales se ha resuelto consistentemente que el acto es

²⁰⁸ CNFed. CA, Sala I, *El Principado S.A.*, causa 36.038/96, sentencia del 7-X-1998.

²⁰⁹ CSJN, *Fadlala de Ferreyra, Fallos*, 306: 126; *ED*, 108: 460, año 1984, cons. 7°. La solución fue justa en el caso, pero no constituye un principio rector.

²¹⁰ SCJBA, *Sánchez Saizar, JA*, 1981-III, 103, cons. 3° *in fine*.

²¹¹ Ver *supra*, t. 2, cap. XII, § 5.7, “Mantenimiento de las propuestas.”

²¹² Ver y comparar SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 433.

²¹³ Lo cual no tiene relación con la mal denominada jurisdicción administrativa, que tratamos *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 7 a § 19.

²¹⁴ CSJN, *Fallos*, 247: 646, *Fernández Arias*. En CSJN, *Di Salvo, LL*, 1988-D, 271; *Lapiduz, LL*, 1998-C, 371, se aplicaban penas sin recurso judicial suspensivo. PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Inconstitucionalidad de los arts. 10 y 11 de la ley 24.765 (clausuras),” *LL*, 1998-E, 519.

nulo;²¹⁵ aunque en varios supuestos la doctrina entiende que puede ser considerado inexistente.²¹⁶ Ej.: Declarar caduca la venta de determinadas tierras fiscales, dejando sin efecto las respectivas transmisiones de dominio y mandando tomar razón de ello en el Registro de la Propiedad.²¹⁷ En materia de entes reguladores, y en adición a la exigencia de control judicial suficiente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que no pueden ejercer funciones materialmente jurisdiccionales sobre cuestiones de derecho común, por carecer de imparcialidad e independencia. Por consiguiente, son ilegítimos los actos dictados por dichos entes con el objeto de dirimir controversias entre particulares, si carecen de imparcialidad e independencia.²¹⁸

12.2. *Incompetencia respecto a materias legislativas*

Cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso: Creación de sanciones sin previsión de ley o al menos razonable delegación legislativa constitucionalmente válida,²¹⁹ disposición de fondos sin autorización presupuestaria;²²⁰ venta de inmueble del Estado sin ley que lo autorice; aumento de tasas de la Inspección General de Justicia,²²¹ modificaciones introducidas por la misma administración al sistema jubilatorio,²²²

²¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 318; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 518; CNFed. CA, Sala I, *Autopistas del Sol*, LL, 1998-E, 601; Y.P.F. c. *Enargas*, LL, 1996-C, 36; *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 95, § 31, “Enargas: interpretación restrictiva de su «jurisdicción»,” CSJN, *Estrada*, 2005, y mi nota “Ángel Estrada,” JA, 2005-III, n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducida en *Res Publica*, *Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311.

²¹⁶ Ver ARNANZ, RAFAEL A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, p. 70; confr. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 313.

²¹⁷ CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*; *De Seze*, 1958, 241: 384, etc.

²¹⁸ CSJN, *Ángel Estrada*, LL, 2005-D, 439, con nuestra nota “Ángel Estrada,” *op. loc. cit.* Es mucha la producción al respecto. Ver GARCÍA MIRA, SANTIAGO J., “El caso Estrada y sus proyecciones sobre la teoría del acto administrativo. Metodología y lenguaje,” en prensa.

²¹⁹ *Supra*, t. 1, *Parte general*, 8ª ed., 2003, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración,” p. 31 y ss.; cap. IX, § 6, p. 9 y ss.; CSJN, *Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c. Secretaría de Energía*, LL, *Supl. Adm.* (setiembre), 2005, pp. 49/52, con nota de BARBIERI, GALA, “El valladar del artículo 18 vs. la potestad sancionatoria de la Administración,” pp. 49/50, y los precedentes *Delfino*, *Fallos*, 148: 430 y *Mouviel*, *Fallos*, 237: 636; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª edición, p. 79.

²²⁰ CSJN, *Fallos*, 7: 19, *J. F. López*, 1869; 82: 390, *Bosio*, 1899; 129: 184, *Cordeiro*, 1919.

²²¹ CNFed. CA, Sala IV, *Rodelia S.A.*, LL, 2000-A, 142, 1999; Sala III, *Sacoméd S.C.A.*, LL, 1998-D, 205, 1997.

²²² CNFed. CA, Sala V, *Boerio*, LL, 2000-B, 743, 1999; CNFed CA, Sala III, *Gómez Escalante*, LL, *Supl. Adm.*, 2005 (setiembre) 25, con nota de VÓCOS CONESSA, JUAN MARTÍN, “Sólo por ley...”, pp. 25-31. Sin embargo, la Corte Suprema modificando la constante jurisprudencia del fuero federal, resolvió que el régimen establecido por el decreto 894/01 es constitucional, CSJN, *Saralegui*, 2006, LL 2006-C, 743; pero sin embargo ha declarado inconstitucional la no actualización proporcional de todos los haberes previsionales en *Badaro*, con nota de ROBELDO, NÉSTOR D., “El caso *Badaro* ¿La Corte Suprema va hacia un nuevo rol institucional?” LL, 2007-A, 240. Sin perjuicio de otras referencias, ver el magnífico trabajo de BONINA, NICOLÁS, “El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado,” en *Res Publica Argentina*, RAP, 2006-1: 91-109, especialmente p. 94, nota 14 y sus remisiones; para el derecho internacional ver GRACIARENA, *op. cit.*, pp. 195-203.

otorgamiento sin ley de una concesión de servicios públicos, que por implicar una restricción a la libertad de trabajar y ejercer industria lícita debe ser objeto de una ley formal,²²³ y en general, todas las limitaciones al derecho constitucional de trabajar y ejercer industria lícita,²²⁴ reducciones salariales dispuestas por el Poder Ejecutivo provincial sin habilitación legislativa,²²⁵ etc. También los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad²²⁶ por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias, no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria ulterior,²²⁷ sin perjuicio de que la nueva ley tenga eficacia para el futuro.²²⁸ En todos los casos el acto es nulo,²²⁹ de *nulidad absoluta e insanable* como dice el inc. 3 del art. 99 de la Constitución²³⁰ y, tratándose de decretos del Poder Ejecutivo, no parece que pueda darse normalmente la hipótesis de inexistencia, en el derecho constitucional anterior a 1994,²³¹ salvo aberración.²³² Sin embargo, en un muy interesante caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, se resolvió correctamente que si la incompetencia ya llega a invadir la Convención Constituyente, “los actos [...] deben considerarse inexistentes.”²³³

Hemos explicado en la *Introducción* el contexto del problema institucional argentino, y a él nos remitimos. Hace algo más de una década que el supuesto más frecuente de incompetencia respecto a materias legislativas lo dan los decretos delegados, de necesidad y urgencia,²³⁴ etc., producto de una abdicación del Poder Legislativo en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, tolerando y hasta autorizando que el poder ejecutivo avance sobre materias que les están

²²³ CSJN, *Pessina v/Provincia de Tucumán*, 1927, JA, 24: 9.

²²⁴ CCA y T CABA, Sala II, 23-II-2001, *Ermini, Enrique B. c. G.C.B.A.*, con nota de CARRILLO, SANTIAGO R., “Un adecuado encauce en materia de reglamentación de derechos individuales,” LL, 2001-D, 36 y sus referencias.

²²⁵ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 126, *Laugle*, 15-IV-2004, ejecutoriada.

²²⁶ Ver ejemplos locales en OROZ, MIGUEL H. E., “La emergencia bonaerense y su inconstitucionalidad sobreviniente,” JA, 2003-III, 1362, § I, p. 1363, notas 5 y 7. PULVIRENTI, ORLANDO, “¿Luz roja para el Código de Tránsito?” LL, 2007-B, 1349.

²²⁷ CSJN, *Fallos*, 322: 1868, *Franco*, 1999; CNFed. CA, Sala IV, *Langenauer*, LL, 2000-D, 576; *ED*, 26-IV-2000.

²²⁸ Uno de los votos en CSJN, *Guida*, LL, 2000-C, 824; *DJ*, 2000-2, 1086. Ver también OROZ, “La emergencia bonaerense...,” *op. cit.*, § I, p. 1364, nota 8.

²²⁹ CSJN, *Chinici Hnos.*, 1921, JA, 7: 514; *Fallos*, 322: 1318, *Tantucci*, 1999; *supra*, nota 215; PTN, *Dictámenes*, 69: 235; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 318; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 518.

²³⁰ Lo recuerda la CNFed. CA, Sala IV, *in re Rodelia S.A.*, 1999, LL, 2000-A, 142.

²³¹ Por la eterna discusión acerca de sus facultades reglamentarias: ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 9, “Concepto y clasificación de los reglamentos,” a § 17, “El reglamento como fuente del derecho administrativo;” t. 2, cap. VIII. Ello olvida, desde luego, que para la CorteIDH, cuyas sentencias y opiniones consultivas son obligatorias en el derecho interno según la CSJN, *in re Giroldi, Bramajo, Arce*, etc., sólo una ley en sentido formal, dictada por el Congreso e intrínsecamente justa, puede limitar los derechos individuales: t. 2, cap. VI y nota 3.13.

²³² Creación de delitos, penas, etc. Ver ARNAZ, *op. cit.*, p. 70.

²³³ TSJ de Neuquén, *Boselli*, acuerdo 620 del 21-III-2000, cons. VII, unánime. El P.E. había bajado los salarios de los integrantes del Tribunal de Cuentas, que en la Constitución provincial se equiparan a los magistrados judiciales.

²³⁴ Lo explicamos *supra*, t. 1, cap. VII, § 12, “Reglamentos de necesidad y urgencia.”

vedadas, lo cual es creciente.²³⁵ Si bien en estos casos han tomado intervención tanto tribunales laborales²³⁶ como civiles y comerciales, según la materia concreta en discusión, la CSJN ha entendido que si se cuestiona la competencia constitucional del Poder Ejecutivo en relación al Poder Legislativo, debe intervenir la justicia procesal administrativa, mal llamada contencioso administrativa.²³⁷

En algún caso en que el avance sobre la competencia legislativa ocurre en materia procesal penal, ha sido la justicia penal la que ha intervenido y declarado, de oficio,²³⁸ la inconstitucionalidad de la norma.²³⁹ Son tantas las infracciones constitucionales que los jueces no dan abasto para declararlas.

12.3. *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*

Ejemplos: Una decisión correspondiente al Ministerio de Defensa adoptada por el Ministerio de Economía; orden de instruir una información sumarial dispuesta no por la subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, sino por la Subsecretaría de Coordinación Administrativa y técnica del mismo Ministerio.²⁴⁰ Si el vicio no es muy grave, el acto será tan sólo anulable,²⁴¹ pero también puede darse el caso de un vicio muy grave o grosero,²⁴² p. ej. si el Secretario de Educación da de baja a un agente de una Universidad,²⁴³ o el Decano remueve a un profesor titular designado por concurso, lo que es competencia del Consejo Superior.²⁴⁴ En estos supuestos hay también incompetencia en razón del grado.²⁴⁵

²³⁵ Como dice BIANCHI, "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica," LL, 1991-C, 141, pareciera que tales actos fueran la fuente principal del derecho administrativo. Ver la evolución del tema en GELLI, "Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De Rodríguez a Verrocchi. ¿El regreso de Peralta?," LL, 2000-A, 86; *Constitución...*, op. cit., p. 695 y ss.; MAIRAL, "La degradación del derecho público argentino," op. loc. cit.

²³⁶ Así la CNApel. Trabajo en el caso *Verrocchi*, año 1999, resuelto en igual sentido por la nulidad absoluta por la CSJN, LL, 2000-A, 88. En este y otros fallos no se han objetado la competencia de estos tribunales, como sí se lo hace en *Orígenes*, LL, 2000-D, 215.

²³⁷ *Orígenes*, LL, 2000-D, 215. Los tribunales de grado se pronuncian frecuentemente por la nulidad absoluta e insanable, la CSJN por la validez.

²³⁸ También en otras cuestiones: TOral Criminal Federal n° 3, *Miraldi*, LL, 2000-D, 766.

²³⁹ En la especie, se trataba del decreto 102/99 que atribuye facultades procesales penales a la Oficina Anticorrupción, en lo que se consideró una alteración del Código Procesal Penal de la Nación y de la distribución constitucional de atribuciones acusatorias a un ministerio público independiente y no a funcionarios de la administración: *Administradores de Argentina Televisora Color S.A.*, Juzg. Fed. Crim. y Correc. N° 3, LL, 2000-D, 232. La CSJN resolvió lo contrario *in re Gostanian*, 2006.

²⁴⁰ PTN, *Dictámenes*, 198: 115. Se consideró que el acto era anulable y el vicio subsanable con efecto retroactivo.

²⁴¹ Ello, porque además la invasión de competencia suele en estos casos no ser clara y manifiesta. Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *Justicia administrativa*, op. cit., p. 116, quien parece indicar que la incompetencia en razón de la materia es siempre causal de nulidad; a diferencia de la incompetencia en razón de la jerarquía, que lo sería siempre de anulabilidad.

²⁴² Ver MARIENHOFF, op. cit., p. 519; GARRIDO FALLA, op. cit., 10ª ed., p. 421.

²⁴³ CSJN, *Peña de Tuero*, Fallos, 305: 171, 1983.

²⁴⁴ CNFed CA, Sala IV, *Fippo*, causa 23.940, sentencia del 14-IV-94.

²⁴⁵ *Supra*, § 11, "Competencia en razón del grado," notas 181, 194, 199.

13. Competencia en razón del territorio

Comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función: excederlo determina la nulidad o inexistencia del acto.²⁴⁶ La inexistencia es a veces la solución obligada, cuanto se trata de invocar el acto en otra jurisdicción: la autoridad local competente ha necesariamente de ignorarlo.²⁴⁷

A veces la incompetencia en razón de la materia, de la Nación sobre las provincias o de éstas sobre los municipios, puede parecer incompetencia en razón del territorio.²⁴⁸ También el exceso territorial puede ir complicado con una pretensión de *extender* realmente el ámbito espacial, que puede así estar controvertido, sea en forma activa o pasiva.²⁴⁹ Ello complica mucho más el análisis. En todo caso, si una municipalidad dicta actos (permisos, concesiones) para ser aplicados en un lugar claramente ubicado fuera de su territorio, o si la policía de la Provincia labra un acta por infracciones de tránsito en plena Ciudad de Buenos Aires, etc., es claro que tales actos son inexistentes,²⁵⁰ por la mayor gravedad.

14. Competencia en razón del tiempo

La competencia en razón del tiempo, por último, se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado. Son así nulos el veto extemporáneo de una ley, el nombramiento que el Presidente haga por sí sólo de oficiales superiores del Ejército y la Armada no estando en el campo de batalla (art. 99, inc. 13), la declaración de estado de sitio por conmoción interior estando reunido el Congreso (art. 99, inc. 16), etc. Sin embargo, la práctica local ha sorteado el principio usando al efecto la distinción que la mayor parte de los autores postula, entre la existencia y la perfección, por una parte y la eficacia por la otra. Se admite entonces que si el acto ostenta una fecha que según el calendario corresponde al lapso durante el cual la competencia existía, el acto es válido aunque se lo modifique hasta dos y tres meses²⁵¹

²⁴⁶ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 10ª ed., p. 421; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 520; ARNAZ, *op. cit.*, p. 75; DIEZ, *op. cit.*, t. II, 2ª ed., 1976, p. 315.

²⁴⁷ Ver *infra*, nota 250, el caso de Charlottenburg.

²⁴⁸ Así los ejemplos que dimos en primigenias ediciones, pero que en las últimas hemos suprimido por gentil sugerencia de ADRIÁN JAVIER GAVEGLIO.

²⁴⁹ Un caso problemático es la competencia en aguas marítimas que otros consideran nacionales, como es el caso del ámbito de exclusión, o internacionales.

²⁵⁰ O incluso años, en un caso sorprendente: C1ª CA, Córdoba, *Celotti, LL Córdoba*, 2000, 843, año 1999. Ver *infra*, cap. II, § 2.3, "La cuestión de la notificación;" cap. X, § 11.3.1.4, "Plazo para la notificación válida;" cap IX, § 11.3, "Simulación," 11.3.1, "Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad," a 11.3.4, "Morosidad y simulación administrativa."

después.²⁵² Con todo, no debe pensarse que siempre que el orden jurídico establece un término dentro del cual debe o puede producirse determinado acto, la consecuencia de dictarlo fuera de él sea necesariamente la nulidad o inexistencia del acto. Hay actos procedimentales, p.ej., que de realizarse fuera de término son igualmente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad del agente;²⁵³ tal es el caso del envío de las actuaciones al superior a pedido de parte, cuando el órgano rechaza la reconsideración.²⁵⁴ Deberá distinguirse, en consecuencia, el tipo de plazo y finalidad que él tiene en el caso concreto: Si el plazo constituye un límite al ejercicio de potestades administrativas, su transgresión vicia el acto²⁵⁵ y a nuestro modo de ver corresponde la sanción de nulidad.²⁵⁶ Si el plazo es en favor del individuo —en cuyo caso se repite la situación anterior—, el acto es de todos modos válido sin perjuicio de la responsabilidad pertinente.²⁵⁷

En lo que hace a la responsabilidad del agente, ella es no sólo administrativa —sanciones disciplinarias— sino también civil, en la medida en que la omisión de cumplir el plazo ocasione un daño al particular: éste podrá en consecuencia exigir la reparación del perjuicio ocasionado tanto al funcionario personalmente como al propio Estado.²⁵⁸

²⁵² Naturalmente, lo consideramos erróneo, pues la maniobra *in fraudem legis* es en tales casos manifiesta. El tema se vincula con la simulación como vicio, *infra*, cap. IX, § 11.3, § 11.3.1, § 11.3.2, 11.3.4; cap. X, § 11.1, “¿La publicidad no integra el acto?” y 11.3, “Notificación.”

²⁵³ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, p. 334.

²⁵⁴ Decreto 1759/72, art. 88.

²⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. ult. cit.*, p. 335.

²⁵⁶ De acuerdo a la legislación española, GONZÁLEZ PÉREZ estima que el acto es en tales casos anulable: *op. cit.* p. 335.

²⁵⁷ Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

²⁵⁸ Ver *supra*, t. 2, caps. XIX y XX.

CAPÍTULO IX

VICIOS DE LA VOLUNTAD

SUMARIO

| | |
|--|-------|
| I. <i>Vicios de tipo objetivo</i> | IX-1 |
| 1. Aspectos subjetivos y objetivos de la voluntad administrativa..... | IX-1 |
| 2. Enumeración de los vicios de la voluntad | IX-2 |
| 3. Vicios en el origen de la voluntad | IX-3 |
| 4. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto | IX-6 |
| 4.1. La garantía de defensa. El sumario previo | IX-7 |
| 4.1.1. De victimario a víctima. La difícil situación del sumariante..... | IX-10 |
| 4.1.2. La denegación inmotivada de prueba | IX-10 |
| 4.2. Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima..... | IX-11 |
| 4.3. Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia | IX-12 |
| 4.4. Compulsa y concurrencia de interesados: concurso y licitación . | IX-12 |
| 4.5. Opinión, dictamen o informe sustancial | IX-13 |
| 4.5.1. En general | IX-13 |
| 4.5.2. La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.... | IX-14 |
| 4.6. Otros vicios de procedimiento..... | IX-17 |
| 4.7. Efecto sinérgico de los vicios | IX-18 |
| 4.8. Circunstancias mitigantes | IX-19 |
| 5. Vicios en la emisión de la voluntad | IX-20 |
| 5.1. Actos simples dictados por órganos colegiados | IX-20 |
| 5.2. Actos complejos..... | IX-22 |
| 5.3. Actos que requieren autorización | IX-23 |
| 5.4. Actos que requieren aprobación..... | IX-24 |
| 5.4.1. En general..... | IX-24 |

| | |
|---|-------|
| 5.4.2. Acto y proyecto de acto | IX-24 |
| 5.4.3. Atribuciones del órgano de control | IX-25 |
| 5.4.4. Efectos de la aprobación | IX-25 |
| 5.4.5. Revocación | IX-26 |
| 5.4.6. Competencia originaria | IX-26 |
| 5.5. Actos que requieren registro, inscripción, etc. | IX-27 |
| II. <i>Vicios de tipo subjetivo</i> | IX-27 |
| 6. Desviación de poder | IX-27 |
| 6.1. Noción y fundamento | IX-27 |
| 6.2. Fundamento legal y antecedentes | IX-29 |
| 6.3. Casos de desviación de poder | IX-30 |
| 6.4. Aspectos probatorios | IX-33 |
| 7. Arbitrariedad | IX-34 |
| 8. Distintos casos de arbitrariedad | IX-36 |
| 8.1. Actos que omiten decidir | IX-36 |
| 8.2. Decisiones que prescinden de los hechos | IX-37 |
| 8.3. La fundamentación normativa seria y su sustento fáctico | IX-40 |
| 8.4. Actos ilógicamente motivados | IX-43 |
| 8.4.1. Falacias no formales | IX-44 |
| 8.4.1.1. El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc. | IX-44 |
| 8.4.1.2. La falacia de conclusión inatinerente | IX-45 |
| 8.4.1.3. El argumento <i>ad hominem</i> | IX-45 |
| 8.4.1.4. Otras falacias no formales | IX-46 |
| 8.4.2. Falacias formales | IX-49 |
| 8.5. Otras hipótesis | IX-51 |
| 9. Diferencia entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley | IX-52 |
| 10. Error | IX-53 |
| 10.1. El error como causal de nulidad | IX-53 |
| 10.2. Errores de menor gravedad | IX-54 |
| 10.3. Acerca del llamado error de derecho | IX-54 |
| 10.4. El error no invalidante | IX-55 |
| 11. Dolo, violencia, simulación | IX-55 |
| 11.1. Dolo | IX-55 |
| 11.1.1. Dolo del individuo | IX-56 |
| 11.1.2. Dolo del funcionario | IX-57 |
| 11.1.3. Dolo del individuo y del funcionario | IX-57 |
| 11.2. Violencia o intimidación | IX-58 |
| 11.2.1. Violencia sobre el individuo | IX-58 |

| | |
|--|-------|
| 11.2.2. Violencia sobre el funcionario | IX-58 |
| 11.2.3. Observaciones comunes..... | IX-59 |
| 11.3. Simulación | IX-59 |
| 11.3.1. Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retro- actividad | IX-62 |
| 11.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios | IX-63 |
| 11.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos..... | IX-64 |
| 11.3.4. Morosidad y simulación administrativa | IX-64 |

Capítulo IX

VICIOS DE LA VOLUNTAD

I. Vicios de tipo objetivo

1. Aspectos subjetivos y objetivos de la voluntad administrativa

El concepto de voluntad en el acto administrativo no tiene sino una lejana relación con el concepto de voluntad en el derecho civil. La voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario en algunas hipótesis, pero no en todas; de allí se sigue que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referencia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo. En ambos casos, desde luego, la apreciación de si el vicio existe o no se hace de acuerdo a los medios probatorios que permitan considerar acreditado que tal o cual vicio existe, independientemente del nombre con el cuál se lo califique y de si él existe verdaderamente o no en la mente del agente, o sólo se puede inferir del obrar administrativo.

Hablar de voluntad subjetiva u objetiva en el acto administrativo es por ende, estrictamente, una incorrección (pues ya vimos entre otras cosas que el acto administrativo no siempre presenta la voluntad en su sentido teleológico), pero a falta de un término que señale con más precisión lo que aquí se trata, forzoso es emplear a éste; recalcando entonces, con FORSTHOFF, que su utilización constituye nada más que una *façon de parler*.¹ Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente considerada, como en el proceso de producción de dicha declaración, como, por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración; de allí que a los vicios de la voluntad los dividamos en *a) vicios de índole objetiva* y *b) vicios de índole subjetiva*. No

¹FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 289; o como dice HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 4ª ed., p. 129, el término se usa como una metáfora. Comparar GALLO DE POMPONE, CELIA E., "La voluntad en el acto administrativo," en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 58-61. Ampliar *supra*, cap. II, § 6.1, "La voluntad psíquica del agente" y notas.

hablamos de vicios estrictamente subjetivos y objetivos de la voluntad, sino tan sólo de vicios *de tipo* subjetivo u objetivo, en el sentido convencional explicado hace medio siglo por FORSTHOFF. No es posible hacer una separación neta entre estos tipos de vicios y por ello decimos sólo de índole subjetiva u objetiva, *i. e.*, preponderante, *pero no exclusivamente* subjetiva u objetiva. Ello se ve con más detalle en el caso del funcionario público enfermo mental,² y ha dado lugar a algunas discusiones semánticas en cuanto al modo de calificar la desviación de poder: ¿Vicio del agente o vicio de la administración? En verdad la pregunta carece de interés porque todo depende de la prueba que se produzca y si conforme a ella se puede o no tener por acreditada la desviación y cuál es su importancia en el caso. No cabe hacer discusiones semánticas sin finalidad práctica, como ya lo explicamos en el cap. I del t. 1. Si alguno prefiere clasificar los vicios de otra manera, y llamar vicio objetivo a la desviación de poder, es libre de hacerlo. Lo mismo si alguien prefiere poner los vicios relativos a la emisión de un acto de órgano colegiado dentro de vicios de forma. Todos los vicios se pueden clasificar de virtualmente cualquier manera, en tanto no se entienda que con ello se varía el régimen jurídico. La cuestión es quién explica mejor ese régimen jurídico, o quien clasifica más útilmente las denominaciones en boga: No quien clasifica “esencial o intrínsecamente mejor” o con mayor grado de “verdad.”

2. *Enumeración de los vicios de la voluntad*

En el presente cap. explicamos los principales vicios de la voluntad, de acuerdo a la metodología adoptada en la primera edición de esta obra; distinguimos así:

I. VICIOS DE TIPO OBJETIVO

- 1) *Vicios en el origen de la voluntad:* a) Usurpador, b) funcionario de hecho.
- 2) *Vicios en la preparación de la voluntad:* a) Defensa en juicio, b) audiencia pública, licitación pública, c) concurso, d) dictamen o trámite sustancial, especialmente dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento legal, e) otros vicios de procedimiento.
- 3) *Vicios en la emisión de la voluntad:* a) Actos simples de órganos colegiados, b) actos complejos, c) actos que requieren autorización, d) actos que requieren aprobación, e) actos sujetos a observación.

II. VICIOS DE TIPO SUBJETIVO

- 1) *Desviación de poder:* a) Finalidad personal, b) finalidad de beneficiar a un tercero, c) finalidad de beneficiar a la administración.

² Ver *supra*, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” § 6, “Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos,” pp. II-20/4, especialmente pp. 20/2 y sus referencias.

2) *Arbitrariedad*: a) Actos que omiten decidir, b) actos que prescinden de los hechos, c) actos que carecen de fundamentación normativa seria, d) actos lógicamente motivados: A) Falacias no formales: conclusión inatingente, argumentos *ad hominem*, *ad baculum*, *ad ignorantiam*, *ad populum*, etc.; B) Falacias formales; e) otras hipótesis.

3) *Error*.

4) *Dolo, violencia, simulación*.

3. Vicios en el origen de la voluntad

La voluntad administrativa está viciada en su origen, total o parcialmente, cuando procede de un usurpador o de un funcionario de hecho.³

3.1. *Funcionario de hecho* es el que ocupa un cargo ya sea con un nombramiento irregular (por algún vicio en el acto de nombramiento, p. ej. que el designado no reúna las condiciones exigidas por la ley; o que el acto mismo tenga vicios de forma, competencia, etc.), estando suspendido en sus funciones o habiendo caducado su nombramiento, etc. Se caracteriza porque ejerce la función bajo apariencia de legitimidad, *under color of title*. Esta hipótesis tradicional del derecho argentino, tomado del no mejor derecho comparado, puede decirse que se hallaría en directa contraposición al nuevo art. 36 de la Constitución nacional. Si antaño podría sostenerse que sus actos son válidos, si los individuos actuaron de buena fe,⁴ hoy en día resulta muy difícil postular la buena fe de nadie frente a un gobierno o funcionario de facto. En todo caso, como se sostiene de siempre, si los individuos que reciben los efectos del acto no han actuado de buena fe (es decir, conocían la irregularidad del nombramiento y actuaron en connivencia dolosa), el acto es anulable⁵ o incluso nulo de nulidad absoluta atendiendo al preciso y terminante calificativo constitucional. Acá estamos en un terreno en que las palabras y lo que ellas denotan sí tiene importancia, por el juicio de valor eventualmente contrario a la Constitución que transmiten. Es claro que nos cuesta mucho vivir en democracia y conforme al orden jurídico.

Si un gobierno *de iure* dispone la intervención a un ente descentralizado en forma ilegítima, la ilegitimidad del acto de intervención no implica que los actos

³ CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 47, señala que para ser reconocido como funcionario de *facto*: 1º) el cargo que ocupe debe tener una existencia de *jure*, 2º) debe estar realmente en posesión de él, 3º) debe detentarlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad. JEZE, por su parte, habla de "que la investidura sea admisible (plausible)," *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II-1º, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 325. Ver *infra*, notas 11 y 12, por un posible reexamen de la cuestión

⁴ CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 465 y ss.; JEZE, *op. cit.* p. 347; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 320; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho Administrativo*, t. I, *op. cit.*, 10ª ed., pp. 420-1; ABAD HERNANDO, JOSÉ LUIS, *Funcionario de facto*, Córdoba, 1962, p. 29 y ss.

⁵ Comp. CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 470 y ss., que señala a estos casos como de nulidad. A nuestro juicio puede incluso haber validez.

del interventor en ejercicio de sus funciones sean a su vez inválidos. Les alcanza el mismo principio y son por ende válidos. Esto es así en la intervención a entidades autárquicas, aunque a veces se lo ha utilizado también para la intervención a entidades no estatales, p. ej. sindicatos, a pesar de una expresa prohibición legal en tal sentido. Obviamente no puede considerarse que tenga color de título o apariencia de legitimidad, la intervención *administrativa*⁶ a una entidad privada. A nuestro entender, pues, faltando allí apariencia de legitimidad en el acto de intervención, son nulos los actos dictados por el interventor administrativo en la persona jurídica no estatal. Más complejo ha probado ser el caso de las subrogancias dispuestas por el Consejo de la Magistratura.⁷

3.2. *Usurpador* es el que asume la función sin título alguno regular o irregular y se caracteriza porque no tiene aquella apariencia de legitimidad que encontramos en el funcionario de hecho. Sus actos son en principio inexistentes;⁸ pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos. También puede variar la percepción social y la previsión normativa del fenómeno, como ocurre en el primer aspecto en la última década del siglo XX y en el segundo con el art. 36 de la Constitución de 1994 y las normas del código de ética al menos de los integrantes del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Durante muchas décadas y hasta recientemente, si se trataba de una revolución triunfante que se afirmaba en los hechos y ejercía las funciones del gobierno derrocado, su investidura llegaba a ser admitida⁹ y con ello era considerado gobierno o funcionario *de facto*, con lo que sus actos eran válidos. Más aún, la fuerza legitimadora de lo fáctico¹⁰ ha sido tan

⁶ Entendemos que pueden considerarse superados los viejos precedentes de CNTrabajo, Sala V, *Ghirimoldi*, 1963, *LL*, 113: 5; CC Capital, Sala B, *Buldrini, JA*, 1965-V, Secc. Jurisp., 91.

⁷ CCAyT, CABA, Sala II, *LL, Sup. Const.*, 2007 (junio) 50, con nota de LOSA, NÉSTOR OSVALDO, “El fin no justifica los medios. A propósito de la inconstitucionalidad de oficio y los funcionarios interinos.” La CSJN declara inconstitucionales las subrogancias judiciales dispuestas por el Consejo de la Magistratura nacional en *Rosza*, 23-05-07, pero admitiendo la validez de los actos dictados e incluso dando un plazo de un año durante el cual los futuros actos seguirán entonces siendo válidos, ni siquiera anulables. Vencido el plazo, ¿qué hará la CSJN? Ver LÓPEZ SEGADE, CLAUDIA C., “La seguridad jurídica en la designación de los magistrados: Un paso al costado,” en prensa para *LL, Supl. de Der. Adm.*, 2007.

⁸ JEZE, *op. cit.*, p. 336; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 320; BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1923, p. 998; VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 420; CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de direito administrativo*, t. II, Río de Janeiro, Forense, 1966, p. 275. El fundamento es la falta de color de título o apariencia de legitimidad: modificándose ésta, cambia la consecuencia, según lo explicamos a continuación.

⁹ Respecto a la posibilidad de que un usurpador se transforme, por circunstancias de hecho, en funcionario de facto, ver JEZE, *op. cit.*, p. 330. Lo que no es sostenible, en cambio, es que el ejercicio continuado del poder lo autolegitime, transformándolo en gobierno *de jure*. Lo más que cabe admitir es su evolución de *usurpador* a funcionario o gobierno *de facto* y aún así es obvio que más que ante un principio jurídico, se está frente a una rendición ante la realidad, a veces inevitable pero no por ello mejor.

¹⁰ Ver CARRIÓ, GENARO R., *Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 52-3.

fuerte en esos tiempos que ni siquiera quienes cuestionan la semántica de vicios subjetivos u objetivos, que acabamos de explicar, ni el mismísimo Poder Judicial de la Nación, pueden sacudirse el yugo intelectual y siguen llamando, inclusive hoy, *Ley* a los decretos-leyes de los últimos gobiernos de facto.¹¹

En esa perspectiva legitimadora de lo fáctico, si se trata de un gobierno revolucionario que se mantuvo totalmente imperante durante un período de tiempo suficiente como para ejercer plenamente el poder, pero luego es derrocado, sus actos serán nulos o anulables, pero no inexistentes.¹² Si, finalmente, se trata de una corta y fracasada intentona revolucionaria y en general de cualquier usurpación que no alcanza a modificar la normalidad institucional media, los actos podrán ser inexistentes.¹³ Son así solamente las asonadas que sufren el fracaso de las armas las que no resultan también victoriosas en lo jurídico. Es un estado de cosas bien poco satisfactorio de nuestro derecho público. Es que la aparente percepción colectiva en el ámbito forense pareciera recibir como distinta la naturaleza de la usurpación al variar la apariencia de legitimidad del individuo o grupo actuante y el poder material—esto es, el ejercicio efectivo de la función—de que en los hechos disponga.¹⁴ Nuestra sociedad favorece la fuerza

¹¹ En esta solución, p. ej., la jurisprudencia de la CSJN sobre decretos-leyes: *Lejarraga de Álvarez de Toledo*, Fallos, 240: 96, año 1958; *Lopardo Petrucci*, 243: 265, año 1959; también la Procuración del Tesoro de la Nación, 65: 13. Esa jurisprudencia ha quedado expresamente invalidada por el nuevo art. 36 de la Constitución de 1994, pero su espíritu persiste. Ver DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 93-119. No se puede al parecer dar por superada la benevolencia colectiva que nos caracterizó con los gobiernos de facto, cuando los tres poderes del Estado y sobre todo el Poder Judicial y peor aún la doctrina que se pretende independiente, aún llaman “Leyes” a los decretos-leyes de los últimos gobiernos de facto, más de una generación después: *supra*, t. 1, cap. I, § 5, “Las «Leyes» que no son leyes;” t. 2, cap. VI, § 3.4.3, “Marco regulatorio.” No parece una forma adecuada de mostrar, enseñar o defender la democracia, el Estado de Derecho, la Constitución. Ver GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” en *LL*, 2007-A, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL*, 2007-A, 777; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate GORDILLO-CAMPOLIETI,” en *Res Publica Argentina*, RPA 2007-1: 83-90. Buenos Aires, Rap, quien remite a su anterior trabajo “De la crisis del poder al poder de la crisis,” RPA 2005-1: 99-119.

¹² CSJN, Fallos, 5: 155, *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, 1868, en que se declaró que cuando el gobierno legítimo no ha podido resistir la usurpación y los ciudadanos “quedan sometidos por consiguiente de hecho al poder de los enemigos,” no quedan vinculados al mismo tiempo por sus obligaciones frente al gobierno usurpado: o sea que los actos del usurpador tienen vigencia mientras el gobierno usurpante se mantiene en el poder; luego, el gobierno *de jure* no podrá más adelante considerarlos actos inexistentes.

¹³ Comp. VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo general*, Bogotá, 1966, p. 390 y posteriores ediciones.

¹⁴ Por lo expuesto no creemos acertada la crítica que nos formulara ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 85, en el sentido de que no cabe analizar estas situaciones como vicios de la voluntad, bajo el argumento de que se trataría de actos inexistentes por carencia de voluntad administrativa. Como se advierte en el texto y sus referencias, la voluntad puede existir aunque viciada, sea total o parcialmente, sea en forma leve, grave o grosera, dando lugar en consecuencia a cualquiera de los distintos tipos de nulidad que según el caso corresponda.

de quien tiene el poder: No sólo del que la tiene, sino también del que la tuvo, lo cual es aberrante.

4. *Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto*

Cuando la ley establece trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa, su incumplimiento vicia dicha voluntad, pues son parte fundamental de la válida preparación de la voluntad administrativa como garantía del ciudadano o habitante.

Nada impide llamarlos vicios de procedimiento,¹⁵ o vicios de forma como otros autores lo prefieren,¹⁶ o al mismo tiempo vicios de forma y de procedimiento¹⁷ siempre que se evalúe sin indulgencia su violación, ya que su fundamento es ser garantía de las libertades públicas.¹⁸ La exigencia genérica viene reconocida por el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 7º, inc. *d*) destaca que “Antes¹⁹ de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.” Como se advierte, la exigencia de los trámites sustanciales *previos* a la emisión del acto se refiere no solamente a los exigidos taxativamente por el ordenamiento jurídico, sino también a aquellos que según el caso resulten implícitos. Dado que son *previos* al acto, su cumplimiento debe estar finiquitado al momento de su nacimiento, pues “la regularidad de un acto se aprecia al momento de su emisión.”²⁰ No serían concebibles *ex post facto*. Todo lo previsto como *previo* carecería de razón de ser *a posteriori*.²¹ Veremos luego cuán decepcionante es nuestro derecho viviente, ante la no infrecuente aceptación judicial de la denominada “doctrina” de la *subsanción*. Entre los trámites o etapas sustanciales previstos por el orden jurídico *expresamente* para ser cumplidos *antes* de la emisión del acto encontramos los siguientes.

¹⁵ Así RUBIO GODOY, ISAAC, *Proceso de formación de un acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

¹⁶ En sentido similar BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 182; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, p. 194 y ss., incluye estos vicios, como vicios en la preparación y formación de la voluntad administrativa.

¹⁷ HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975.

¹⁸ Lo ha dicho una de las mentes preclaras del derecho administrativo: RIVERO, JEAN, “Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits,” *Recueil d'études en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, París, Sirey, 1963, p. 819 y ss.

¹⁹ Hemos distinguido desde *antes* de 1972 los vicios de forma *previos* a la emisión del acto, como también lo hace *luego* el decreto-ley, diferenciándolas así de la falta de cumplimiento de las reglas a las cuales debe someterse ulteriormente la emisión misma del acto. Esta clasificación temporal no se usa en todo el mundo. Comp. en tal sentido PARADA, RAMÓN, *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 187.

²⁰ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 276, nota 1; p. 119 y ss. Comp. sin embargo, pp. 282-3, nota 29.

²¹ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 276, notas 1 y 2: todo pierde su sentido después, tanto la citación de la parte como el dictamen previo o la motivación del acto. “Después del momento en que el acto se considera emitido [...] el autor no puede regularizar el acto.”

4.1. *La garantía de defensa. El sumario previo*

El principio que recibimos del derecho anglosajón del debido proceso legal, tiene una faceta adjetiva y una faceta sustantiva. La segunda, como sabemos, es la garantía de razonabilidad de los actos estatales. La primera se refiere a la oportunidad de defenderse y por ello es a veces denominada garantía de defensa contradictoria, previa al acto.

Ella es desde luego aplicable al procedimiento administrativo²² incluso si se han de dictar actos discrecionales en su objeto.²³ Cuando no se han respetado los principios fundamentales de la misma y especialmente “el derecho de ser oído con ataque y defensa y de oír lo que alegan los adversarios” (DYROFF)²⁴ y de “producir la prueba de descargo de que el interesado quiera valerse,”²⁵ no se ha preparado la voluntad en la forma prevista por el orden jurídico, no se han seguido sus procedimientos ni sus formalidades, para atender otras terminologías; no se han cumplido con los trámites esenciales requeridos por el ordenamiento, para usar la terminología del decreto-ley 19.549/72.

Cualquiera sea el giro verbal elegido, el defecto en que incurre la administración es la violación directa de una de las garantías fundamentales del hombre y del ciudadano, tanto conforme a la Constitución como a las normas internacionales de derechos humanos.

La jurisprudencia nacional, en cambio, decide poner énfasis no en la importancia o gravedad del vicio, sino de los contenidos sancionatorios del acto. De acuerdo con este criterio, si se trata de sanciones menores, puede dispensarse la instrucción de un sumario; no así cuando se trata de sanciones expulsivas.²⁶ En lugar de enfatizar la gravedad del vicio cometido antes de la emisión del acto,

²² Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

²³ Señala HOSTIQU, *op. cit.*, pp. 102-3 y nota, en el derecho francés, que si se prescinde de un agente temporario, o se pone fin a las funciones de un pasante, o se rescinde un contrato antes de plazo, es necesario efectuar el previo procedimiento contradictorio. No cuando se trata de no renovar un contrato, a menos que la no renovación tenga carácter disciplinario.

²⁴ DYROFF, citado por FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 326. Conviene además recordar aquella verdad elemental, tantas veces recordada por la doctrina como desconocida por la experiencia, de que “El derecho de audiencia y vista, que es el fundamental, comprende, como es obvio y lo advertimos en su momento, la totalidad del expediente instruido, porque su función específica es la de asegurar al interesado un conocimiento igual del asunto que el de la propia autoridad llamada a resolverlo. Sin esa «igualdad de armas» el procedimiento resultará viciado y la resolución que en él se produzca será radicalmente nula en la medida en que produce una situación de indefensión.” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, edición de la 9ª ed. española y 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, p. 523. Es la misma garantía que rige en el proceso judicial, sobre la cual la CSJN, en *Fallos*, 215: 357, tuvo oportunidad de decir que “la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe, porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio.”

²⁵ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 10.4.2, “Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo;” ENTREÑA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1987, Vol. I/1, p. 294.

²⁶ CNFed. CA, Sala V, *Bursztyn*, causa 54.276/92, sentencia del 23-XI-98.

se enfatiza la gravedad de la sanción finalmente aplicada para recién entonces exigir que el cumplimiento de la forma previa sea exigible. Como se advierte, no parece un razonamiento coherente ni menos útil para la vigencia del ordenamiento jurídico.

En concordancia con ese criticable temperamento, no todos los casos de indefensión reciben igual tratamiento, incluso si la indefensión es total. A veces se ha considerado que el acto administrativo viciado de indefensión es anulable²⁷ y otras en cambio nulo.²⁸ La nulidad es segura cuando además de la indefensión se prueba otro vicio, p. ej. motivación falsa y falta de dictamen jurídico,²⁹ o desviación de poder, lo que habitualmente ha de sumarse en tales casos a la falta de motivación, de causa y de dictamen jurídico: sólo el acto múltiplemente viciado conmueve a los tribunales, al parecer. Esto último es lo que ocurre en las llamadas prescindibilidades, reorganizaciones, traslados,³⁰ etc., cuando se logra convencer al tribunal que el acto es en verdad, además de todo, una sanción encubierta,³¹ e incluso específicamente una censura a su conducta.³²

La solución es generalmente la nulidad cuando se trata de sanciones graves aplicadas por personas públicas no estatales (p. ej., colegios profesionales creados por ley) o incluso personas de derecho privado, tales como asociaciones deportivas o de otra índole. Nosotros nos inclinamos por la solución de la nulidad insanable, en todos los casos. Ello se funda en la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional,³³ cuya plena vigencia es la base de

²⁷ CSJN, *Fallos*, 212: 546; 218: 535; 222: 117; 253: 232; 258: 299; PTN, *Dictámenes*, 73: 30; 57: 215. El defecto en la tramitación del sumario puede no ocasionar la nulidad del acto, pero es causa suficiente para que, previo nuevo sumario, se declare la cesantía del sumariante. El defecto expulsivo y depuratorio es así doble: primero cae el sumariado inicial, luego cae su sumariante: SCJBA, *P. de Q.*, *LL*, 2000-A, 110, año 1999: PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Suprema Corte provincial,” *LL*, 2000-A, 105.

²⁸ Ver las referencias de la nota 40 y CSJN, *Ferrer Deheza*, 2-IX-1976 (un plazo de 24 hs. para formular descargo y ofrecer prueba); *Fallos*, 198: 78, *Provincia de Santiago del Estero v. Enrique Campagno*, excelente fallo; 192: 303, año 1944; *Vargas Galíndez*, 213: 449, año 1949; *Braun y Linder*, 239: 54, año 1957; *Chaar*, 283: 330, año 1972; comp. *Delgado*, 214: 624, año 1949; *Buttini*, 247: 161 año 1949; CNFed. CA, Sala III, *Carbone*, causa 21.647, sentencia del 17-XI-1989; PTN, *Dictámenes*, 71: 137 *bis*; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 729; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pp. 259-60.

²⁹ CNFed. CA, Sala IV, *Uromar S. A.*, *DJ*, 2000-3, 257, año 1999. *Infra*, nota 40.

³⁰ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 263, *Cali*, 3-II-2004: se trataba de un caso en el cual con la mera invocación de la fórmula “razones de servicio y reorganización” se dispuso el traslado de un agente, acto que fue suspendido mediante el dictado de una cautelar por considerarlo incausado.

³¹ CNFed. CA, Sala IV, *Ambros*, *LL*, 1995-B, 219, año 1994, cons. VII; Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 546, *Videla*, 6-V-2004, firme: se declaró la nulidad de un acto administrativo que disponía la separación preventiva de un docente por considerar que se trataba de un acto sancionatorio encubierto. Ver *infra*, notas 139, 140 y 141.

³² Sala IV, *Ambros*, citado. En otros ejemplos, si un profesor es cesanteado por censura ideológica y sin audiencia previa, el tribunal puede preferir anular el acto invocando solamente la indefensión. De tal modo, aunque el primer argumento tenga peso *in pectore*, omite pronunciarse sobre un tema *risqué*. Ver nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. V.

³³ T. 1, cap. VI, § 9, “El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho” y ss.

los demás derechos individuales; en que el art. 14 inc. b) del decreto-ley 19.549/72 sanciona con la nulidad la violación de las formas esenciales. Hay también una razón práctica y de política jurídica: El único modo en que un funcionario que ha desconocido esta garantía pueda aprender a seguirla en el futuro, es restituyendo las cosas a su estado anterior; obligándole a tramitar y resolver nuevamente la cuestión, esta vez con el debido respeto a los derechos del individuo.

La anulación lisa y llana a veces es dispuesta para resoluciones que archivan las actuaciones sin resolver lo peticionado,³⁴ o que deniegan el acceso a información confidencial,³⁵ o resuelven un recurso sin otorgar la vista de las actuaciones solicitada por el recurrente.³⁶

Otras veces, en cambio, se lo estima meramente anulable y se considera que ha sido subsanado con la impugnación judicial del particular agraviado: Es el propio afectado por el acto quien, con su actividad procesal, viene forzado a socorrer a la administración pública, en esta peculiar versión del derecho. Así es imposible tener Estado de Derecho que funcione.

El criterio de considerar que el vicio de violación del derecho de defensa origina tan sólo la anulabilidad del acto, desemboca en que nunca ese derecho es efectivamente respetado en las jerarquías inferiores e intermedias de la administración.³⁷ A lo sumo las etapas superiores dan al individuo oportunidad de defenderse y dado que ello se considera a veces suficiente para subsanar el vicio cometido por las etapas inferiores, éstas nunca se enteran de que deben respetar esa norma constitucional.³⁸

Peor sin duda resulta que toda la administración no respete esta garantía fundamental del derecho público. Es de lamentar que la justicia no cumpla su rol y entienda, por una mal asumida economía procesal, que es preferible mantener la validez del acto antes que sancionar su nulidad para cumplir con los preceptos del art. III de la convención americana contra la corrupción. Se prefiere, como de

³⁴ CNFed. CA, Sala I, *Corni*, 12-II-98.

³⁵ CNFed. CA, Sala I, *Insaurrealde*, 27-II-98. En otra ocasión, en que la denegación se produjo de hecho, se intentó una medida cautelar autónoma en la que se obtuvo el envío al juzgado de la documentación ocultada y allí la Cámara ordenó al juez dar vista a las partes en sede judicial: Sala I, *Finmeccanica*, año 1998, *LL*, 1999-B, 517. En el primero de los votos de este fallo se hizo expresa mención de la convención americana contra la corrupción, no así en los restantes, lo que hace recordar las viejas sentencias de la CSJN en la era constitucional, en que algunos votos mencionaban la convención americana de derechos humanos y otros no, aún arribando a veces a la misma conclusión.

³⁶ CNFed. CA, Sala IV, *Carbone*, 14-XI-1989, causa 21.647.

³⁷ El resultado es igual para cualquier violación del derecho. Ver *HOSTIOU*, *op. cit.*, p. 240, conclusiones *LASRY* en el caso *Baillet*, resuelto por el Consejo de Estado de Francia en 1956.

³⁸ Ver *COMADIRA*, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, §12, pp. 17-9; *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. VI, § 6.6.1.2.2, pp. 117-8: "Con la subsanación la clara imputación legal de la nulidad absoluta al vicio de indefensión en sede administrativa se vacía de contenido porque siempre quedará abierta, desde esta perspectiva, la posibilidad de la amplitud de prueba y debate en sede judicial;" *CANDA*, FABIÁN OMAR, "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación," *ED, Serie Especial de Derecho Administrativo*, 28-VI-2000, § III *in fine*, p. 6.

costumbre, tolerar la ilegitimidad en tanto ello sea posible, sin pensar en cuánto se daña así a la vigencia misma del orden jurídico. La causa del problema ha de encontrarse en la cultura argentina y quienes dentro de la doctrina comulgan con este tipo de ideas autoritarias y antidemocráticas, atacan las soluciones a favor de la libertad, se pronuncian siempre a favor del poder de turno.

4.1.1. *De victimario a víctima. La difícil situación del sumariante*

Acabamos de ver que no siempre los defectos cometidos por la instrucción del sumario producen la nulidad del acto dictado en su consecuencia. Pero ello, que no resulta un estado de cosas satisfactorio para el sumariado, tampoco debe dar ninguna falsa idea de seguridad al sumariante; el sumariante, en cuanto agente público igual que el sumariado, está sujeto a las reglas de la misma administración y justicia y doctrina que la sustenta. Son pues dos cosas muy distintas, cuánto el sumario afecta la defensa del sumariado y la validez del acto (poco) y cuánto afecta ese mismo hecho en forma personal, como responsabilidad funcional y civil, al sumariante que prepara aquella decisión (mucho). Es que al sumariante se le computan factores *agravantes* en su doble condición de *abogado* y de *personal jerárquico*. Si no se pronuncia correctamente sobre la prueba propuesta incurre en negligencia y *mala praxis*; lo mismo si no folia correctamente el expediente, no hace las notificaciones en legal forma, incurre en parcialidad o prejuizgamiento, etc. Esas fallas no impedirán que *su* sumariado quede despedido, pero esa tolerancia hacia el acto no se extiende a *él*. *El también será despedido*, como el sumariado cuyo sumario instruyó con irregularidad;³⁹ la base de su cesantía será haber actuado irregularmente en la instrucción del otro sumario. Por eso dijimos que el réprobo de hoy es el elegido de mañana... y viceversa.

4.1.2. *La denegación inmotivada de prueba*

Se ha resuelto que si la prueba ofrecida es rechazada *in limine*, sin fundamentación alguna, el acto es nulo. Máxime si al mismo tiempo se rechaza el recurso, aunque se arguya que el objeto del acto era válido en cuanto al fondo de la pretensión. En tal sentido se ha dicho que “cualquiera fuere la obligación que pesaba sobre el funcionario de resolver de un modo determinado, la forma en que lo hizo vulnera el derecho de defensa en juicio del peticionario, en tanto no ha valorado, ni aproximadamente, los argumentos sostenidos por éste ni la prueba ofrecida en apoyo de su derecho.”⁴⁰

³⁹ SCJBA, *P. de Q., M. S.*, 1999, *LL*, 2000-A, 110.

⁴⁰ CNFed. CA, *Uromar S.A.*, 1999, *DJ*, 2000-3, 257, cons. IV; CNFed. CA, Sala II, *Turismo Parque S.R.L., EDA*, 2001-2002, 75: “el derecho al debido proceso [...] comprende la posibilidad de exponer las pretensiones y defensas [...]; de ofrecer y producir prueba y que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas; [...] si se ha violado dicho derecho [...] el acto está afectado de nulidad absoluta;” CCA yT CABA, Sala II, *G.C.A. c. S.E. (GCBA)*, *LL*, 2002-C, 2.

4.2. Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima

Este supuesto no surge de normas generales⁴¹ pero aparece reconocido por lo general a través de la jurisprudencia y la doctrina,⁴² además de tener un sustento constitucional.⁴³ El comportamiento administrativo no puede inducir al otro a error⁴⁴ o a ser perjudicado, debe obrar lealmente y de buena fe,⁴⁵ sin trampas ni desviaciones.⁴⁶ Es el principio del *fair procedure*, susceptible de muchas aplicaciones.⁴⁷ Como dice WADE, ¡tanto de la sustancia de la justicia reside en el *fair procedure*!⁴⁸ Nosotros lo podemos decir, no siempre lo podemos exhibir.

Una variante de falta de debido proceso legal es la actuación inopinada, extemporánea, carente de intimación o aviso previo. Se lo ha denominado en ocasiones sorpresa,⁴⁹ como forma negativa de dolo, o la prohibición de *voltefaces* o contramarchas,⁵⁰ es decir la interdicción de la autocontradicción en la parte contraria⁵¹ o el deber de protección de la confianza ajena.⁵² También aparece

⁴¹ Salvo que lo refiramos al principio milenario de la buena fe. Pero en todo caso hay normas expresas que la exigen en situaciones puntuales, como antes de disponerse la caducidad de las actuaciones o perención de instancia: *infra*, t. 4, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 12.3.3, “El acto previo de intimación.”

⁴² En el derecho francés muchos textos exigen la *mise en demeure*, pero en ausencia de ellos la jurisprudencia no impone el respeto de esta formalidad: HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 85-7.

⁴³ En la Constitución alemana está implícito en el art. 1º y expreso en el 19, el derecho a la tutela o protección de la confianza: OSSENBÜHL, FRITZ, *Die Rückname fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, Berlín, de Gruyter, 1965, p. 8. En nuestra Constitución está en las garantías implícitas. Ver COVIELLO, PEDRO J. J., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

⁴⁴ Ver la jurisprudencia inglesa que cita FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, París, LGDJ, 1986, pp. 187-8.

⁴⁵ Uniforme. Nuestra CSJN tiene dicho en *Fallos*, 10: 203, año 1871, que la administración *debe ser leal, franca y pública* en todos sus actos. O como dice MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma 1988, p. 52, “El hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales: el fin no justifica los medios.” Esto, siempre que admitamos, lo que es harto cuestionable en los casos concretos, que la administración siempre persiga el bien común: *supra*, t. 2, cap. VI, § 5. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, p. 17-53.

⁴⁶ Una de las desviaciones también se manifiesta como vicio de la voluntad, en una de las formas de desviación de poder que se expresa en el deseo de dañar, o simplemente en uno de los misterios del espíritu humano, la maldad, como explicamos *infra*, § 6.3.1 y nota 147.

⁴⁷ FLOGAÏTIS, *op. cit.*, pp. 191-3.

⁴⁸ WADE, H. W. R., *Towards administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pp. 2 y 90.

⁴⁹ BURGIO, DAMIÁN, “La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito del derecho privado,” *ED*, 185: 1182.

⁵⁰ *In re Tersons Ltd. Stevenage Dev. Corp.*, año 1965, citado en JONES, GLYN P., *A New Approach to the International Civil Engineering Contracts*, Londres, 1979, cap. 4, *Claims*, p. 184; M.W. ABRAHAMSON, *Engineering Law and the ICE Contract*, Londres, 1975; I. N. DUNCAN WALLACE, *The International Civil, Engineering Contracts*, Londres, Sweet and Maxwell Ltd, 1974. Para el contexto de estas referencias ver *supra*, t. 2, cap. XVIII, § 3.4, “La oportuna introducción de la cuestión arbitral.”

⁵¹ MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

⁵² También llamada “confianza legítima.” Ver COVIELLO, PEDRO J. J., *La protección de la confianza del administrado*, *op. cit.*; “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894. Ver también *supra*, nota 50.

en instituciones concretas como la caducidad del acto administrativo, donde se exige que no sea intempestiva y que esté precedida de una intimación previa⁵³ y confiera un plazo razonable para su cumplimiento.⁵⁴ El mismo principio es aplicable a la inversa: el particular tiene en ciertos casos obligación de informar a la administración con anticipación al desarrollo creciente de un problema que pueda requerir su intervención o ser la base de un posible reclamo.⁵⁵

4.3. Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia

Cuando se exige licitación o audiencia pública antes de dictar un acto, su incumplimiento directo o indirecto (una licitación viciada, una audiencia cuyas conclusiones ni siquiera se evalúan) hace que el acto sea nulo.⁵⁶ En la licitación pública debe procurarse la mayor cantidad posible de oferentes; en la audiencia pública hacer debatir a una rama variada de los distintos intereses afectados. La audiencia pública y trámites menores de participación ciudadana, se incorporan al derecho público como medios de cumplir al menos con los principios de publicidad y transparencia exigidos por la CICC. Cabe recordar en igual sentido el decreto 1172/03, llamado de acceso a la información pública, por el cual se establece un reglamento general de audiencias públicas, aunque su implementación continúa siendo ejercida de modo muy discrecional por la autoridad convocante, que se aparta de las opiniones mayoritarias sin dar suficientes razones para ello.⁵⁷

4.4. Compulsa y concurrencia de interesados: Concurso y licitación

Cuando el ordenamiento jurídico, legal o reglamentario, exige que se realice un concurso antes de adoptar una decisión, el acto dictado sin su cumplimiento pre-

⁵³ Es común. Ver CAPIAU, JEAN, "La mise en demeure en droit administratif," en DUPUIS, GEORGES (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, Economica, 1979, p. 43 y ss.

⁵⁴ *Infra*, cap. XIII, § 7.1, "Caducidad."

⁵⁵ Ver *supra*, nota 50, *in re Tersons*, y demás referencias. También existen, por fin, casos en que la *mise en demeure* opera entre personas u órganos públicos: HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 83-5.

⁵⁶ *Supra*, t. 2, cap. XII; CSJN, *Fallos*, 179: 249, *Schmidt*, año 1937; 144: 255, *Di Leo*, año 1925; 137: 383, *Bidondo*, año 1923; 95: 33, *Villegas*, año 1902; aunque allí era nulidad absoluta y manifiesta, en el estricto sentido del Código Civil, lo que luego se abandonó en el caso *Los Lagos*; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 125; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o Tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 83; MAIRAL, HÉCTOR A., *Licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 25-47; nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, p. 344 y ss. En lo que hace a la audiencia pública para actos generales o para proyectos singulares de gran envergadura, medio ambiente, etc., ver *supra*, t. 2, cap. XI; USLENGHI, ALEJANDRO J. y GATTI, WALTER O., "Aportes para una teoría de la participación administrativa," *RAP*, 162, Buenos Aires, 1992 y los fallos *Youssefian* citados en "Los grandes fallos de la actualidad," en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI.

⁵⁷ Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO: "Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 103 y ss.; "La desorganización de la organización administrativa (o la organización del desgobierno)," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 335 y ss., 343 y ss.

vio, es, por iguales razones, nulo. Ejemplos: Designaciones estables en la función pública,⁵⁸ otorgamiento de becas, premios, etc. En materia de contrataciones es indispensable la compulsa y concurrencia de oferentes, a través de una licitación o concurso cuyas reglas fundamentales ya explicamos.⁵⁹ Sin embargo, la propia licitación o concurso tienen otros recaudos de trámite o procedimiento en la formación de la voluntad: Se requiere un dictamen técnico, además del jurídico, bajo pena de nulidad.⁶⁰ A ello nos referimos a continuación.

4.5. Opinión, dictamen o informe sustancial

4.5.1. En general

Cuando la ley exige algún trámite o consulta sustancial, el acto dictado sin haberse cumplido ese requisito es nulo.⁶¹ “Ello es así singularmente cuando una autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se pronuncia sin proceder a las investigaciones y consultas requeridas por la legislación en vigor. Su decisión es nula de pleno derecho aunque la ley no haya establecido esa sanción para la omisión de tales formalidades.”⁶² Así el pronunciamiento del jurado para una designación de profesor regular: Su omisión determina la nulidad del acto, sin perjuicio de su conversión en nombramiento como profesor interino.⁶³ Lo mismo es aplicable a las designaciones por concurso en la función pública en general. Hay así un doble juego de recaudos: la apertura a la concurrencia y el dictamen técnico. Ello ha llevado a decir que hay en tales casos una competencia

⁵⁸ PTN, *Dictámenes*, 123: 487, 489, § III: nulidad de hacer valer un concurso interno como concurso abierto, con cita de *Dictámenes*, 74: 391; CNFed. CA, Sala IV, 2003, *Raffo*, con nota de RUIZ, SERGIO RAÚL, “Vaivenes de la discrecionalidad en el empleo público,” *LL*, 2004-A, 355.

⁵⁹ “La presencia de un órgano técnico de selección indica que hay una “sustracción de la competencia plena del órgano superior de decisión.” FIORINI, BARTOLOMÉ A., y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública*, Abeledo-Perrot, 1972, p. 141. Uno de los importantes debates en la materia se refiere a la ampliación de los contratos administrativos: BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “Contrapunto sobre la forma en los contratos administrativos,” *LL*, 2007-A, 780.

⁶⁰ *Supra*, t. 2, cap. XII, “La licitación pública.” Con todo, es de señalar que se han alzado varias voces señalando la irrealidad del verdadero cumplimiento de estas normas generales, p. ej., PULVIRENTI, ORLANDO, “El caso de la administración adicta y el síndrome de abstinencia (a raíz de los decretos Nros. 787/04, 1344/04, 2698/04 y Nro. 305/2005 de la Provincia de Buenos Aires),” *LL*, 2005-D, 1217; GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Licitación pública vs. contratación directa: ¿La batalla perdida?” *Res Publica Argentina*, RPA 2006-3: 75-103; “Contratos administrativos: lenguaje y realidad,” *LL*, 2004-C, 1535; REJTMAN FARAH, “La brecha existente entre el régimen de las contrataciones públicas y la realidad,” en prensa en el libro de las Jornadas de 2006 de la UNIVERSIDAD AUSTRAL.

⁶¹ CNFed. Sala CA, *De la Torre Peña*, *LL*, 93: 496, año 1958; *Esnaola*, *LL*, 91: 610, año 1958; PTN, *Dictámenes*, 74: 391; 76: 175; PETRACCHI, ENRIQUE C., “Los órganos consultivos y el acto administrativo,” *Revista de Derecho y Administración Municipal*, 100: 32 y ss., 37, Buenos Aires, 1938; FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 197-8, quien considera que el vicio es insanable por un dictamen producido *a posteriori*. Postula igual solución para la autorización o delegación tardía.

⁶² ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, p. 224; ODENT, R., *Contentieux Administratif*, t. III, París, 1958, p. 809; CHAPUS, RENÉ, *Droit administratif général*, t. 1, París, Montchrestien, 1992, 6ª ed., p. 814. PETRACCHI, *op. loc. cit.*

⁶³ *Infra*, cap. XII, “Modificación del acto administrativo,” § 11, “Conversión.”

compartida entre la autoridad que decide y el jurado,⁶⁴ lo que desde luego no ha de interpretarse como confiriendo tal discrecionalidad a la autoridad, como para tornar prescindible el dictamen del jurado. Hay casos que tienen más especialidad pero siguen el mismo criterio. Así es nula la inclusión del libro *San Martín 1966* dentro de un “Régimen de Estímulo del Libro Argentino” del Fondo Nacional de las Artes, sin previo dictamen del Instituto Nacional Sanmartiniano.⁶⁵

Igual principio sigue el dictamen de la comisión de preadjudicación antes de resolver una licitación pública. Las normas usualmente prevén impugnaciones al dictamen del jurado o de la comisión de preadjudicaciones. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que se trata de un acto administrativo,⁶⁶ lo cual obviamente no es correcto.⁶⁷ En el caso del indulto, en que el Poder Ejecutivo debe pedir informes al tribunal antes de dictar el acto en cuestión (art. 99, inc. 5º, de la Constitución), la omisión de cumplimentar con dicho trámite sustancial vicia de nulidad el acto.⁶⁸ El fundamento de este principio es que el trámite omitido “pudo haber ejercido influencia en el conocimiento o en la voluntad que ha formulado la declaración final. Si se dejó de oír el parecer del órgano consultivo, puede suponerse que en caso de haberlo oído, el acto no hubiera sido dictado,”⁶⁹ o no hubiera sido dictado de la misma manera.

No siempre el informe o dictamen proviene de un órgano consultivo. En los procesos de renegociación de concesiones o licencias de permisos públicos, la autoridad concedente no puede obrar, para tomar su decisión, sin el informe del ente regulador de ese servicio: Es un elemento de control que también debe ser cumplido, lo que significa que tenga un cumplimiento eficaz en la práctica corriente. Es importante que el debate del dictamen o informe se efectúe con anterioridad a la decisión. Este tipo de recaudos, con todo, no ha sido suficientemente satisfecho en las renegociaciones efectuadas en los últimos años, ni tampoco en los anteriores: siempre hay razones que se pueden esgrimir para no acatar el orden jurídico.

4.5.2. *La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo*

Quizás por todo ello, aquel claro punto de partida tiene su primera flaqueza cuando se analiza el vicio del acto dictado sin el previo dictamen legal de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico. Allí la interpretación tradicionalmente dominante era, según lo vimos, que el vicio quedaba subsanado por ulterior

⁶⁴ HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 40-1 y su referencia de la nota 45.

⁶⁵ PTN, *Dictámenes*, 112: 112, 114.

⁶⁶ WEBER, YVES, *L'administration consultative*, París, LGDJ, t. 82 de la *Bibliothèque de droit public*, p. 24.

⁶⁷ Una prolija crítica en HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 55-60.

⁶⁸ DE VEDIA, AGUSTÍN, *Derechos constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1963, p. 394.

⁶⁹ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, 3ª ed., p. 199.

actividad dictaminante, o sea que el acto era anulable y el vicio saneable por un dictamen posterior.⁷⁰ Se trataba de una derivación más de la perniciosa “doctrina” de la subsanación, que permitía a la administración sanear los actos nulos en etapas posteriores del procedimiento, p. ej. ante la interposición de un recurso por parte del particular: Su cuestionamiento, en lugar de llevar a la nulidad del acto, servía a la administración de trampolín para juzgarlo mágicamente saneado. Algo peor ocurre en sede judicial, cuando el particular impugna la nulidad del acto, si el tribunal, imitando a la administración, en lugar de anular el acto lo considera saneado por la conducta impugnatoria del particular. Estos absurdos criterios llevan, como es obvio, a la inutilidad de los recursos administrativos y demás medios de defensa del particular, que en tal caso bien podrían sarcásticamente ser llamados “modos involuntarios de colaboración del particular al saneamiento no querido de los vicios de la actividad administrativa.”

Conviene destacar, con todo, una saludable reacción de algunos tribunales,⁷¹ que es de esperar llegue a constituir la nueva regla en la materia. En particular la SCJBA ha sostenido que “Ha de entenderse que la doctrina de la subsanabilidad judicial del acto administrativo ha de tener un campo de aplicación limitado a casos extraordinarios, pues de lo contrario llevaría a los jueces a tener como función normal suplir la voluntad de la administración, exorbitando sus atribuciones, las que son de control [...]”⁷²

Si, a la inversa, se mantuviera la doctrina que criticamos, ella no solamente desconoce el mecanismo de la *conversión* previsto en el art. 20 del decreto-ley 19.549/72, que admite en definitiva el perfeccionamiento del acto pero con consentimiento del individuo y con efectos no retroactivos. En particular, significa un retroceso en la batalla por la fiel observancia del debido proceso legal y también de las formalidades que las normas establecen, de cumplimiento necesario para considerar válido al acto emitido en garantía tanto del particular como del buen funcionamiento de la administración conforme a derecho. Ella importa, además, un serio desconocimiento del rol del abogado en la administración pública. Muchos

⁷⁰ CSJN, *Duperial SAIC*, año 1979, *Fallos*, 301: 953, cons. 6º, pp. 956-7, en que se puntualizó que el interesado pidió y obtuvo el dictamen posterior. Es también el criterio tradicional de la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 144: 148; 193: 110 y 197: 162. En el mismo sentido CNFed. CA, sala V, *Transportadora de Gas del Norte S.A.*, 20-XI-1995 y CNFed. CA, sala IV, *Lagomarsino*, 17-XII-2004, *EDA*, 2005, p. 117.

⁷¹ Celebramos que empiecen a verse algunas excepciones, predominantemente en materia sancionatoria: CNFed. CA, sala II, *American Airlines, LL*, 2001-B, 493: “La omisión del dictamen jurídico previo a una resolución por la que se aplica una multa [...] constituye la ausencia de un requisito esencial para la validez del acto administrativo, debiendo declararse la nulidad de dicho acto.” En igual sentido los precedentes citados en la nota 40 y 72. La Sala I (LICHT, COVIELLO; por error de la publicación se indica la Sala V), *Consortio de Propietarios de la calle César Díaz 1975, ED*, 29-IX-2000, ha dicho a su vez en el cons. 9º, 2º párr., que “no puede considerarse un «dictamen» [...] donde informa solamente esto [...]. Y esas son todas las razones.”

⁷² SCJBA, *Estudiantes, LL*, 2002-F, 955; CNFed. CA, Sala IV, *Uromar S.A., DJ*, 2000-3, 257, cons. VIII; CNFed. CA, Sala II, *Turismo Parque S.R.L., EDA*, 2001-2002, 75; CCA yT CABA, Sala II, *G.C.A. c. S.E. (GCBA), LL*, 2002-C, 2. Cabe preguntarse si será ésta la nueva regla.

actos arbitrarios no son dictados, porque el asesor letrado se resiste a dar el dictamen favorable que le piden. Otras veces el acto que se dicta queda morigerado de la intención y la extensión inicialmente tenidas en miras, gracias a esa misma necesaria intervención letrada. No se le pueden pedir dictámenes de favor todos los días: No queda más remedio que obrar conforme a derecho en los demás. El dictamen letrado previo no es un mero requisito de trámite o de procedimiento. Es una garantía de algún dejo de razonabilidad, prudencia y justicia en el acto administrativo.⁷³ Todo eso lo destruyen quienes por mal entendida prudencia o *self restraint* sostienen, con apoyo doctrinario, que la falta de dictamen jurídico previo no es un vicio insanable.⁷⁴ Es parecido a lo que hacen los pacientes que, en el ejercicio del derecho a preservar su propia salud, toman su decisión luego de oír al médico pero sin necesariamente hacerle caso; pero si ni siquiera consultan al médico antes de resolver, entonces su comportamiento es a todas luces irrazonable; si lo hace la administración, que no es dueña de su cuerpo pues representa a la sociedad, resulta imperdonable cuando quienes así lo afirman son aquellos que pertenecen a la profesión que debiera haber sido consultada. Ello desjerarquiza el dictamen y priva al asesor letrado permanente de su indispensable objetividad e imparcialidad. Su opinión posterior queda teñida por el compromiso que genera un acto ya emitido y la necesaria solidaridad de cuerpo que genera. La omisión de requerir dictamen de los asesores jurídicos permanentes de la administración en cualquier acto administrativo que verse sobre *derechos y deberes* de los individuos o de la administración, en buenos principios vicia de nulidad dicha resolución. El dictamen es para *ilustrar* la toma de decisión, no para *defenderla*.⁷⁵ Es un consejo o información para una acción *futura*, no una escaramuza *luego* de rendida la batalla. Esta solución, propugnada desde antaño por la doctrina,⁷⁶ encuentra su recepción normativa en el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 7º, inc. d) señala que además de la obligatoriedad de otros trámites esenciales previos a la emisión del acto y sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales “considerárase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses

⁷³ Por eso el Consejo de Estado de Francia considera incluso que la consulta carece de eficacia si no es integral, es decir, si el órgano no tiene ocasión de expresar completamente su opinión sobre el total de las cuestiones planteadas por la decisión a tomar: HOSTIQU, *op. cit.*, p. 268. Es una cuestión a tenerse especialmente en cuenta en el caso de dictámenes u opiniones reticentes.

⁷⁴ MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. I, *op. cit.*, p. XIII: esta jurisprudencia “lleva a eliminar el requisito, ya que cuando el particular no recurre queda firme el acto” y cuando sí lo hace el vicio se “subsana” al dictaminarse en ocasión de dicho recurso.

⁷⁵ *A fortiori*, lo mismo ocurre con la fundamentación fáctica de la decisión. Explicar uno lo que otro no ha explicado es ser su abogado defensor: *infra*, cap. XII, § 7.2, “Explicar al otro.”

⁷⁶ Comp. DANA MONTAÑO, SALVADOR M., “La obligatoriedad del asesoramiento técnico en general y del jurídico en particular en el régimen democrático,” en *RAP*, 7: 30, 39, Buenos Aires, 1962, que lo llama “veto técnico” lo que es tal vez darle demasiada trascendencia. Ver también LUQUI, JUAN CARLOS, “El dictamen jurídico,” *Lecciones y Ensayos*, 30: 47, Buenos Aires, 1965; CATALDI, GIUSEPPE, “Las informaciones como materia de actividad administrativa,” *Revista de Administración Pública*, 9-10: 9, Buenos Aires, 1963.

legítimos.” La cuestión tiene pues una clara solución normativa y debe aplicarse la consecuencia de la nulidad absoluta toda vez que el dictamen falte enteramente. La debilidad de un dictamen, en cambio, o su desacierto o insuficiente análisis de la cuestión, no dará ya lugar a este tipo de vicio, sin perjuicio de que pueda afectar al acto tornándolo arbitrario, desconectado de los hechos, violatorio del derecho aplicable a su objeto, etc. Sin perjuicio de ello, se ha considerado que cuando un acto administrativo carece de motivación o fundamentación, pero en los considerandos tiene en cuenta un dictamen anterior y en la parte resolutive se ponderan los argumentos legales vertidos en éste, puede considerarse salvada la irregularidad. La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado, en tal sentido, que la falta de tales elementos del acto puede considerarse suplida por la referencia a dictámenes o conclusiones que consten en las mismas actuaciones donde aquél se dicte.⁷⁷

4.6. *Otros vicios de procedimiento*

En los casos que hemos estado analizando se trata siempre de determinados actos procesales que la administración debió haber cumplido pero en cambio omitió: Traslados para defensa del interesado, informes o dictámenes sustanciales, procedimientos de oposición para la selección del contratista estatal o de un agente público, o para el otorgamiento de un premio o beca, etc. Ahora bien, ¿qué decir del caso en que el defecto no ha estado en la omisión sino en el exceso?

Este problema lo plantea agudamente VIDAL PERDOMO cuando, al tratar de los vicios de forma, expresa que cuando se omiten trámites “Es una nulidad fácil de apreciar, porque basta hacer una comparación entre la forma como el acto tuvo vida y los trámites legales.”⁷⁸ En cambio, señala este autor, “Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasión a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas.”⁷⁹

La solución de fondo del problema puede encararse por vía de los diversos intentos de reforma administrativa⁸⁰ pero ello no quita que en realidad un procedimiento así desviado, por excesiva e injustificada complejidad, deba reputarse inválido. Pero no puede legítimamente oponerse a la pretensión del particular una malla tal de obstáculos y dificultades como para que pueda considerarse que, de hecho, se le ha impedido —para esto sí eficazmente— obtener un pronunciamiento razonable y válido de la administración. En estos casos, deberían funcionar eficazmente los mecanismos tendientes a instar prontas decisiones, así

⁷⁷ PTN, *Dictámenes*: 132: 133, punto VI.

⁷⁸ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., p. 438; 1977, 5ª ed., p. 400; Temis, 1997, 11ª ed., p. 345.

⁷⁹ VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*

⁸⁰ VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*

como la aplicación de sanciones a los funcionarios responsables de la ineficiencia o morosidad administrativa, p. ej., las multas conminatorias personales.⁸¹

4.7. Efecto sinérgico de los vicios

De lo expuesto surge que infrecuentemente uno sólo de los vicios de procedimiento o de formación de la voluntad previos a la emisión del acto puede dar lugar a la nulidad, o en otra terminología absoluta e insanable. Lo habitual es que se considere que el vicio es subsanable.

Cuando hay varios vicios, en cambio, ellos tienden a ser potenciados recíprocamente y es más frecuente entonces que se disponga la nulidad del acto, sin posibilidad de saneamiento.⁸² Si hay varios vicios y su conjunto convence al tribunal, puede ocurrir que el fallo despliegue esa multiplicidad de vicios como para demostrar que no puede haber lugar a dudas en cuanto a la nulidad que impone.⁸³ En otra variante de política jurisdiccional, el tribunal puede, por el contrario, elegir alguno emotivamente neutro y anular el acto sin una enérgica condena de la administración.⁸⁴ Si la segunda política jurisprudencial permite anular más actos administrativos ilegales, como parece probable, tiene entonces el mérito de la eficacia. Nuestros tribunales, por ahora, parecen preferir la primera.

En *Maruba S.C.A.*⁸⁵ se consideraron nulas actas dictadas a) por “funcionarios incompetentes,” pues la autoridad competente era el Poder Ejecutivo y las suscribió “el Director Nacional de Transporte Fluvial y otros funcionarios de menor jerarquía,” el Poder Ejecutivo podía delegar “La competencia respectiva al Ministro de Economía” pero en todo caso no lo hizo; b) “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara; hecho que no aconteció en la presente causa;” c) “las actas carecen de causa fáctica puesto que se tomó como ciertos hechos que no son verdaderos (al determinar la inexistencia de deuda [...]).” d) También se destacó que en el caso era de aplicación el criterio de la PTN en el sentido que “cuando un acto administrativo carece de argumentación razonable sobre los hechos que se vinculen y se basa tan solo en la pura y simple voluntad del funcionario que lo dictó, es arbitrario y por ende ilegítimo.” e) En el caso el tribunal entiende

⁸¹ Ver nuestra nota “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.”

⁸² PTN, *Dictámenes*, 1-X-1973, t. 127: falta de informe previo, de dictamen jurídico y audiencia previa, de motivación adecuada; 5-I-1968, t. 104: falta de publicidad previa, requerida por la norma y consiguiente posibilidad de oír a los contrainterésados, informe técnico adverso y otras irregularidades. Otros ejemplos *supra*, “Introducción,” nota 82; *infra*, cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros.”

⁸³ Los casos mentados en la nota 82 de la “Introducción,” también *infra*, cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros.”

⁸⁴ Así el Consejo de Estado de Grecia: PÉTROULIAS, DÉMOSTHÈNE, “Note sur la motivation des actes administratifs en droit hellénique,” en DUPUIS, *op. cit.*, p. 31 y ss., p. 40, nota 1.

⁸⁵ CNFed. Civil y Com., Sala III, *Maruba S.C.A.*, *LL*, 1998-A, 151, año 1997.

que hubo también error esencial, ya que la administración “no hubiera emitido tales actas al comprobar la existencia de un saldo deudor.” *f*) Por si fuera poco, el tribunal añadió la inexistencia de circunstancias mitigantes.⁸⁶

Es más categórica la Sala IV de la CNFed. CA, que no sólo declaró la nulidad del acto en *Uromar S.A.*:⁸⁷ *a*) Por haber resuelto el rechazo *in limine* del recurso sin valorar sus argumentos, *b*) denegar la producción de la prueba ofrecida, *c*) invocar un acto inexistente y *d*) prescindir de pedir dictamen jurídico previo: El fallo puntualiza, además, que *cada* vicio determinaba la nulidad del acto.

4.8. *Circunstancias mitigantes*

En algún caso se estimó que el vicio de falta de concurso no era subsanable, pero que la persona debía continuar en el cargo mientras tramitaba el concurso; en cambio no se le aplicaría una norma que permitía regularizar interinatos sin concurso;⁸⁸ muy parecida es la solución de la CSJN en *Rosza*, 23-V-2007, que declaró la inconstitucionalidad de las designaciones de jueces subrogantes, pero no invalidó sus actos y otorgó un plazo para que los jueces fueran designados normalmente. Es mitigante la importancia del vicio: A menor gravedad de la sanción, menor exigencia de cumplir todos los recaudos de validez. Se aprecia qué efectos ha tenido el vicio sobre el contenido del acto, para concluir que si no lo ha afectado mucho, el agravio no tiene gravedad. En la valoración judicial de la indefensión la CSJN ha puntualizado en algún caso, *a contrario*, la existencia de “error esencial, [...] incompetencia en razón del tiempo, o con un objeto ilegítimo por violación de la ley aplicable; la mácula del acto emitido en esas condiciones es tal, que configura su nulidad absoluta e insanable, [...] máxime si la intervención de las partes interesadas en el procedimiento o la emisión de dictámenes, *no resultaren suficientes*⁸⁹ para cohonestar el pronunciamiento administrativo o disminuir la gravedad del vicio.”⁹⁰ Otro supuesto es la doctrina francesa de los “vicios inoperantes” según la cual la obligación de la administración de actuar de una determinada manera –en general, cuando se trata del ejercicio de una facultad reglada– quita relevancia jurídica a los eventuales vicios de procedimiento o forma. Se entiende que, como el resultado del acto (su objeto) sería el mismo –habiéndose dictado viciado o no–, resulta indiferente revocarlo o anularlo.⁹¹ Pero eso contradice el esquema lógico de la desviación de poder, en que la carencia de vicios externos en el objeto del acto y su conformidad en todo lo demás al orden jurídico no suple el vicio de la voluntad en su emisión.

⁸⁶ Ver *infra*, § 4.8, “Circunstancias mitigantes.”

⁸⁷ *Uromar S.A.*, CNFed. CA, Sala IV, *DJ*, 2000-3, 257, cons. IV a VII.

⁸⁸ PTN, *Dictámenes*, 123: 487.

⁸⁹ El destacado es nuestro. *A contrario*, admite que sí pueda cohonestarlo.

⁹⁰ CSJN, *Bodegas y Viñedos Giol, E.E.I.*, 1987, *ED*, 126: 247.

⁹¹ DEBBASCH, CHARLES, *Institutions et droit administratifs. L'action et le contrôle de l'administration*, París, Thémis, 1978, p. 220.

Estos argumentos han sido rebatidos pero son utilizados para “salvar” las nulidades en las que incurre la administración. Pero no se debe cesar en la lucha por obtener garantías del cumplimiento de recaudos previos a la emisión del acto. A propósito de uno de ellos el comisario de Gobierno JACOMET señalaba en 1955, en el Consejo de Estado de Francia, que es inútil verificar si la omisión de cumplir aquellos recaudos ha tenido o no repercusiones sobre el objeto del acto.⁹² “Es en particular inútil probar que la omisión de una forma no ha podido cambiar en nada la decisión final, que ella ha sido sin influencia sobre el contenido normativo del acto atacado.” Es que no se puede suponer que el legislador haya establecido una forma o regla “gratuita,”⁹³ “superflua.”⁹⁴

5. Vicios en la emisión de la voluntad

Esta hipótesis trata de los vicios durante el proceso de emanación de la voluntad, producción o formulación de la voluntad administrativa.

5.1. Actos simples dictados por órganos colegiados⁹⁵

En los órganos colegiados, sean ellos legislativos, judiciales o administrativos, e incluso arbitrales, en buenos principios la voluntad emana de un órgano único constituido por varios individuos y son por ende requisitos de su formación válida:

a) Que haya *sesión*, en cuanto reunión formal, lo que por de pronto incumplen en nuestro país los órganos judiciales colegiados, empezando por la CSJN, donde es común que cada magistrado expida su voto sin discutirlo en sesión con sus colegas;

b) *quorum* o sea, número legal para que el órgano pueda considerarse reunido; en el caso de muchos órganos colegiados judiciales el quórum se computa *en abstracto*, cuando se consigue la cantidad de votos necesaria para una decisión; y

⁹² Citado por HOSTIOU, *op. cit.*, p. 241 y nota 16, donde también recuerda, en igual sentido, la nota de VIRALLY a la decisión del Consejo de Estado.

⁹³ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 240.

⁹⁴ HOSTIOU, *op. loc. cit.*: esta percepción proviene del siglo XIX en LAFERRIÈRE, ÉDOUARD, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, París, Berger-Levrault, 1896, p. 522.

⁹⁵ Ampliar en DAGTOGLOU, PRODROMOS, *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, Stuttgart, 1960; HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 262-73. La misma temática ha comenzado a plantearse respecto al funcionamiento de los órganos colegiados que funcionan en el ámbito del Poder Judicial, p. ej. en casos que la constancia de emisión del voto es obligatoria, cuando se trata de un órgano “colegiado que plantea como necesario atender a la postura de cada uno sus miembros, [...] a fin de poder oír los fundamentos de todos los representantes del tribunal, máxime teniendo en cuenta la integración colectiva y plurisectorial, que establecida constitucionalmente, tiene por objetivo el poder observar por medio del tamiz de cada uno de los jueces la conducta del magistrado imputado.” CISERCHIA, GUILLERMO A., “Sobre el Jurado de Enjuiciamiento y la necesidad de un pronunciamiento integral,” en preparación, que comenta lo resuelto diversamente por la CSJN, *Torres Nieto*, 13-III-2007. Volvemos sobre el tema en el cap. X, § 6.2., p. X-17, texto y notas 96 y 97, al referirnos a la motivación o fundamentación del acto del órgano colegiado y de los votos individuales.

c) *deliberación*, es decir, oportunidad de los miembros para hablar. Esto es un requisito de validez de cualquier órgano colegiado, en cualquier época y ámbito: la razón de ser de la colegialidad es el debate, la discusión, el intercambio de ideas. Lo triste es que esto no sólo no se cumple siempre en la administración, sino que tampoco se cumple siempre ni siquiera en los órganos judiciales colegiados, donde es común que falte la sesión y por ende el quórum y la deliberación, salvo en los pasillos pero no en el tribunal pleno y sin embargo el acto se repute válido. El hecho de que nadie quiera hacer uso de la palabra, desde luego, no vicia el acto, si existió la oportunidad comentada; pero en cambio, si no se abre el tema al debate y se vota directamente, habría un vicio en el acto. No es en cambio necesario fundar el voto y ni siquiera que cada miembro participe en el debate, a menos que esto se transforme en una burla al procedimiento colegiado.

Si los miembros son consultados simplemente por carta y se recolectan sus votos a domicilio, no ha existido deliberación ni sesión y el acto es en consecuencia nulo;⁹⁶ pero si ha existido sesión y las firmas se colectan después, o el Presidente y Secretario dan fe de su voluntad, el acto es válido.

Hay también una lenta tendencia hacia:

d) *La publicidad* de las sesiones,⁹⁷ que puede llegar a ser también recaudo de validez.

Del mismo modo, en doctrina se postula que los órganos colegiados de representación multisectorial requieren el voto de todos sus estamentos, aunque aún la jurisprudencia no ha recogido este criterio.

Y por supuesto, una vez cumplidos todos los requisitos que hacen al funcionamiento del órgano colegiado, sigue siendo necesario cumplimentar también con los demás requisitos del acto administrativo, entre ellos la adecuada motivación, audiencia previa, dictamen jurídico, etc.

La ausencia o irregularidad de algunos de los requisitos mencionados en los tres primeros supuestos vicia el acto; la consecuencia a aplicar depende de la importancia que la irregularidad tenga en el caso concreto, de acuerdo al sistema general de vicios y nulidades del acto administrativo.

Así, la falta de *quorum* determina la nulidad del acto, pero no siempre es claro si existe o no *quorum*. La doctrina suele distinguir entre el *quorum* para la cons-

⁹⁶ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 262 y fallos que cita del Consejo de Estado de Francia.

⁹⁷ MONTORO PUERTO, MIGUEL, *Teoría de la forma de los actos jurídicos en derecho público*, Valencia, Marfil, 1976, pp. 104-6. Por cierto, una cosa es la publicidad y otra la participación en la deliberación misma de personas ajenas al cuerpo: FLOGAÏTIS, *Administrative Law et droit Administratif, op. cit.*, p. 185 y jurisprudencia inglesa citada en su nota 12. Ver también las normas del decreto 1172/03 que se inclinan en el mismo sentido, tal como el anexo VIII relativo al llamado reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos, que no parece tener una generalizada aplicación, al igual que otras normas igualmente bien intencionadas del mismo cuerpo normativo. Es que todo el tema de los órganos colegiados funciona mal, empezando por las cámaras del Congreso de la Nación, donde se han dado casos de votos emitidos, registrados y computados a quienes ni siquiera integran la cámara.

titución del órgano y el *quorum* para la decisión; se pregunta si puede votarse por teléfono;⁹⁸ si el abandono de parte de los miembros, sin haberse levantado la sesión, perjudica o no el *quorum*, etc. En este último punto, DAGTOGLOU⁹⁹ sostiene que el *quorum* anteriormente constituido subsiste.¹⁰⁰ De todas maneras, coincidimos con BOQUERA OLIVER,¹⁰¹ que la falta indubitable de *quorum* constituye un caso de inexistencia de acto, por más que la jurisprudencia se incline por la nulidad absoluta.

Lo mismo puede decirse para el caso de la falta de sesión —que incluso puede dar lugar a la inexistencia.¹⁰² La falta de deliberación en cambio lo haría solo anulable. Los vicios en la votación, por computarse votos inexistentes, llevan a la inexistencia cuando el voto faltante o inválido —por tratarse de un usurpador— es determinante de la decisión que se adopta.¹⁰³ La participación en la sesión y votación de un miembro que tenía obligación legal de abstenerse, no empaña la validez del acto¹⁰⁴ pero si fue un voto esencial,¹⁰⁵ decisivo,¹⁰⁶ determinante en la votación, el acto será nulo.¹⁰⁷

5.2. Actos complejos

Estos actos, que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos,¹⁰⁸ constituyen un acto único: la ausencia o vicio de una de las voluntades que concurren al acto lo vicia, como regla, en su totalidad.¹⁰⁹

5.2.1. Si el acto es de aquellos que tienen una voluntad preponderante y una voluntad subordinada, p. ej. los decretos del Poder Ejecutivo, tienen menos importancia los vicios que afectan a la voluntad subordinada (la del ministro) y viceversa. En consecuencia, los vicios de la primera voluntad se trasladan en un todo al acto complejo: si la voluntad presidencial está viciada de nulidad, el

⁹⁸ La respuesta es claramente negativa: DAGTOGLOU, *op. cit.*, p. 103. Ya dijimos que tampoco puede votarse por correo o a domicilio: HOSTIOU, *op. cit.*, p. 262. En igual sentido, es inaplicable al derecho público la regla de los consorcios privados en que puede otorgarse carta poder a otro integrante del cuerpo.

⁹⁹ DAGTOGLOU, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁰ El *quorum* no se ve afectado por cambios en la forma de integración del cuerpo durante la sesión: HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 263-4.

¹⁰¹ BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 7ª ed., pp. 192-3.

¹⁰² P. ej., una decisión de los miembros de un Consejo Directivo en una cena de camaradería.

¹⁰³ Desde luego, no estamos siguiendo aquí la tradicional doctrina *de facto*, que nuestra Constitución de 1994 condena inequívoca y severamente desde sus arts. 29 y 36. Es la solución de Rosza.

¹⁰⁴ Así la LPA española, art. 20.3.

¹⁰⁵ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 235 y la doctrina alemana.

¹⁰⁶ VITTA, CINO, *Gli atti collegiali*, Roma, 1920, pp. 88-9; MONTORO PUERTO, *op. cit.*, p. 98; VALENTINI, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁷ MONTORO PUERTO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁸ A diferencia de los actos simples, que emanan de un sólo órgano, sea éste individual o colegiado. Acto complejo es p. ej. un decreto del Poder Ejecutivo, que se forma por el concurso de la voluntad del Presidente de la Nación y el ministro del ramo.

¹⁰⁹ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 124 y ss.

decreto es nulo; si está viciada de anulabilidad, el decreto será anulable y si se da el caso de inexistencia, también inexistente será el decreto de que se trate.¹¹⁰

5.2.2. Los vicios de la voluntad subordinada no se trasladan con igual fuerza al acto complejo: Si es anulable, el acto complejo es válido; si es nula el decreto será anulable; si no existe el decreto será nulo pero no inexistente. Un decreto firmado por el ministro pero no el Presidente no existe como decreto; pero si está firmado por el Presidente y no por el ministro, si se publica adquiere existencia (o sea, no estamos ante una inexistencia de acto administrativo, a pesar de que falte una de las firmas) aunque estará viciado de nulidad.¹¹¹

5.2.3. Por último, si las voluntades son iguales, el vicio de cualquiera de ellas se traslada enteramente al acto.

5.3. *Actos que requieren autorización*

Cuando la ley exige que antes de dictarse un acto determinado debe requerirse la autorización o conformidad de otro órgano (p. ej., el dictamen de la Comisión Bicameral de seguimiento de las privatizaciones para determinados aspectos de las concesiones y licencias, el informe técnico del ente regulador a cargo del control del servicio), el acto dictado sin esa conformidad previa es nulo¹¹² y por lo tanto no es admisible su confirmación mediante una autorización *a posteriori*.¹¹³ Admitir la posibilidad de confirmación del acto mediante una autorización tardía implica desvirtuar el sentido de la exigencia legal, transformándola indebidamente en una especie de aprobación. Sin embargo, en ocasiones el ordenamiento jurídico no exige autorización previa sino aprobación posterior, como es el caso de los decretos de necesidad y urgencia.

Si lo que la ley exige es la *autorización previa al acto*, ese vicio no puede *subsanarse si el acto ha sido ya dictado*. Para corregirlo debe darse una autorización para dictar el acto y con posterioridad, producirlo. En consecuencia, deberá

¹¹⁰ Comp. CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 574.

¹¹¹ Cabe recordar que hay supuestos en que se admite una suerte de "refrendo" por el Secretario General de la Presidencia de la Nación, cuando se designa al Jefe de Gabinete y no hay ningún ministro que pueda refrendar la firma. El Secretario general, primer funcionario político que nombra el nuevo Presidente, es también designado por un Decreto presidencial sin refrendo.

¹¹² El principio estuvo claro para otra clase de supuestos, p. ej. cuando un ente autárquico necesitaba autorización del P.E. para vender un inmueble. Ver PTN, *Dictámenes*, 69: 221. ZELAYA, SIMÓN S., "Forma del acto administrativo," publicado en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 60 y ss., p. 71. La lógica sugeriría igual solución en el caso del texto, pero sabido es que las fuerzas en juego son distintas. En Italia la tendencia ha sido siempre por la anulabilidad, como señala VIGNOCCHI, GUSTAVO, *La natura giuridica dell' autorizzazione amministrativa*, Padua, CEDAM, 1944, p. 131; para él es un supuesto de nulidad absoluta, p. 130.

¹¹³ Conf. BUJ MONTERO, MÓNICA, "El acto administrativo: Elementos," en el libro de ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 209. En contra, PTN, *Dictámenes*, 50: 173; D'ALESSIO, E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1939, p. 226; conf. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321, pero admite que en la práctica ocurre lo contrario; coincide en ambos aspectos VIGNOCCHI, *op. loc. cit.*

dictarse un acto nuevo; el acto primero, dictado sin autorización, es en sí mismo inconfirmable. La solución contraria —frecuente en la práctica— nos parece por ello inconveniente y antijurídica.

5.4. *Actos que requieren aprobación*

5.4.1. *En general*

El acto que con posterioridad a su emisión debe ser aprobado por otra autoridad no nace al mundo jurídico, aún estando firmado, mientras dicha aprobación no se produce; es decir, no puede mientras tanto producir efectos jurídicos. Si dicho acto no aprobado es ejecutado a pesar de ello, los actos de ejecución son nulos.

El criterio general es así que “faltando la aprobación el acto administrativo carece de eficacia y no tiene fuerza ejecutoria”¹¹⁴ y no puede generar derechos subjetivos a favor de los particulares,¹¹⁵ ni tampoco, desde luego, obligaciones. La misma solución se aplica cuando se trata de un acto del Poder Ejecutivo que debe ser aprobado por el Congreso.¹¹⁶ La aprobación es posterior al acto que debe producir los efectos y por ello no puede darse respecto de actos futuros.¹¹⁷

5.4.2. *Acto y proyecto de acto*

Esta es la solución de principio; sin embargo, creemos que no constituye necesariamente una regla absoluta. Lo que el instituto de la aprobación persigue es una consideración específica del acto dictado, teniendo presentes todos sus elementos y particularidades.

Si, por lo tanto, se somete a la aprobación de la autoridad correspondiente un proyecto de acto no suscripto bajo forma de acto y recibe la conformidad del superior a través de una aprobación y luego el proyecto sometido se transforma en acto efectivo y repite en todos sus aspectos el acto proyectado y aprobado con anterioridad, parecería un rigorismo inútil e inconducente sostener que el acto carece de ejecutividad, por falta de una aprobación posterior. Es evidente, en efecto, que ésta carecería de sentido, por cuanto la autoridad que debe hacer la aprobación *se ha manifestado concreta y específicamente sobre todo lo que constituye la materia del acto*.

¹¹⁴ PTN, *Dictámenes*, 47: 1; 52: 521; 75: 243. No nos parece acertado, con todo, el empleo del término “acto administrativo,” según se verá más abajo.

¹¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 70: 127.

¹¹⁶ CSJN, *Fallos*, 31: 307, *Honoré y Bowen*, 1887; 120: 57, *Anselmo Gómez*, 1914; *Mallet*, 1922, *JA*, 8: 8; Superior Tribunal de Santa Fe, *Codó Rubíes*, año 1940, *JA*, 75: 285, con nota de SPOTA, ALBERTO ANTONIO, “La «aprobación» y la «autorización» en materia de contratos administrativos. Nulidad de adjudicación por alteración de las bases de licitación. Las costas en los recursos contencioso administrativos.” PTN, *Dictámenes*, 47: 1.

¹¹⁷ PTN, *Dictámenes*, 47: 1; D’ALESSIO, E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Turín, 1943, p. 169; FORTI, UGO, *Diritto amministrativo*, vol. II, Nápoles, 1937, pp. 149-50. Comp. HEREDIA HORACIO H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942, p. 76.

La solución, de este modo, no sería paralela a la que damos en el caso de la autorización. De ésta no se concibe a nuestro modo de ver que sea tardía, posterior al acto, en contra de su naturaleza previa al mismo; a la inversa, de la aprobación, que por su naturaleza es posterior, puede en cambio concebirse que sea por excepción previa al acto, con las particularidades señaladas y con carácter restrictivo.

El acto sujeto a aprobación ha sido equiparado en un caso, en segunda instancia, al acto dictado *ad referendum*;¹¹⁸ pero la CSJN en el mismo caso¹¹⁹ dijo que un acto *ad referendum* o sujeto a aprobación de una autoridad superior carece de aptitud para “generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes [...] pues [...] su eficacia estaba sometida a un hecho futuro e incierto.”¹²⁰ Esta es también la solución de la CNFed. Civ. y Com.:¹²¹ “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara; hecho que no aconteció en la presente causa [...] Sus efectos únicamente se producen a partir del momento en que la aprobación se presta.”¹²²

5.4.3. *Atribuciones del órgano de control*

Se ha postulado, sin base normativa cierta, que la autoridad que tiene competencia para conferir aprobación no tiene facultades discrecionales para hacerlo. Para sostenerlo se han ensayado distintos argumentos. Se ha dicho, p. ej., que la aprobación es un mero acto de constatación, un *accertamento*,¹²³ que verifica, no que el acto sea legítimo y oportuno, sino que no haya excedido los límites de la discrecionalidad.¹²⁴ En otros fallos la CSJN ha considerado que no existe discrecionalidad alguna en el órgano que debe dictar el refrendo y que puede tratarse de “un supuesto de actividad reglada en la que la función del superior está limitada a una supervisión de legalidad que no incluye potestades discrecionales.”¹²⁵ Sin embargo, no parece una conclusión convincente.

5.4.4. *Efectos de la aprobación*

Según la doctrina dominante, la aprobación es declarativa y por ello los efectos del acto aprobatorio se producen retroactivamente a la fecha del acto origina-

¹¹⁸ CNFed. CA, Sala I, *Herpazana SRL.*, ED, 168: 414; HUTCHINSON, *op. cit.*, 4ª ed., p. 84.

¹¹⁹ *Herpazana*, Fallos, 320-3: 2808, 1997, cons. 9-10; REJTMAN FARAH, MARIO, “Los contratos administrativos sujetos a aprobación: un supuesto de escisión competencial,” LL, 1997-C, p. 304.

¹²⁰ Doctrina de Fallos, 314: 491.

¹²¹ *Maruba SCA*, LL, 1998-A, 151, 152.

¹²² *Op. cit.*, p. 153.

¹²³ FORTI, *Diritto amministrativo generale*, t. II, Nápoles, 1945, p. 118.

¹²⁴ O más aún, que no es una manifestación de voluntad sino prácticamente algo similar a un dictamen. En este sentido comparar OTTAVIANO, VITTORIO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 55 y nota 61 *in fine*.

¹²⁵ CSJN, *Fadlala de Ferreyra*, año 1984, Fallos, 306: 126; ED, 108: 460, cons. 7°. La solución era en el caso justa, aunque la fundamentación sea opinable.

rio y no desde la fecha del acto de aprobación.¹²⁶ No compartimos esa doctrina, porque entendemos que acto administrativo es el que “de suyo” produce efectos jurídicos: El acto no aprobado no produce todavía efectos jurídicos y por ello no es acto administrativo. La aprobación perfecciona el acto y no puede diferenciarse en cuanto a sus efectos del acuerdo de voluntades u otro tipo de actos en el que intervengan más de una voluntad. Entendemos por ello que la aprobación es constitutiva y que los efectos deben producirse sólo a partir de ella. No estamos ante un acto complejo: se trata de que la ley exige la intervención consecutiva de dos voluntades con el fin de que se produzca un efecto jurídico; no hay acto complejo porque las voluntades no se funden en un mismo fin, sino que tienen distintas orientaciones y finalidades;¹²⁷ el efecto jurídico se produce por el concurso de las dos voluntades, por lo que dicho efecto nace cuando ese evento se produce y sólo para el futuro. Por lo demás, la *publicidad* de un acto no produce efectos retroactivos sino constitutivos; el principio debe ser el mismo en el acto sujeto a aprobación: *eadem ratio, idem jus*. En ambos casos hay un requisito faltante para la existencia del acto y por ello el efecto jurídico nace recién cuando dicho requisito se cumple.

5.4.5. *Revocación*

El acto que ha sido aprobado u homologado por la autoridad superior no puede ser revocado por el inferior; en virtud del principio del paralelismo de las formas y de las competencias, el primer acto sólo podría ser dejado sin efecto por un segundo acto también aprobado y ello a partir de la fecha de aprobación. Si, a la inversa, se admitiera que la aprobación puede producir efectos retroactivos, la situación sería la opuesta, pues la homologación implicaría que el acto anterior quedó revocado a partir de la resolución del funcionario inferior; sin embargo, no consideramos que esa sea la solución correcta.

5.4.6. *Competencia originaria*

Para que la aprobación exista se requiere que el órgano que dicta el acto originario sujeto a aprobación tenga competencia propia para dictarlo; si éste carece de tal competencia y dicta un mero acto preparatorio *ad referendum* del órgano competente, cuando el segundo acto se produce no hay en verdad una aprobación del acto anterior, sino un acto nuevo: por ello, en este caso el acto no produce efectos retroactivos.¹²⁸

¹²⁶ PTN, *Dictámenes*, 52: 521; SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1952, pp. 230 y 241; BODDA, PIETRO, *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, pp. 122-4; DIEZ, *op. cit.*, 1ª ed., p. 136.

¹²⁷ El acto aprobado se imputa al ente que dicta el primer acto, no al que lo aprueba: SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1930, p. 193; REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 41.

¹²⁸ PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

Si el acto dictado por un órgano incompetente no era *ad referendum* sino que tendía a producir un efecto jurídico inmediato, puede haber un acto administrativo anulable y la aprobación posterior del órgano competente es en realidad una convalidación que, entonces sí, puede operar como una ratificación retroactiva del vicio.

5.5. *Actos que requieren registro, inscripción, etc.*

La distinción entre validez (respecto a las partes) y eficacia (para terceros) se aplica a los actos entre particulares que para tener efectos frente a terceros requieren su inscripción en un registro público. El acto es eficaz entre las partes desde su celebración, pero sólo oponible frente a terceros después su registro.¹²⁹ En ocasiones hacen falta dos actos instrumentales, uno ante el notario (compraventa de inmuebles, hipotecas) y otro ante la administración (Registro de la Propiedad Inmueble). En el derecho administrativo se analiza la faz registral del negocio jurídico privado. No conocemos, en cambio, actos administrativos sujetos a un ulterior acto de registro o inscripción, salvo cuando el negocio jurídico es comparable a los del derecho privado, *v.gr.* la venta de un inmueble del Estado, de un bien registrable (automóviles), etc. En las inscripciones o registros suele¹³⁰ haber una facultad reglada: si se dan los presupuestos, la administración *debe* efectuar la inscripción, careciendo de discrecionalidad alguna al efecto: padrón electoral, registros profesionales,¹³¹ habilitaciones de farmacias, etc. Hay otro tipo de inscripciones, llamadas admisiones, en que sí existe un margen de discrecionalidad. Allí el control es del ejercicio no discriminatorio ni abusivo, desviado, irrazonable, etc., de tal discrecionalidad, pues no suele haber facultad reglada. En el derecho privado es el caso de las asociaciones civiles de clubes de campo.

I. *Vicios de tipo subjetivo*

6. *Desviación de poder*

6.1. *Noción y fundamento*

Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una finalidad (*ergo*, psicológicamente o de acuerdo a lo que sugieren objetivamente las presunciones y datos que rodean el comportamiento administrativo) distinta de la perseguida por la ley.¹³²

¹²⁹ O desde la publicación de la inscripción: *supra*, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” § 6.2, “Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones.”

¹³⁰ Las soluciones no son homogéneas, como señala OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, *op. cit.*, p. 56, § 19.

¹³¹ OTTAVIANO, *op. loc. cit.* Cuando esta atribución la ejerce un Colegio Profesional, público pero no estatal, sigue siendo una facultad reglada y no discrecional.

¹³² Costa Rica, art. 131.3; Perú, 3.3; México, 3.III; Venezuela, 12.

El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico.¹³³ Todos los vicios que aquí encabezamos bajo el título de “vicios de tipo subjetivo,” pues, deben interpretarse en el mismo sentido. De lo contrario podría llegar a pensarse que la falta de fundamentación fáctica o normativa, o las falacias del razonamiento, que más abajo explicamos, han de considerarse desde el punto de vista psicológico del agente que dicta el acto, cuando en verdad se aprecian, como es obvio, de acuerdo a las constancias objetivas que indican que el acto no responde a los parámetros exigidos por el orden jurídico.

Lo mismo ocurre con la desviación de poder: puede o no ser una tortuosa finalidad personal y subjetiva del agente que expresa la voluntad administrativa, un vicio estrictamente subjetivo de su voluntad, o puede ser un acto que, sean cuales fueren las reales intenciones del agente, resulta objetivamente en un apartamiento de las finalidades tenidas en cuenta por la ley al atribuir al órgano la facultad de dictar determinado acto.

Quizás por este motivo algunos prefieren clasificar a estos vicios como vicios de tipo objetivo, pero es ello no advertir, en primer lugar, que las clasificaciones son útiles o inútiles, no verdaderas o falsas, como explicamos en el cap. I del tomo 1. En segundo lugar, es de notar que aunque el vicio sea totalmente subjetivo, incluso en el caso del mismo dolo, su apreciación siempre requiere una prueba objetiva que lo demuestre, al menos por presunciones. Bajo ese enfoque probatorio, todos los vicios serían objetivos, porque siempre hace falta una prueba objetiva que permite inferir su existencia.

Pero ello es confundir la cuestión de la prueba del vicio con la cuestión de la verdadera intención del agente, que nunca se sabrá con valor de verdad como tampoco nunca se la sabe con valor de verdad en el ámbito del derecho penal o del derecho civil en general.

Se condena a alguien por un delito doloso, no por haber penetrado su psiquismo, sino porque las pruebas aportadas al juicio permiten concluir que es culpable más allá de toda duda razonable, lo cual no es exactamente certeza ni valor de verdad. En efecto, se interpreta que las normas que confieren una determinada facultad al administrador lo hacen para que el funcionario o el órgano satisfagan la finalidad expresa o implícita¹³⁴ del ordenamiento jurídico, no para realizar lo que a él la administración o el funcionario le plazca, con el fin que le plazca. El administrador tiene su competencia circunscripta a lo que las normas jurídicas le determinan, por lo cual la facultad que ellas le confieren está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad del sistema nor-

¹³³ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder,” *LL*, 2002-D, 1408: “la desviación de poder no tiene carácter subsidiario [...] no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad perseguida con su dictado.”

¹³⁴ Ampliar en LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 309.

mativo.¹³⁵ Cuando el administrador al emitir el acto se aparta de la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico, su conducta es por ello sólo antijurídica: no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de las normas sino con la finalidad prevista por ellas.¹³⁶

6.2. *Fundamento legal y antecedentes*

Así lo consagra el decreto-ley 19.549/72, al expresar en su art. 7º, inc. f), que no podrá el administrador “perseguir encubiertamente¹³⁷ otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.” Entre los antecedentes nacionales acerca de la aplicación de este principio,¹³⁸ cabe recordar el fallo de la vieja Sala en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional Federal de la Capital, en la causa *De la Torre, José Alejandro*,¹³⁹ en el que se dijo que las circunstancias del caso producían “el convencimiento de que, bajo la apariencia de una separación por la vía del art. 13 de la ley 14.794, se ha encubierto una verdadera cesantía,” lo que, unido a que tampoco como cesantía el acto sería legítimo, llevó a que se lo anulara. La CSJN siguió la misma orientación.¹⁴⁰ Los actos viciados se siguen repitiendo, pero la jurisprudencia se mantiene.¹⁴¹ Recientemente se ha puesto de moda ejercer una atribución normativa discutible en su base, con el aditamento adicional de emplearla con una finalidad pública en modo alguno prevista en el ordenamiento jurídico, como es el caso de los controles de precios y vías de hecho para presionar a los productores para vender por debajo del costo, a veces subsidiándolos, para contener el dato oficial de la inflación y evitar que aumente el pago de la deuda pública ajustada por índices; con lo cual hay un nuevo *default* de hecho.

¹³⁵ Confr. LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 81 y ss.; BIDART CAMPOS, “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 343, La Plata, 1961; FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1952, p. 110 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 405; BOSCH, *¿Tribunales judiciales...*, *op. cit.*, p. 150 y ss; MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 535 y ss.; CAIO TACITO, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 76, reproducido en *Temas de derecho público*, Río de Janeiro, Renovar, 1º vol., 1997, p. 39.

¹³⁶ Ver los autores citados en la nota anterior y también CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Do desvio de poder*, San Pablo, 1964, p. 125, § 3.

¹³⁷ Claro está, mucho menos puede hacerlo desembozadamente.

¹³⁸ El vicio de desviación de poder lo construye en Francia el Consejo de Estado: LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11 ed., París, Dalloz, 1996, p. 26; SÁNCHEZ ISAC, JAIME, *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Madrid, Map, 1973.

¹³⁹ LL, 105: 713, año 1961, también publicado en la RAP, 2: 96-7, Buenos Aires, 1961, con nuestra nota, que recuerda MARIENHOFF, *op. loc. cit.* Ha dicho en un caso la CSJN que “los elementos de convicción arrimados al proceso [...] no modifican la conclusión del *a quo* en el sentido de que no existió una [...] declaración de prescindibilidad y sí, por el contrario indebido ejercicio de las facultades de la ley 17.287 con una evidente finalidad disciplinaria.” Fallos, 284: 183, 188, *Plaza de Imérito*, 1972. En igual sentido *Abancéns*, Cám. Fed. Cap., Sala CA, LL, 113: 479, año 1963.

¹⁴⁰ Fallos, 284: 183, *Plaza de Imérito*, 1972; 278: 49, *Onaíndia*.

¹⁴¹ *Turri*, 1ª instancia firme; CNFed. CA, Sala V, ED, 29-VIII-2000; Sala I, *Juárez*, 6-X-1998.

La PTN ha dicho frecuentemente que “es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquéllas y se tomó a la ley como medio para consumir la arbitrariedad.” “El carácter legal de una atribución, de una facultad y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si hay *subtractum* de arbitrariedad [...], desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.”¹⁴²

La CSJN en un reiterado *obiter dictum* afirma que los actos dictados en virtud del estado de sitio serán inválidos “cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los *fines* del art. 23. Tal lo que sucedería, p. ej., si hoy y con invocación de la ley 14.785 se impidiera a un extranjero el ejercicio del derecho a testar o casarse conforme a las leyes, reconocido por el art. 20 de la Constitución Nacional.”¹⁴³

Sin embargo, los casos que han merecido reproche jurisdiccional sumaban muchas veces otros vicios que suelen acompañar a la desviación de poder¹⁴⁴ y en el caso de las más recientes violaciones y vías de hecho no se han producido planteamientos judiciales que se conozcan en tiempo oportuno contra esos avances del poder administrador, p.ej. en materia de precios “sugeridos” por papel sin membrete ni firma, que los particulares no cuestionan como las vías de hecho administrativas que son. Una vez más es la sociedad misma, en el caso a través de sus dirigentes empresarios, la que falla primero, al no dar el ejemplo de luchar por la vigencia de sus derechos conforme al ordenamiento jurídico, sino contentarse con pelear por subsidios, compensaciones u otras formas indirectas de reparación que les parecen más eficaces aunque sean muchísimo menos justas. En el caso puntual tienen razón, pero el sistema que así constituyen a fortalecer es el que permite que estas cosas ocurran. Es un círculo vicioso alimentado por quienes resultan perjudicados por el acto ilegítimo.

6.3. Casos de desviación de poder

El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad¹⁴⁵ del acto, encuentra teóricamente aplicación en al menos tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.¹⁴⁶

6.3.1. El funcionario actúa con una finalidad personal. Se trata de las hipótesis en que actuara con un fin de persecución u hostigamiento al enemigo

¹⁴² PTN, *Dictámenes*, 51: 91; 64: 114.

¹⁴³ CSJN, *Fallos*, 243: 504, *Sofía*, 1959. La bastardilla es nuestra. La ley 14.785 citada en el fallo había declarado el estado de sitio en el país.

¹⁴⁴ Ver *supra*, § 4.1, “La garantía de defensa. El sumario previo” e *infra*, cap. XI, § 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

¹⁴⁵ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 426. En cambio GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 10ª ed., p. 436, se pronuncia por la anulabilidad.

¹⁴⁶ Para otros aspectos, ver DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. I, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., § 719 a 732, pp. 579-84; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, 9ª ed., París, 1963, p. 444 y ss.

o meramente adversario político, venganza, pura y simple maldad,¹⁴⁷ lucro, etc.

En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado en la voluntad, o algunos dicen en la moralidad, al contravenir la finalidad prevista explícita o implícitamente en la norma.¹⁴⁸ Aquí se ve, según la doctrina generalizada, una aplicación más del principio de legalidad que permite la concreción del estado de derecho pues gobierna la ley y no los hombres.¹⁴⁹

6.3.2. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros.*¹⁵⁰ Ello ocurre cuando, también aquí sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros: “para mis amigos la justicia, para mis enemigos la ley.” P. ej., si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública, contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc. Peor aún si a todo ello se suma el vicio político de nepotismo nombrando o contratando a sus familiares. En este supuesto ya estamos entrando en el ámbito de la CICC,¹⁵¹ con eventual carácter *erga omnes* como derecho de gentes sometido a jurisdicción extranjera.

¹⁴⁷La maldad, la perversidad, el tortuoso y enfermo deseo de perjudicar a otro, de hacer el mal por el puro placer de infligir daño, tiene en lo desviado estrecho parentesco con las agravantes penales en delitos mayores: la alevosía, el sadismo, la premeditación. Por supuesto, es uno de los enigmas tan complejos como lo es su opuesto, el espíritu que trata de ser guiado por lo bueno, lo noble, lo bello. El funcionario no está puesto por la ley para satisfacer los desviados y enfermos vericuetos que puedan anidar en su alma, sino para obrar sana, recta, lealmente, como ya lo hemos visto bajo otra faceta en el § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.”

¹⁴⁸Ya hemos explicado al comienzo de este capítulo que los vicios se aprecian fundamentalmente de modo objetivo, no subjetivo, criterio que sustentamos ininterrumpidamente desde la primera edición de 1963; Supremo Tribunal español: “no se exige un claro deseo premeditado [del funcionario], bastando un resultado que se aparte de los fines propios de los actos o disposiciones que puedan implicar *objetivamente* la desviación de poder,” 26-V-1995. Comp. SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 169.

¹⁴⁹Con criterio general, es lo afirmado por LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 113. En igual sentido BOTASSI, CARLOS ALFREDO, “Legalidad y control judicial de la administración pública en la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 1987-B, 1118, nota 3, p. 1119. Sin embargo, cabe formularse algunas dudas al respecto. Nos remitimos para ello a NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 6, “¿Cuál «legalidad»? ¿Cuál «realidad?»” pp. 78-80.

¹⁵⁰Se puede subsumir en el anterior: SCJ Mendoza, *Guarnieri*, *JA*, 1977-III, 143, cons. 7°.

¹⁵¹PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Constitución y economía*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 82. Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, reproducido con modificaciones en “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV, 1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10;

También hay desviación de poder cuando se expropia un bien a una persona para dárselo a otra, en el ejemplo más clásico. Ocurre igual si la expropiación para incorporar un bien al dominio público como camino se hace para posibilitar el acceso directo de una finca particular *muuy* determinada a una ruta asfaltada.¹⁵² No son pocos los caminos rurales que toman inexplicables *détours*.

En ocasiones el acto tiene al mismo tiempo vicios objetivos y desviación de poder, p. ej. el decreto de necesidad y urgencia n° 260/97, que invadiendo competencia legislativa pretendió llevar alivio a un sector de la comunidad (transportistas urbanos), postergando el derecho de las víctimas de accidentes a cobrar la indemnización. La inconstitucionalidad es así múltiple, manifiesta e insanable.¹⁵³

6.3.3. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración o al bien común.*¹⁵⁴ Este es un caso bastante común y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu estatista¹⁵⁵ o de autopreservación, pretende ejercer el poder en indebido beneficio de la administración, del gobierno o del Estado; hasta de la sociedad.

Puede pues incluso haber desviación de poder con respetables fines públicos, pero distintos de los contemplados por el ordenamiento jurídico.¹⁵⁶ Un ejemplo es pretender beneficiar el interés de un grupo social determinado, que si bien puede ser calificado como colectivo no puede serlo como interés general de la comunidad, máxime cuando se pretende que el peso de la crisis de un sector empresarial sea soportado por las víctimas de su negligente accionar.¹⁵⁷

En otra variante, trata de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las normas administrativas, sino para obtener fondos para el presupuesto público; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; no actualiza las sumas de las bases impositivas para producir un aumento de hecho de la carga tributaria, etc.

Es también frecuente el uso de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios; p. ej. suprimir un cargo para en verdad dejar cesante al funcionario, y luego crear nuevamente el mismo cargo u otro equivalente; disponer un traslado no por cuestiones de organización administrativa sino como sanción disciplinaria encubierta,¹⁵⁸ o

¹⁵² CCivil y Com. Pergamino, *Picamp S.A. c. Municipalidad de Pergamino, LLBA*, 2000: 636.

¹⁵³ CSJN, *Risolía de Ocampo, LL*, 2000-D, 591; *DJ*, 2000-2, 1230.

¹⁵⁴ O a un interés general o público distinto del previsto por la ley: RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, Dalloz, 1962, 2ª ed., p. 223; mantiene el criterio en posteriores ediciones; AUBY, JEAN M. y DRAGO, ROLAND, *Traité de contentieux administratif*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 84.

¹⁵⁵ O partidario, etc.

¹⁵⁶ FLOGAÏTIS, *Administrative Law...*, *op. cit.*, p. 194, nota 53, recuerda el precedente inglés de un consejo municipal autorizado a expropiar para construir calles, pero no para realizar un emprendimiento inmobiliario.

¹⁵⁷ CNCiv., Sala A, *Gutiérrez Cortez de Pérez*, 1998, *LL*, 2000-A, 574, 42.352.S.

¹⁵⁸ CNFed. CA, Sala IV, *Ambros, LL*, 1995-B, 219 y casos citados *supra*, notas 139 a 141.

una prescindibilidad.¹⁵⁹ Es un supuesto que también se presenta en la escuela secundaria, cuando se utilizan desviadamente facultades de calificación para excluir un alumno que se entiende merece sanción expulsiva.¹⁶⁰ En todos aquellos casos referidos más arriba¹⁶¹ es posible también, en algunas ocasiones, encontrar la voluntad deliberada de engañar al individuo¹⁶² no aplicándole el procedimiento debido. Con todo, si se suprime una materia en un programa de estudios, el lector suspicaz puede en algún caso aventurar hipótesis, pero el juez no anulará.

6.4. Aspectos probatorios

Una de las principales dificultades que presenta la desviación de poder es la probatoria, pues a veces hay una desviación existente pero que no puede acreditarse.¹⁶³

Pero no debe pensarse que esta dificultad sea insalvable: requiere ingenio y habilidad. En efecto, muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de la prevista por las normas deja rastros de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria¹⁶⁴ y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria, de favoritismo, intereses o finalidades públicas no previstas ni autorizadas por la ley, etc. Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, incluso no hallándose en el ejercicio o en ocasión de funciones públicas, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder.

Además este vicio suele presentarse acompañado de otros que lo descubren y potencian. Así, deficiente sustento fáctico; insuficiente, inexistente o falsa motivación, falta de audiencia previa, desviación de procedimiento, fecha falsa, etc.¹⁶⁵ De tal modo, son muchos los indicios que pueden llevar al ánimo del juzgador la

¹⁵⁹ Ver *supra*, § 6.2, “Fundamento legal y antecedentes.” Es éste un clásico del derecho administrativo. En el caso *Richard*, de 1948, el Consejo de Estado de Francia anuló una decisión que pasaba a retiro a un funcionario invocando una norma general que lo autoriza discrecionalmente si los agentes tienen más de quince años de actividad, cuando en realidad la intención era utilizar una norma que facultaba a castigar los empleados públicos colaboracionistas durante la ocupación: HOSTIOU, *op. cit.*, p. 318.

¹⁶⁰ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 319, caso *Brunne*, 1968, para una *grande école*.

¹⁶¹ No, por supuesto, en los relativos a la disciplina escolar que acabamos de comentar.

¹⁶² HOSTIOU, *op. cit.*, p. 321.

¹⁶³ En igual sentido TAWIL, GUIDO S., “La desviación de poder: ¿noción en crisis?”, *LL*, 1989-E, 831, admite también que resulta admisible todo tipo de prueba, incluso presunciones fuertes o indicios serios, conforme a la doctrina clásica que explicamos.

¹⁶⁴ RIVERO, *op. cit.*, p. 224; como dice LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 268, pp. 309-10, “La existencia de desviación de poder se determina [...] por una indagación de los motivos psicológicos o subjetivos del autor del acto, que se exterioricen según las reglas de la prueba. Así, se recurre a la exteriorización que aparece en los considerandos, en las constancias anteriores al acto, que obran en el expediente, en actos similares anteriores respecto del mismo particular afectado, en la inexistencia o nimiedad de los hechos invocados por el agente y acaso previstos con excesiva latitud por la norma como circunstancia del caso operativa y otros elementos de juicio.”

¹⁶⁵ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 316, notas 67 y 68; *supra*, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios.”

convicción de que ha existido desviación de poder. Queda a la agudeza a desplegar por la actividad probatoria de las partes lograr la demostración.¹⁶⁶

7. Arbitrariedad

La arbitrariedad como vicio (o la exigencia de la razonabilidad para que un acto sea jurídico) es un principio aplicable a todos los actos del Estado, *v. gr.* las sentencias judiciales,¹⁶⁷ pero muy especialmente a los actos administrativos.¹⁶⁸

Los actos son arbitrarios y con ello constitucionalmente nulos por violación de la garantía de razonabilidad, entre otros casos, cuando:

a) deciden cosas no sometidas a decisión u omiten resolver otras expresamente planteadas,

b) prescinden de los hechos probados, se fundan en hechos no probados,¹⁶⁹ aprecian mal o ni siquiera ven los hechos, toman determinaciones no proporcionadas o no adecuadas a tales hechos, se apartan de una única solución justa cuando ella existe, etc.

c) prescinden de fundar seria y suficientemente en derecho la decisión adoptada, etc.¹⁷⁰

Si ninguno de estos supuestos se da, cabe desechar este aspecto de la arbitrariedad.¹⁷¹ La Corte Suprema señala que esos principios son de índole constitucional y forman parte de la garantía de la defensa en juicio; y puesto que la garantía de la defensa en juicio es aplicable enteramente al procedimiento administrativo, se sigue que corresponde extender esos principios al acto administrativo. Por lo demás es sabido que también las leyes deben ser razonables para ser constitucionales; y dado que es una “ley *razonable* [...] lo que debe servir de

¹⁶⁶ Es necesario trabajar sobre los hechos (*supra*, t. 1, cap. I) y la prueba (t. 2, cap. I). Pero debe atenderse también a los medios de producción de la prueba, que pueden ser, y frecuentemente necesitan ser, privados. Lo explicamos *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., 2006.

¹⁶⁷ El principio de la razonabilidad es primigeniamente aplicable a las leyes, pero interesa también lo referente a las sentencias, por su similar naturaleza formal—acto concreto de creación o aplicación del derecho: *supra*, t. 1, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.” Ver nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. II y V, entre otros; *infra*, nota 240.

¹⁶⁸ Existen tan numerosos pronunciamientos como para hacer casi ociosa su cita. Mientras que algunos, con todo, mantienen la muletilla de que la arbitrariedad sea manifiesta, CSJN, *D’Argenio*, LL, 1986-D, 123, año 1986, no es una constante: CSJN, *Fadlala de Ferreyra*, 1984, *Fallos*, 306: 126; ED, 108: 460; SC Buenos Aires, *P. de Q., M. S. c. Municipalidad de Morón*, 1999, LL, 2000-A, 110, 120-1, con cita de CSJN, *Ferrer*, 1986, LL, 1987-A, 569, DJ, 987-I, 1370: “el control de su legitimidad, que no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades.”

¹⁶⁹ CSJN, *Cabrera*, *Fallos*, 305: 1937, año 1983, cons. 6º, si “la afirmación respectiva [está] privada de respaldo en pruebas obrantes en la causa,” es “insuficiente para acordar legitimidad al acto administrativo ejercido en virtud de una facultad reglada;” *Verrocchi*, *Fallos*, 322: 1726, año 1999.

¹⁷⁰ La obra clásica es CARRÍO, GENARO, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, que cabe comparar con la restricción producida a partir de 2007.

¹⁷¹ SCJ Mendoza, *Guarnieri*, JA, 1977-III, 143, cons. 6º, año 1977.

fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la Administración,¹⁷² se concluye también que el acto administrativo está igualmente sometido a través de la ley que ejecuta al principio supremo de la razonabilidad.¹⁷³

En el caso *Reyes*, del año 1959,¹⁷⁴ la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en efecto que “sin necesidad de norma expresa y con arreglo a los principios que fundan el considerando 1º de esta sentencia¹⁷⁵ los jueces intervinientes, poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, *si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio*. La mera existencia de *esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo*.”¹⁷⁶

Esa doctrina fue reiterada en el caso *Aldamiz*, del año 1960,¹⁷⁷ en el que se afirmó que “no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados. A la autoridad administrativa le es dado rechazar la prueba que surge del dicho de los testigos propuestos, pero esta facultad sólo debe ser ejercida, sin caer en arbitrariedad, expresando razones concretas que fundamenten su apreciación.”¹⁷⁸ El Procurador General de la Nación, por su parte, expresó en el último caso citado que si bien el órgano puede apreciar los hechos, ello “no significa, en modo alguno, que el ejercicio de esta facultad pueda quedar exento del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa, aún la discrecional, para producir efectos jurídicos válidos.” “Lo contrario, significaría equiparar discrecionalidad con arbitrariedad, lo cual no es admisible.”¹⁷⁹

El principio consagrado por la Corte en su aplicación tiene recepción normativa; el decreto-ley que regula ya admite su procedencia contra el acto “arbitrario;” el art. 45 del Código Civil expresa que las decisiones en materia de otorgamiento

¹⁷² LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 114. LINARES es el principal orientador de la aplicación del principio de la razonabilidad al acto administrativo, a partir de su obra “*El debido proceso*” como garantía innominada en la *Constitución argentina*, Buenos Aires, Kraft, 1944; luego *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, 2ª ed.

¹⁷³ En otro aspecto, LINARES funda también el principio de la razonabilidad del acto administrativo en el mismo criterio por él dado para la desviación de poder: que la competencia es conferida al órgano sólo para que la ejerza de acuerdo a un principio rector de razonabilidad: *Poder discrecional administrativo*, op. cit., p. 42 y ss., 115 y ss., 129 y ss. En sentido similar, FIORINI, BARTOLOMÉ A., *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 28: “ser justo en el derecho es aplicar la norma jurídica con juicio razonable.”

¹⁷⁴ *Fallos*, 244: 548, *López de Reyes*, año 1959.

¹⁷⁵ La “denegatoria del recurso del art. 14 de la ley 14.236 no es acertada, si el procedimiento administrativo seguido es objetable por vulnerar la garantía de la defensa. Ello ocurre cuando de las constancias de la causa aparece *prima facie*, como en el caso, que las pretensiones de la recurrente no son arbitrarias.”

¹⁷⁶ *Fallos*, 244: 554, *López de Reyes*. La bastardilla es nuestra.

¹⁷⁷ *Fallos*, 248: 625, *Aldamiz*, 1960.

¹⁷⁸ *Fallos*, 248: 627.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 625.

de personalidad jurídica son “revocables judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o *arbitrariedad*.” El decreto-ley 19.549/72 consagra el principio en su art. 7º, inc. *f*), al establecer la necesaria proporcionalidad que debe guardar el acto con el fin de la ley. El principio tiene hoy carácter supranacional.¹⁸⁰

8. *Distintos casos de arbitrariedad*

Ya enunciamos a la arbitrariedad dentro de los vicios del objeto: actos contradictorios, desproporcionados, absurdos o ilógicos. Ahora nos referimos a la arbitrariedad dentro de los vicios de la voluntad: se trata de un vicio de tipo subjetivo, en atención a que el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su sola voluntad, en su capricho o veleidad personal.¹⁸¹ Por más que el funcionario tenga en ciertos casos un margen de discrecionalidad, ello no significa que pueda actuar caprichosamente o arbitrariamente:¹⁸² debe pues decidir las cuestiones propuestas, atenerse a los hechos acreditados en las actuaciones, no fundarse en pruebas inexistentes ni desconocer las existentes, tener una fundamentación normativa seria, no estar motivado en forma ilógica, etc. Pero si bien el vicio es de tipo subjetivo —en cuanto el agente actúa por veleidad personal, por capricho— su apreciación es definitivamente objetiva, pues surge de que el funcionario se aparta de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho. Se aparta de la razón objetiva, de los hechos comprobados, no expresa fundamentos serios que expliciten adecuadamente los motivos concretos de la decisión, etc.

8.1. *Actos que omiten decidir*

El primer caso a analizar es aquel que se produce cuando el acto no resuelve puntos comprendidos en el expediente, oportunamente propuestos por el recurrente o interesado y que eran conducentes a la solución del caso.¹⁸³ Sabido es que el individuo tiene el derecho constitucional, por aplicación del criterio jurisprudencial respecto a las sentencias arbitrarias, a obtener una “consideración explícita”¹⁸⁴ de lo aducido y, por lo tanto, el acto administrativo que no cumpla con este requisito de adecuada motivación será en nuestro concepto nulo de nulidad absoluta e insanable. Esto ha sido consagrado en el decreto-ley 19549/72, cuyo art. 1º, inc. *f*) ap. 3º), según el cual los particulares tienen derecho a que “El acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las

¹⁸⁰ *Supra*, t. 1, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.”

¹⁸¹ La CSJN descalifica por arbitrarios los actos que se dictan “sin más base que la afirmación dogmática de quienes los suscriben,” *Fallos*: 298: 317; 306: 1850; entre muchos otros.

¹⁸² FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2005, p. 101. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, p. 106.

¹⁸³ *Fallos*, 233: 213; 234: 307; 239: 320; 241: 405; 247: 111 y 560, etc.

¹⁸⁴ *Fallos*, 241: 405, *Acosta*, 1958.

cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.” Así, la Corte Suprema ha invocado los vicios en la motivación como fundamento de la ilegitimidad de una circular dictada en un procedimiento de selección.¹⁸⁵

Por aplicación del art. 14 inc. b) la transgresión a esta norma da lugar a la nulidad del acto. Sin embargo no faltan los fallos que lo consideran, lo mismo que la indefensión previa, un vicio subsanable con la debida intervención y debate jurisdiccional. Ello, por supuesto, viola en primer lugar el texto expreso del decreto-ley que establece la nulidad absoluta, ergo insanable, para este tipo de violaciones fundamentales al ordenamiento.

Pero hay algo más grave aún que no aplicar el derecho y es que este efecto pretendidamente saneador de la ulterior discusión judicial tiene un efecto perverso. En efecto, de hecho y contra derecho permite de tal modo, a quien tiene poder, *abusar más de él: continuar dictando impunemente actos sin audiencia ni motivación.*

Pues resulta harto obvio que sólo una parte minúscula de los actos administrativos así viciados alcanzan el saneamiento judicial. El resto, de este modo y gracias a esa jurisprudencia, continúan en plena vigencia no obstante su violación frontal de garantías legales y constitucionales. Esta omisión de decidir puede presentarse a veces también como un vicio en el objeto del acto, pero más habitualmente ella surge de la motivación del mismo y se vincula entonces directamente a los vicios de la voluntad que aquí tratamos. En otra terminología, nada impide considerarlo una violación de las formalidades esenciales del acto administrativo, siempre que se entienda que no por ello habrá de variar la consecuencia de nulidad total y absoluta con que el acto debe ser sancionado conforme al ordenamiento. Por ello, si bien no será indispensable un análisis de cada uno de los argumentos del interesado, sino sólo de los principales, ese análisis debe ser explícito, razonado y suficiente. *A fortiori*, la total ausencia de análisis de la argumentación del individuo, vicia de nulidad al acto, pues allí la arbitrariedad es en este aspecto total.

8.2. Decisiones que prescinden de los hechos

Algo parecido ocurre con los actos que prescinden de los hechos del caso, o de efectuar su motivación o fundamentación en los hechos del caso. Cuando el acto desconoce hechos acreditados en el expediente, o se funda en hechos o pruebas inexistentes,¹⁸⁶ o carece de todos modos de una situación de hecho que los

¹⁸⁵ CSJN, *Cadipsa S.A.*, año 2000, *Fallos*, 323: 1146; *ED*, 28-VII-2000.

¹⁸⁶ *Fallos*, 235: 654, *Lombardi*, 1956; *Lischin*, *JA*, 1962-II, 273, año 1957, con nota de JULIO DASSEN, “Algunas consideraciones sobre la sentencia arbitraria,” *Torraba*, *Fallos*, 239: 35 (1957); *Lischin*, 239: 445; *Storaschenko*, 236: 27, año 1956; BIELSA, *Estudios de derecho público*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1951, 2ª ed., p. 539; PTN, *Dictámenes*, 86: 337 (un informe “lacónico” no da suficiente base de hecho para el dictado del acto), 93: 41; 92: 34; 102: 226. Ver MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 526; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 409.

justifique,¹⁸⁷ o de la necesaria explicitación o fundamentación de cuáles son esos hechos,¹⁸⁸ o invoca hechos que son absurdos o irrelevantes, etc.¹⁸⁹ La existencia de hechos que objetivamente justifiquen el dictado de un acto es pues fundamental. Esos hechos deben además estar probados en el expediente y no suponerse o imaginarse arbitrariamente. Fundarse en ellos no debe tampoco importar el desconocimiento de otros hechos u otras pruebas en sentido contrario que también obren o puedan obrar en las actuaciones.¹⁹⁰

Este principio era aplicable al acto administrativo antes de que se dictara el decreto-ley, por la índole constitucional de la prohibición de obrar arbitrariamente; el decreto-ley lo consagra nuevamente, esta vez a nivel legislativo, pero incurre en el disvalor, a nuestro juicio, de encuadrarlo dentro de la tradicional teoría civilista de la causa.¹⁹¹ Dice en efecto el art. 7º, inc. b) que el acto “deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa;” el art. 14 inc. a) sanciona con la nulidad “absoluta e insanable” a los actos en que “se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos” y en el inc. b) a los actos en que hubiere “falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado.” Como prueba adicional de esa imprecisión conceptual baste advertir que la primera mención a los “hechos o antecedentes inexistentes o falsos” se la encuadra junto con el vicio de dolo ya que la norma completa se lee “*dolo*, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos;” mención que implica una superposición de vicios que el intérprete debe desentrañar. En suma, sea por el inc. a) o el b) del art. 14, o por el mismo inc. b) del art. 7º y tanto si se elige la denominación de falta de causa o falsa causa, o si se opta por llamarlo dolo como el inc. a) del art. 14; o, por fin, si se elige una denominación acorde con las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico,

¹⁸⁷ En esta hipótesis PTN, *Dictámenes*, 51: 91, en que se declaró nulo un acto de disminución del sueldo de un empleado público dictado sin situación de hecho alguna que lo justificara, p. ej., razones económicas o disciplinarias.

¹⁸⁸ Lo cual equivale, en acertados pronunciamientos, a carencia “de causa puesto que no constan sus fundamentos,” “no se conocen las concretas razones por las cuales” se dicta el acto: CNFed. CA, Sala I, *Castro, LL*, 2000-B, 305, 310, año 1999.

¹⁸⁹ CNFed. CA, Sala IV, *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98, cons. 6/ 7; *infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.” En el caso la administración confecciona un formulario que manda llenar con los datos que ella misma requiere, pero después decide archivar la petición *porque en el cuerpo del escrito con el cual se acompaña el formulario no se repiten los datos del formulario*. Un verdadero absurdo, del cual sólo la administración en el mundo del “realismo mágico” podría ser autora.

¹⁹⁰ Ver MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 526; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 409; PTN, *Dictámenes*, 93: 41; 92: 34; 102: 226.

¹⁹¹ Teoría esa que ha superado hace ya tiempo la teoría general del derecho; sin embargo existen discusiones, en algunos autores, sobre la causa en el derecho administrativo: COMADIRA, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento,” nota a CSJN, *OCA S.A. c. SIDE, ED*, 177: 749, año 1998; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pp. 75-6. En todo caso, independientemente de la denominación, la falta de causa o sustento fáctico determina la nulidad del acto: CSJN, *Solá, ED*, 178: 224, año 1997, con nota de CASSAGNE: “Una sentencia trascendente de la Corte Suprema que declara la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo,” *ED*, 178: 687.

es clara la consagración de la necesidad de que todo acto administrativo tenga hechos que lo precedan y justifiquen razonablemente. Si se funda en hechos no acreditados en las actuaciones o desconociendo hechos probados o de público conocimiento, es nulo. Se comprenden aquí los casos en que el administrador actúa sin que exista situación objetiva alguna que justifique la decisión; o sea, cuando prescinde de que nada en la realidad sustenta razonablemente su decisión, trátase de facultad reglada o discrecional. Quedan así englobados dentro del concepto de arbitrariedad en lo que hace al desconocimiento de los hechos reales, las hipótesis que la doctrina del derecho administrativo menciona como: a) ausencia de causa, b) ausencia de motivos, c) falsa causa y similares.¹⁹²

1º) Ausencia de causa: Se produce cuando no hay una situación objetiva de hecho que sustente el acto.¹⁹³ Conviene advertir *ab initio* que no se trata de que deba existir alguna norma que establezca reglamentariamente cuáles son los supuestos en que debe dictarse un acto; lo diga o no, por imperio constitucional *siempre* debe existir un sustento fáctico suficiente y adecuado de la decisión que se adopta, para no caer en la irracionalidad absoluta. Aunque el ordenamiento no exija puntualmente alguna situación de hecho como requisito previo de un acto,¹⁹⁴ no por ello desaparece la necesidad de que ella exista: siempre debe haber algún sustento fáctico de la decisión que se adopta. Si el acto se funda en una aserción dogmática carente de sustento, es inconstitucional.¹⁹⁵ Y más aún, como explica la doctrina española, puede darse el caso de que los hechos lleven a una hipótesis de discrecionalidad cero, que lleva a la sustitución del acto si la administración no ha actuado en tal supuesto conforme a tales hechos. En ese sentido también cabe recordar el excelente caso en que la Cámara Federal de Mar del Plata encontró acertadamente dicha hipótesis y ordenó designar un profesor que había ganado un concurso, luego anulado por la Universidad.¹⁹⁶

Son casos en que los hechos, a criterio del tribunal, imponen o determinan una única solución justa, que es entonces la que el tribunal ordena a la administración, sustituyendo la voluntad administrativa.¹⁹⁷

¹⁹² Siempre teniendo presente que ya no es admisible invocar la teoría de la causa.

¹⁹³ HARIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, 12ª ed., p. 435.

¹⁹⁴ Haya o no facultad reglada, debe haber sustento fáctico suficiente: t. 1, cap. X, § 10, "Introducción" y ss. No debe cometerse el antiguo error de remitir toda distinción y toda fundamentación al origen reglado o discrecional de la potestad ejercida en una parte del acto.

¹⁹⁵ Conf. CSJN, *Trueba, DJ*, 2000-2, 723: se encuadró como autónomos, para una mejor recaudación fiscal, a los trabajadores embarcados.

¹⁹⁶ CFed. Mar del Plata, *Cipriano, LL*, 1999-A, 395, con nota "Control de razonabilidad," *LL*, 1998-F, 356; *infra*, cap. XII, § 12, "Sustitución y reforma." Ver *supra*, "Introducción" y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998; *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; *infra*, § 8.4, "Actos ilógicamente motivados," *in fine*.

¹⁹⁷ Un caso análogo al citado en la nota 196, aunque fundado en la inaplicabilidad retroactiva de normas generales a situaciones particulares configuradas, pero aún no reconocidas, al amparo de la norma anterior: CSJN, 296: 723, *de Martín*, 1976; recordado, con igual solución, en CNFed. CA, Sala III, *Gaubeca, LL*, 1997-B, 384, con nota de BURICCA DE DITLOFF, "Interesante fallo sobre la discrecionalidad administrativa."

2º) Ausencia de motivos (*défaut de motif legal*), en cuanto hechos objetivos que fundamentan racionalmente la decisión, que la provocan o justifican, que son su razón de ser; en definitiva, se trata también de la ausencia de causa, en la antigua terminología civilista.

3º) Falsa causa, o sea cuando el agente administrativo expresa o implícitamente disfraza la inexistencia de la causa en el sentido de inexistencia de sustento fáctico del acto;¹⁹⁸ al igual que en el caso anterior, se prescinde de los hechos reales, para fundar la decisión en hechos falsos, o que carecen de relevancia para el caso. En estos supuestos es posible que exista asimismo desviación de poder, lo cual suma otra causal más de invalidez a la conducta de que se trata. Se produce así el fenómeno de repotenciación de los vicios, al que nos hemos referido en otros lugares.¹⁹⁹ Desgraciadamente, la mentira en los actos públicos ha tenido gran desarrollo entre nosotros, a veces bajo la apariencia de engañosas estadísticas, de modo que tan acostumbrados estamos a ellas que pueden llegar a no sorprendernos en un caso concreto y no advertir que no es sólo una mentira política más, sino una concreta ilegitimidad del acto administrativo o judicial. A veces la mentira del acto público, tanto legislativo como administrativo o judicial, corresponde a una simple negación de hechos públicos y notorios que pueden comprobarse con sólo la lectura de los diarios.

En conclusión, es un elemento de la legitimidad del acto administrativo, aquí denominado razonabilidad, que éste repose sobre una justificación que lo fundamente racionalmente.

Ello es así tanto si estamos ante facultades regladas como discrecionales. El acto es irrazonable y con ello insanablemente antijurídico cuando desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe. Se puede denominar a esto control de los hechos o motivos determinantes, o teoría de la causa;²⁰⁰ pero cualquiera sea la terminología, es unánime la conclusión de que el acto se encuentra viciado de nulidad. En nuestra elección terminológica es el requisito de la razonabilidad, tal como él ha sido aplicado por la Corte Suprema desde los precedentes mencionados, *Reyes y Aldamiz*.

8.3. La fundamentación normativa seria y su sustento fáctico

El decreto-ley 19.549/72 exige en el art. 7º, inc. e) que el acto “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto,

¹⁹⁸ VEDEL, *op. cit.*, p. 428 y ss.

¹⁹⁹ *Supra*, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios;” *infra*, cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros;” cap. XI, § 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

²⁰⁰ La filosofía del derecho desechó la causa por carente de base científica, pero son muchas las obras de derecho administrativo que persisten en su utilización, p. ej., BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, Civitas, p. 347. Ello lleva el tema a falta de claridad.

consignando, además, los recaudos indicados en el inc. b)” —que el acto debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable.—²⁰¹ Estamos así en presencia de la indispensable fundamentación suficiente, en cuanto explicación de los *hechos* y el *derecho* aplicable; una cosa es que el acto tenga hechos externos que lo sustenten y otra que los explique satisfactoriamente. *Ambos* son requisitos de validez.

La fundamentación o motivación, la explicación de cuáles son los hechos probados y cómo determinan, a juicio de quien resuelve, el contenido dispositivo que se le da al acto en el mismo instrumento, es para nosotros un recaudo inexcusable que el acto debe satisfacer.²⁰² La jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales es también uniforme en este punto.

En nada difiere este doble requisito del que se da para la validez de las sentencias judiciales. Ello tiene que ver con el respeto a los precedentes administrativos,²⁰³ que por la doctrina de los actos propios obliga a la necesaria congruencia en su comportamiento no solamente a los sujetos privados de derecho sino también, y más fundamentalmente, a todos los órganos públicos. Lo contrario es la autocontradicción, las contramarchas, *voltefaces*, que el derecho por doquier condena desde el viejo principio romano: *Venire contra factum proprium non valet*.

Lo mismo que con la motivación fáctica ocurre con la fundamentación *normativa*. El acto puede tener sustento en el ordenamiento jurídico en cuanto al objeto que decide, pero no explicitar en su motivación las razones por las cuales dicho objeto está en efecto en concordancia con el orden jurídico; ello constituye igualmente falta de fundamentación. La mera mención de normas jurídicas no establece su conexión con los hechos de la causa; eso debe demostrarlo el funcionario.

También puede explicitar, pero mal, el fundamento de derecho: a menos que se trate de minúsculos errores de cita errónea de normas, que sin embargo se explican y aplican correctamente, el defecto en la fundamentación legal también vicia el acto. De este modo, si la administración revoca una designación con fundamento en que la persona no tiene título profesional, el acto es nulo si la ley no exigía tal título. Habría allí una nulidad que puede fundamentarse de diversos modos, todos coincidentes: Sea arbitrariedad por error manifiesto de derecho, sea irrazonabilidad por conclusión inatinerente, sea vicio en la motivación.²⁰⁴

²⁰¹ Art. 7º, inc. b) del decreto-ley 19.549/72; Honduras, art. 25; Venezuela, arts. 9º y 18.5.

²⁰² Ampliar *infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

²⁰³ Hay quienes sostienen, a nuestro juicio con poco acierto jurídico y especialmente axiológico, que la administración puede apartarse de sus propios precedentes, por razones motivadas y justificadas de interés público: FERNANDO PABLO, MARCOS M., *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 205. La doctrina y jurisprudencia que estimamos correcta la hemos expuesto *supra*, cap. VIII, § 4.2, ap. g), p. VIII-9 y notas 46 y 47; § 4.4, “Precedentes. La doctrina de los actos propios.” Ver CAPUTI, CLAUDIA, “La coherencia del obrar administrativo,” *RDA*, 16: 879 a 907, LexisNexis, 2004.

²⁰⁴ CNFed. CA, Sala IV, *Russo, LL*, 1988-A, 96, año 1987.

Son arbitrarios los actos que prescinden de fundamentación normativa seria²⁰⁵ o cometen un inexcusable error de derecho.²⁰⁶ “La necesidad legal de fundar el acto administrativo no constituye una exigencia vacía de contenido, ya que el propósito de la norma [...] radica en garantizar el derecho de los administrados haciendo que sea factible conocer las razones que indujeron a emitir el acto.”²⁰⁷ “Ello es así por cuanto los principios republicanos imponen la obligación a la administración de dar cuenta de sus actos cumpliendo los recaudos exigidos para permitir que éstos puedan ser impugnados por quienes vean afectados sus derechos; y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad.” La fundamentación hace al Estado de derecho; es precondition de la defensa del interesado y de su control judicial;²⁰⁸ el acto inmotivado es irremediamente nulo, porque un acto basado en el mero capricho del funcionario es ilegítimo por arbitrario.²⁰⁹

Resultaría de lo que antecede que la ilegitimidad del acto en relación a este aspecto puede presentarse de cuatro maneras diferentes:

- a) Falta de sustento fáctico,
- b) falta de sustento jurídico,
- c) falta de explicitación suficiente del sustento fáctico,
- d) falta de explicitación suficiente del sustento jurídico.

El primer supuesto es la arbitrariedad que ya hemos comentado;²¹⁰ el segundo aspecto es la violación de la ley en el objeto, o violación de facultades regladas;²¹¹ el tercero es la insuficiencia de fundamentación en general;²¹² el cuarto, la insuficiencia de existencia tanto de motivo como de motivación en derecho, es el que comentamos específicamente aquí.

La razón del distinto tratamiento reside en que consideramos que se debe apreciar diversamente la importancia del requisito y consecuentemente de la transgresión. Más importante es la existencia tanto de motivo como de motivación

²⁰⁵ Ver YMAZ, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” *op. cit.*, p. 750. CARRIÓ, *op. loc. cit.*, clasifica así estos vicios: a) casos en que el juez prescinde conscientemente del orden jurídico y se basa en consideraciones extrajurídicas; b) decisiones apoyadas en afirmaciones dogmáticas carentes a su vez de fundamento; c) decisiones que sin dar razones plausibles, prescinden del texto de la ley; d) decisiones que aplican un texto derogado, e) decisiones que dan como fundamento preceptos o pautas de excesiva amplitud o remota lejanía en relación con el caso.

²⁰⁶ *Fallos*, 244: 523, *Jacobson c. Canaro*, año 1959.

²⁰⁷ CNFed. CA, Sala IV, *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98, cons. 8°, 2° y 3° párrafos y Sala III, 7/4/83, *Cas T.V. S.A. s/ Comité Federal de Radiofusión*.

²⁰⁸ Cám. Fed. Mendoza, Sala A, *Collado Cattani, LL*, 1997-D, 733, año 1996.

²⁰⁹ CNCiv, Sala I, 18/5/88, *Ramuni*, sostuvo que se requiere motivación y que de su cumplimiento depende que el individuo pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Hace por lo tanto a su garantía de defensa en juicio.

²¹⁰ Ver *supra*, § 8.2, “Decisiones que prescinden de los hechos.”

²¹¹ *Supra*, cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido” y § 5, “Objeto violatorio de facultades regladas.”

²¹² Ver *infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

suficiente en los hechos, que la motivación suficiente en derecho. Esta última es más fácilmente suplible por el intérprete o el destinatario del acto. Quizás es por ello que erróneamente se piensa que el defecto de motivación es subsanable, lo cual por cierto no lo es. En todo caso, el defecto de motivación de *los hechos* no es materialmente corregible, a nuestro modo de ver; a lo sumo se puede postular, equivocadamente con todo, que su explicitación jurídica *puede* serlo.

El control fundamental del acto, para evitar la entronización de la arbitrariedad como sistema, es el control *de los hechos* o motivos determinantes que llevan a la administración a dictarlo, lo cual requiere el sustento fáctico real y su adecuada explicitación en la expresión de tales motivos de hecho. Omitir ese doble control con el alcance de permitir su saneamiento ulterior es una grave lesión al Estado de Derecho.

Pensamos que no ocurre lo mismo con la carencia o insuficiencia de motivación *jurídica*: allí entendemos que debe tratarse de una carencia más o menos calificada para que invalide el acto. Entendemos aplicable la jurisprudencia en materia de sentencias arbitrarias, si el vicio consiste en falta de fundamentación *normativa* seria, aunque no la comisión de un total e inexcusable error de derecho. El simple error de derecho, por lo tanto, no constituye necesariamente arbitrariedad,²¹³ sin perjuicio de que la inadecuación del acto al ordenamiento debe ser igualmente penalizada con la invalidez, pero no ya por defecto de fundamentación sino por falta de adecuación objetiva al orden jurídico.

A su vez la pobreza extrema, generalidad o superficialidad de la argumentación jurídica, el recurso a los juicios apodícticos, abstractos y totalmente teóricos²¹⁴ que la motivación eventualmente contenga, constituyen ya hipótesis de insanable nulidad.

8.4. Actos ilógicamente motivados

Ya hemos indicado que el *objeto* del acto no puede ser absurdo ni contrario a las reglas de la lógica; lo mismo cabe decir de la *fundamentación* por la que se llega al dictado del acto. Un acto fundado en razonamientos falsos, es entonces un acto *arbitrario* y con ello nulo.²¹⁵ Normalmente los autores enuncian el principio indicado pero no lo desarrollan, suponiendo tal vez que por tratarse de principios lógicos no requieren mayor explicación; pensamos, sin embargo, que una somera referencia a los principales casos de razonamientos lógicamente falsos o inválidos

²¹³ *Fallos*, 237: 74, *Pérez Montenegro*, año 1957; 237: 142, *Zamboni*, año 1957 y otros.

²¹⁴ Es la mención de que se funda "en el interés público," tal como explicamos *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, pero llevada al paroxismo de no intentar siquiera demostrar *por qué* es ello así *en los hechos*.

²¹⁵ DE VALLES, ARNALDO, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 171; CAMMEO, *op cit.*, p. 606; OSSENBUHL, *op. cit.*, p. 71; HUBER, *op. cit.*, p. 731; LANDI, GUIDO y POTENZA GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1960, p. 265; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Manual de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 316-7; también pueden darse fallas lógicas en el objeto: *infra*, cap. XI, § 8, "Actos nulos y anulables."

es conveniente e incluso indispensable, por cuanto es muy frecuente su aparición en la práctica. Es lo que vamos a hacer en las páginas que siguen.

Desde este punto de vista, podemos entonces recordar la distinción que en lógica se efectúa tradicionalmente entre las falacias no formales y las falacias formales, a fin de indicar su aplicación en cuanto vicio de la fundamentación del acto administrativo.

8.4.1. *Falacias no formales*

Son razonamientos incorrectos que *aparentan* ser correctos, pero que resultan no serlo cuando se los analiza cuidadosamente.²¹⁶

8.4.1.1. *El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.*²¹⁷

La falacia fundamental de los autores y los operadores del derecho administrativo es recurrir a un argumento que se pretende dispensado de explicación o justificación, mucho menos sustento fáctico: Es como si fuera una advocación religiosa, mágica, exenta de contralor humano y por supuesto jurisdiccional, en que la única fuente es el voluntarismo del operador.

Ya hemos recordado la falacia que significa la frecuente invocación desnuda al interés público o al bien común como superiores al interés individual o el derecho individual, sin más argumento, razonamiento o explicación de naturaleza alguna.

Esa gruesa falacia equivale a decir que los funcionarios públicos siempre tienen razón, máxime en el caso concreto y que los particulares siempre estar equivocados y son lo opuesto al interés público que expresa la pura voluntad del agente público; o que los agentes del Estado siempre están movidos por el altruismo, la generosidad y el bienestar general y no por mezquinos motivos personales, en tanto que los particulares solamente tienen motivos mezquinos, inconfesables, egoístas, indignos de protección jurídica.

En realidad son a veces los que están trabajando en las bambalinas y pasillos del poder, ejercitando con asombrosos e invisibles hilos de marioneta potestades públicas, obteniendo beneficios ocultos del poder político, construyendo fortunas a su sombra, los que resultan maestros en la generación de actos administrativos disfrazados de interés público, bien común, buen orden de la comunidad, cualquier fórmula que se quiera elegir. Cada vez que veamos la invocación del interés público, haríamos bien en indagar a fondo los hechos del caso: Sólo la desconfianza es la reacción racional frente a quien invoca lo mágico e inexplicado como “explicación” de su conducta.

²¹⁶ COPI, IRVING M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1962, p. 59.

²¹⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, *op. cit.*, p. 1263.

8.4.1.2. *La falacia de conclusión inatinerente*²¹⁸

Es decir, obtener una conclusión que nada tiene que ver con el argumento que se utiliza: argumentar que el particular debe cumplir con todas sus obligaciones y que por lo tanto debe sancionárselo con una multa; en este ejemplo nadie discutirá la primera afirmación, pero de ella no se sigue la segunda. El ejemplo que damos puede parecer un poco primitivo, pero desgraciadamente el estilo administrativo suele incurrir en él.²¹⁹ Hay otro peor, negar la matriculación en un curso de profesorado de matemáticas y astronomía por no tener la estatura requerida:²²⁰ Como ya lo hemos señalado en su lugar, la conclusión inatinerente o absurda puede también contener discriminación²²¹ y desviación de poder.²²² Ahora bien, algunos casos de conclusión inatinerente y desviación de poder son más complejos. Una cosa suelen ser, p. ej., las soluciones a un problema que resultan del juego normativo desprovisto de connotación axiológica crítica. Allí la lógica puede ser suficiente. Otra muy distinta es considerar los efectos benéficos o perjudiciales que tienen, para la sociedad, una u otra solución. El primer análisis, valorativamente neutro, es propio de la dogmática jurídica. El segundo toma en cuenta los efectos para la sociedad, el mérito de la decisión y se aproxima por ello a la jurisprudencia de intereses.²²³ Un razonamiento expreso, formal y público, del segundo tipo, podría parecer irrazonable, inatinerente, desviado. Pero si el razonamiento no se explicita y queda oculto entre los vericuetos internos de la administración, ¿qué otra cosa puede hacerse, más que verificar que los hechos sean ciertos y las normas estén bien citadas?

8.4.1.3. *El argumento ad hominem*

Tal es si se dijera que el recurso por el cual un funcionario pide que le paguen sueldos atrasados debe ser desestimado, porque se sabe que el recurrente es un hombre que tiene malos antecedentes en la función. Tal razonamiento es falaz “porque el carácter personal de un hombre carece de importancia lógica para

²¹⁸ COPI, *op. cit.*, p. 60; CNCiv., Sala E, *Hernández, JA*, 1984-III, 596, 598-9, cons. 4º: Se había invocado como excusa para no presentar planos en término, que no se habían girado al organismo los fondos para la construcción de la obra. Es una forma menos evidente de ilogicidad *la contradicción* entre el objeto del acto y sus considerandos, que ya mencionamos al referirnos al objeto, *supra*, cap. VIII, § 8, “Irrazonabilidad.” Lo mismo se aplica, desde luego, a la contradicción en el objeto mismo, *supra*, cap. VIII, § 8.1, “La contradicción del acto.”

²¹⁹ Ver los ejemplos que da COPI, *op. cit.*, pp. 60-1. En el mismo sentido HEMPEL, CARL G. y OPPENHEIM, PAÚL, “La lógica de la explicación,” en Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, *Cuadernos de Epistemología*, n° 4, Buenos Aires, 1961, p. 4. Otros ejemplos en CNCiv., Sala E, *Hernández, JA*, 1984-III, 595, 598-9, § 4.

²²⁰ CSJN, *Fallos*, 306: 400, *Arenzón*, año 1984, cons. 5º, p. 406: “la estatura del actor [...] no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía.”

²²¹ *Supra*, cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido.”

²²² *Supra*, § 6, “Desviación de poder.”

²²³ Ver p. ej. CUETO RÚA, JULIO C., *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

determinar la verdad o falsedad de lo que dice o la corrección o incorrección de su argumento.”²²⁴ La administración incurre a veces en esta falacia, argumentando en contra de la procedencia de los recursos sobre la base de supuestas virtudes negativas de los recurrentes.

8.4.1.4. *Otras falacias no formales*

Del mismo modo, será ilegítimo todo acto que incurra en las demás falacias no formales del razonamiento:²²⁵ argumentos *ad baculum* (apelación a la fuerza),²²⁶ *ad populum* (apelando al asentimiento popular: “Es un recurso favorito del propagandista, el demagogo y el que pasa avisos”).²²⁷ En el mismo plano está el argumento por la ignorancia, *ad ignorantiam*.²²⁸

De todas estas falacias no formales en la irrazonabilidad del derecho administrativo usual, la más desembozada y frecuente es la invocación de la fuerza, el poder o la autoridad, el argumento *ad baculum*. Se invoca así, como si fundara algo, la autoridad de los autores,²²⁹ del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, de quien sea útil para dar color de razonamiento a lo que es más que la apelación a la fuerza propia, o reverencia a la ajena. Es la versión que en derecho encontramos de la reverencia irracional hacia el poder por el poder mismo, por serlo y tiene algún lejano emparentamiento con la desviación de poder de la cobardía, la sumisión al poderoso, el elixir del ejercicio del poder, etc. Sus defensores no se privan de sostener, a la inversa, que quien piensa lo contrario es un destructor

²²⁴ COPI, *op. cit.*, p. 63: “La manera en que puede persuadir a veces este razonamiento falaz es a través del proceso psicológico de la transferencia. Si puede provocarse una actitud de desaprobación hacia una persona, ella puede desbordar el campo estrictamente emocional y convertirse en desacuerdo con lo que esa persona dice. Pero esta conexión es sólo psicológica, no lógica. Aún el más perverso de los hombres puede a veces decir la verdad.”

²²⁵ Ampliar en COPI, *op. cit.*, pp. 62-70. Ver otros ejemplos en LÓPEZ RUIZ, MIGUEL, *Redacción Legislativa*, México, Senado de la República, 2002, pp. 45-6.

²²⁶ “Tengo razón porque soy el que manda;” “Tenemos razón porque somos la mayoría,” etc.

²²⁷ COPI, *op. cit.*, p. 68. De este corte son también, por lo general, los argumentos que invocan sin más detalle —apodícticamente— el interés público, la necesidad general, el interés de la colectividad, el bien común, etc. Ampliar *supra*, § 8.4.1.1, “El anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro;” *infra*, t. 2, cap. VI, § 5; conf. MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 468, p. 829; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, Buenos Aires, donde resume su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

²²⁸ El argumento por la ignorancia consiste en decir que algo no es cierto porque no se ha probado su verdad. Este argumento es válido, por excepción, en dos casos: a) cuando se trata de argumentar la *inocencia* de una persona: si no se prueba que es culpable, entonces está probado que es inocente, o mejor dicho, se supone que es inocente hasta que se pruebe lo contrario; b) cuando se han efectuado diligencias probatorias serias y técnicas y ellas dan un resultado negativo, puede también sostenerse que no se ha probado lo pretendido y debe por lo tanto rechazárselo. Sin embargo, en tanto esas diligencias probatorias serias no sean realizadas, constituiría un típico argumento *ad ignorantiam* rechazar una pretensión por falta de pruebas, pues la carga de la prueba le corresponde precisamente a la administración. Comparar COPI, *op. cit.*, pp. 65-6.

²²⁹ Los cuales también argumentan *ad baculum* cuando apelan al fundamento desnudo del bien común, el interés público, el interés superior del Estado, etc. Finalmente lo hacen las propias autoridades públicas. Es insuficiente: CSJN, *Fallos*, 322: 1726, *Verrocchi*, año 1999.

de las instituciones, un intelectual gramsciano (tomamos la frase de una disputa entre dos colegas y amigos, ambos intelectuales pero en los polos opuestos), o directamente un terrorista subversivo (concepto que sus creadores jamás pensaron les resultara aplicable a ellos mismos, partir de la convención contra el terrorismo y la toma de rehenes, discutida en el siempre citado *Regina v. Evans*).²³⁰ En versión más modesta, que se trata de la “jactancia de los intelectuales,” aplicada por algún político local a la duda como método. Sí, es posible que la racionalidad sea la jactancia de los verdaderos intelectuales, los que simplemente piensan y no meramente idolatran al poder o se fascinan o deliran al ejercerlo; en ese caso, más que una crítica, es un elogio.

Otro tipo de razonamiento frecuente en derecho administrativo, aunque muchas veces oculto o implícito, es el que toma en cuenta la bondad o conveniencia de los resultados de la norma o precedente que se crea. Obviamente, se trata de la fundamentación por la jurisprudencia de intereses, que a pesar de ser una opción utilizada por los juristas, no siempre es reconocida como alternativa filosófica válida. Si no reconocemos esta opción de filosofía jurídica, encontraremos que un tipo de razonamiento falso es así el que considera las consecuencias de la decisión como su verdadera fundamentación: “Si se hiciera lugar a esta reclamación, como hay muchos que están en la misma situación, entonces el Estado tendría que pagar mucho dinero; por ello, se resuelve que este reclamo es infundado.” Este tipo de argumento es frecuente en administradores y jueces, sin que se lo introduzca en la fundamentación explícita del acto, por lo que su contralor es difícil en la práctica. Su recurrencia es mayor en épocas de déficit fiscal permanente, como una forma de evitar su agravamiento ya que no se puede impedir su existencia.²³¹

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses sería no sólo válido sino también necesario analizar los intereses sociales en juego cuando las normas legales no fueren claras o no existieren y entonces adoptar la decisión que el órgano adoptaría si fuera legislador. Como dice MAIRAL,²³² “De esta manera se evita centrar la discusión en conceptos abstractos y se traen a luz los verdaderos argumentos que pueden inclinar al intérprete hacia una u otra solución.” Desde luego, una cosa es que el órgano manifieste “que no se siente ligado por el orden jurídico”²³³ y otra que ante evaluaciones legislativas contradictorias o inexistentes²³⁴ considere tales aspectos y les de solución. Que en este último caso el órgano fundamente su solución también en consideraciones utilitarias es sin duda correcto; lo peligroso sería que el funcionario público, en tren de hacer

²³⁰ Aquí publicado como *La Reina c. Evans, LL*, 1999-A, 432; ver también WILLIAM, SYLVIA MAUREEN, “El derecho británico y la inmunidad soberana,” *LL*, 1998-F, 1233.

²³¹ Su aplicación más notoria es en materia de responsabilidad del Estado, en materia previsional, tributaria, etc. Ver el cap. XX de nuestro t. 2.

²³² MAIRAL, *Licitación pública, op. cit.*, p. 86.

²³³ CARRIÓ, GENARO, *Recurso...*, *op. cit.*, 1967, pp. 148, 154 y ss., 160, 161.

²³⁴ HECK, citado por MAIRAL, *op. loc. cit.*

este tipo de análisis, generalmente se inclinara por la autoridad o el poder y no por el individuo o la libertad, con lo cual la introducción de razonamientos de esta índole tendrá siempre una cargazón a favor de uno de los términos de la relación y no servirá pues, normalmente, para realizar un fin superior de justicia. Con todo, nuestra jurisprudencia tiene considerado que es una hipótesis de arbitrariedad de la sentencia el caso en que al dictarla los jueces “se arrogaron el papel de legisladores sin sentirse limitados por el orden jurídico.”²³⁵ De todos modos, debe insistirse en que él también constituye un modo falaz de razonar, si con ese procedimiento se quiere dar el *principal* fundamento a un acto. Una cosa es que “si las controversias y decisiones *jurídicas acerca de cuestiones de la penumbra* han de ser racionales, su racionalidad tiene que sustentarse en algo distinto de una relación lógica con las premisas”²³⁶ y otra muy distinta llevar ese tipo de razonamiento a todo el derecho y a todo caso, transformándolo en una gran zona de penumbra en que pueda prescindirse de utilizar proposiciones lógicamente válidas.²³⁷

Aquel razonamiento ha sido atacado desde un punto de vista lógico por HEMPEL y OPPENHEIM en los siguientes términos:

“Otro aspecto que hace atractivas las consideraciones teleológicas lo constituye su carácter [...] La aplicación teleológica hace sentir que verdaderamente «comprendemos» el fenómeno en cuestión porque se lo explica en términos de propósitos, con los cuales estamos familiarizados por nuestra propia experiencia de comportamiento finalista. Pero es importante diferenciar aquí la comprensión en el sentido psicológico de una sensación de familiaridad [...] de la comprensión en el sentido teórico o cognoscitivo.” “Por lo demás, el grado en que una idea es considerada como familiar varía de una persona a otra y de una oportunidad a otra y un factor psicológico de este tipo no puede por cierto servir de canon para valorar una explicación propuesta. Queda, pues, como requisito decisivo para toda explicación sólida, el que subsuma el *explanandum* bajo reglas generales.”²³⁸

Por nuestra parte creemos que el razonamiento que utiliza la jurisprudencia de intereses no es en sí mismo falaz.²³⁹ Incluso reconocemos cuánto lo utilizamos.²⁴⁰ El problema está en cómo se lleva a la práctica, ya que el ejemplo más frecuente de este tipo de razonamiento es la constante afirmación de que el bien común o el interés público preceden o son superiores al interés individual o privado, lo

²³⁵ CARRIÓ, GENARO, *Recurso...*, op. cit., pp. 148, 154 y ss., 160 y ss.

²³⁶ HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 27.

²³⁷ Ver CARRIÓ, op. cit., pp. 51 y 55.

²³⁸ HEMPEL y OPPENHEIM, op. cit., pp. 15-6 y 18. No se nos oculta que esta expresión tan terminante no es estrictamente aplicable al campo jurídico, pero sí nos parece que no puede en modo alguno pretenderse que un comportamiento ilógico pueda ser un comportamiento racional.

²³⁹ JOSEFINA PAZOS nos ha señalado y se lo agradecemos, que hemos cometido el error de omitir esta aclaración en las ediciones anteriores de este vol.

²⁴⁰ NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, comentario nº 5, “La imperfección humana,” pp. 74-5.

que en la práctica es exactamente equivalente a decir que el funcionario público generalmente tiene razón y se mueve en el campo de la licitud en tanto que a la inversa el particular generalmente está equivocado y viola la ley; o que el contratista nunca tiene razón en sus reclamos contra la administración, porque ésta representa el interés de la colectividad (¿o el negocio de los corruptos?) y él en cambio persigue una finalidad de lucro (¿o no quiere pagar lo que le piden?); que el funcionario público es siempre probo y honesto y el ciudadano a la inversa es siempre deshonesto y corrupto, etc.²⁴¹

En realidad somos todos parte de la misma sociedad y todos podemos ser dignos de sospecha. Cuando ejercemos el poder público la sospecha se torna indispensable para la preservación del ordenamiento jurídico, y debemos sospechas cuando ante la insuficiencia de argumentos serios para fundar una solución, o ante la existencia de fundamentos serios en contra de la solución que se *quiere* o *se desea* dictar, se recurre al fácil argumento de las *consecuencias* supuestamente negativas o nefastas que tendría la solución contraria, agregando así un segundo razonamiento falaz (*ad hominem*, *ad baculum*, *ad populum*, etc.);²⁴² que, para colmo, frecuentemente es además inexacto en cuanto carente de supuesto fáctico. O sea, desde el poder se miente impunemente en los actos administrativos, a veces hasta en los judiciales, y la carga de que esto no ocurra está en la sociedad y no en ninguna otra parte.

Este tipo de pensamiento lógicamente insostenible es, con todo, uno de los argumentos más frecuentes con que se trata de fundar expresa o implícitamente las soluciones de derecho administrativo, sea que ellas aparezcan bajo la forma de actos, dictámenes, libros o sentencias. Por eso es mucho más difícil erradicar o atacar su aplicación; pero no por ello es el acto lógicamente correcto, ni jurídicamente legítimo.²⁴³ Así como la lucha contra de la corrupción es eterna y el precio de la libertad es la eterna vigilancia, así también el privilegio de utilizar la razón exige la permanente denuncia de la sinrazón. La libertad no viene gratis, hay que luchar por ella día a día, al menos en las sociedades a que pertenecemos.

8.4.2. *Falacias formales*

Son las que se producen cuando se hace un razonamiento silogístico inválido, independientemente de su contenido o de la verdad de las premisas de que parte.²⁴⁴

²⁴¹ Lo hemos señalado *supra*, § 8.4.1.1, “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.” y allí nos remitimos.

²⁴² Una caricatura de esta línea “argumental” podría exponerse como sigue: “Puesto que él no practica bien nuestra religión y es casado en segundas nupcias (dos veces *ad hominem*), es un elemento peligroso y subversivo al orden establecido, es decir al gobierno (dos veces *ad baculum*), por ello la mayoría de la doctrina más calificada (*ad populum* elitista) está en contra de sus ideas.” “En consecuencia la doctrina correcta y verdadera es la nuestra.”

²⁴³ Conf. CSJN, *Verrocchi, Fallos*, 322: 1726, año 1999; *Club Universitario de Buenos Aires c. Municipalidad de Malvinas Argentinas, Fallos*, 322: 1416, año 1999.

²⁴⁴ Ver COPI, *op. cit.*, p. 165.

Ello ocurre p. ej. cuando el razonamiento llega en la conclusión más allá de lo que dicen las premisas, como en el antiguo ejemplo que da COPI:

“Todos los comunistas son elementos subversivos.

Todos los comunistas son adversos al actual gobierno

.....

Por lo tanto, todos los que son adversos al actual gobierno son elementos subversivos.”²⁴⁵

El avance de los estudios de la lógica permite augurar para el *futuro mediato* una creciente aplicación de sus métodos para el análisis crítico de la legitimidad del acto administrativo, pero no existe todavía una aplicación sistemática de la lógica simbólica a sus proposiciones.²⁴⁶

Sin embargo, también se puede encontrar un razonamiento falso en meras proposiciones lógicas mal aplicadas: p. ej. la implicación intensiva (solamente si X, entonces Y; pero no siempre que X luego Y), la implicación extensiva (siempre que X, luego Y, pero no a la inversa), etc.²⁴⁷

En el primer supuesto podemos recordar el ejemplo de que solamente si el organismo científico competente da su dictamen favorable, puede otorgarse a un funcionario licencia con goce de sueldo para que siga estudios en el exterior, pero que la administración no está obligada a ello (implicación intensiva). En el segundo caso (implicación extensiva), si una obra pública se suspende por lluvia, debe prorrogársele el plazo contractual al empresario en ese lapso; pero la lluvia no es la única causa por la que puede prorrogarse el plazo, pues desde luego también puede serlo por dificultades materiales, huelgas, etc. En estos dos ejemplos, si se dijera que necesariamente el dictamen o informe técnico implica que debe concederse la beca, o que no puede otorgarse prórroga contractual sino por días de lluvia, se incurre en un razonamiento formalmente falso y también en una incorrecta aplicación de la ley.

Finalmente, conviene destacar que no afirmamos aquí que sólo un argumento lógico de índole formal pueda dar pie a un acto administrativo válido, pues entonces se caería en las críticas al formalismo,²⁴⁸ sino que no puede válidamente

²⁴⁵ COPI, *op. cit.*, p. 183: “La conclusión hace aquí una afirmación acerca de *todas* las personas adversas al actual gobierno. Pero las premisas no hacen ninguna afirmación acerca de todas esas personas; por lo tanto, la conclusión va ilícitamente más allá de lo que garantizan las premisas.” Las reglas lógicas que debe cumplir un razonamiento silogístico para ser válido son seis en total y las explica COPI, *op. cit.*, pp. 179-85, a quien nos remitimos. Ver también BLANCHÉ, PIERRE, *Introducción à la logique contemporaine*, París, 1957, p. 9 y ss., donde explica el paso del silogismo tradicional de la lógica formal, a la lógica simbólica: es esta última la que permite con mayor certeza determinar el grado de verdad o de falsedad de una proposición.

²⁴⁶ Tampoco existe esa aplicación sistemática de la lógica simbólica al derecho en general. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 331 y 333, se muestra escéptico sobre la utilidad que la lógica moderna pueda proporcionar al derecho. Ver los trabajos contenidos en el vol. XXVIII, n° 1, de la revista *Law and Contemporary Problems*, Duke University, Durham, Carolina del Norte, EE.UU., 1963, dedicado al tema de *Jurimetrics*.

²⁴⁷ Ampliar en KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 48 y ss.

²⁴⁸ Ver p. ej. CARRIÓ, *op. cit.*, p. 52 y ss.

fundarse un acto en un razonamiento *falso*. Comprobado que un razonamiento es ilógico, el acto dictado en su consecuencia es irrazonable y con ello ilegítimo; pero probado que el razonamiento que fundamenta un acto es lógico, resta todavía por ver si además de la corrección formal, tiene acierto sustancial: si las premisas de que parte son correctas, si los enunciados que formula son reales y si ha interpretado bien los términos de la ley, etc.

Como dice HART, “La lógica no prescribe interpretación de términos; no impone la interpretación torpe ni inteligente de ninguna expresión. La lógica sólo nos dice hipotéticamente que si se acuerda a un cierto término una determinada interpretación, entonces, se sigue una conclusión determinada.”²⁴⁹ El control de razonabilidad del acto, en cuanto control de su consistencia lógica, es generalmente un test negativo: La falta de lógica del acto prueba irrefutablemente su irrazonabilidad, pero su validez lógica no demuestra *per se* su razonabilidad ni la legitimidad del acto.²⁵⁰ Ello solamente ocurre si en el caso existe una única solución razonable o justa.²⁵¹

8.5. Otras hipótesis

La razonabilidad del acto administrativo puede tener otras múltiples manifestaciones. Ya hemos visto que ella se aplica al *objeto* del acto, que será ilegítimo si es desproporcionado, contradictorio, o absurdo;²⁵² además, en cuanto defecto de fundamentación, aparece también bajo el nombre de motivación o justificación del acto. Si bien la irrazonabilidad no deja lugar a dudas de que el acto es nulo, es frecuente ver a la justicia cometer ella misma el defecto de razonamiento de considerar meramente anulable a un acto que carece de fundamentación suficiente y adecuada y admitir el saneamiento ulterior de la irrazonabilidad originaria.

El vicio de irrazonabilidad resultante de la desproporción entre el objeto del acto y sus fines, no puede generar sino la nulidad del acto.²⁵³ También la desviación de poder, que nosotros consideramos un vicio autónomo, es vista por algunos autores como un caso de irrazonabilidad.²⁵⁴ Posiblemente este principio de la

²⁴⁹ HART, *op. cit.*, p. 31.

²⁵⁰ GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 332: “La lógica es la ciencia de las leyes y de las formas del pensamiento correcto. No se trata en la Lógica del hallazgo de la verdad material, sino del descubrimiento de las leyes que aseguran un pensamiento coherente, o sea, correcto; en otras palabras, de la verdad formal;” COSSIO, CARLOS, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, p. 242.

²⁵¹ Así en *Cipriano*, Cám. Fed. de Mar del Plata, LL, 1998-F, 356 y LL, 1999-A, 395. Son estos los casos llamados de *discrecionalidad cero*: ver lo explicado *supra*, nota 8.11 y sus otras remisiones.

²⁵² Dentro de tal hipótesis cabe recordar también la irrazonabilidad del objeto por violar las reglas de la técnica; o la irrazonabilidad técnica de la argumentación que fundamenta el acto, etc.

²⁵³ Conf. HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada, anotada y concordada*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 163.

²⁵⁴ LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 248, pp. 293-4; *Poder discrecional...*, *op. cit.*, p. 111. Puede a su vez estar encubierta en la falta de fundamentación: Cám. Fed. Mendoza, Sala A, *Collado Cattani*, 1996, LL, 1997-D, 733, 734; puede también el tribunal que anula el acto preferir esta última como fundamentación de su propia sentencia: PÉTROULIAS, DÉMOSTHÈNE, “Note sur la motivation des actes administratifs en droit hellénique,” en DUPUIS, *op. cit.*, p. 31 y ss., p. 40, nota 1 *in fine*.

arbitrariedad, que tan fructífero ha sido en el derecho público argentino, pueda todavía tener mayores desarrollos en el futuro.

*9. Diferencia entre la arbitrariedad
y el vicio tradicional de violación de la ley*

Debe anotarse especialmente que en todos estos casos el vicio del acto habrá de encontrarse en el razonamiento que ha llevado al administrador a dictar el acto; en igual sentido que en materia de desviación de poder, *se prescinde de si su objeto es o no, en sí, violatorio de norma expresa alguna*; el vicio del acto no deriva de que esté en su decisión contraviniendo una prohibición expresa²⁵⁵ del orden jurídico, sino de que ha llegado a ella por caminos distintos de los que el orden jurídico prescribe. Ha llegado a esa decisión por su pura voluntad, por capricho; no ha hecho un análisis razonado y razonable de los hechos y el derecho. Por ello, aunque la decisión no parezca contravenir normas expresas, es de todos modos ilegítima. Relacionando el vicio que comentamos con los principios generales del derecho administrativo, corresponde decir que constituye tanto un límite a la actividad discrecional de la administración²⁵⁶ como un control de las normas en que ella se funda. Este es el camino que está tomando el derecho contemporáneo,²⁵⁷ el de controlar judicialmente la razonabilidad tanto de las normas que la administración dice ejecutar en el ejercicio de sus facultades regladas (pero que muchas veces ha reglado ella misma en forma discrecional, invocando un poder reglamentario), como de las decisiones que toma no habiendo ninguna prescripción normativa que la obligue a actuar en determinado sentido. La arbitrariedad puede tanto mostrarse ostentosa en el ejercicio de la omnipotente discrecionalidad, como pretender esconderse bajo el manto caprichoso de la sumisa facultad reglada... a la propia norma, o a la norma que laboriosamente se gestó y obtuvo de los poderes de turno. En ambos casos es irrazonabilidad, inconstitucionalidad, antijuridicidad. Nada puede estar exento del necesario sello de razonabilidad. Si es la norma la que resulta irrazonable o produce resultados irrazonables ante los hechos del caso, incluso por ella predeterminados, el acto resultante es antijurídico. Ya hemos advertido que la gran tendencia de la administración contemporánea ha sido refugiar su arbitrariedad en la norma que ella misma emite.²⁵⁸

Estos límites a las facultades discrecionales y a las normas regladas, que originan la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, son de aplicación con

²⁵⁵O implícita: ver LINARES, "Competencia administrativa y prohibiciones implícitas," en *RADA*, 8: 15, Buenos Aires, 1975.

²⁵⁶Ampliar *supra*, t. 1, cap. X, § 15, "Los límites a la actividad discrecional."

²⁵⁷Ver también GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed.

²⁵⁸*Supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 8, "El principio de razonabilidad. Introducción," a § 16, "Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo;" cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo," § 10.3, "La exacerbación reglamentaria."

respecto a todos los actos dictados por órganos administrativos y por los otros poderes estatales o no estatales cuando actúan en ejercicio de función administrativa; incluso para el Poder Ejecutivo en sus actividades anteriormente llamadas de gobierno o no justiciables y que desde luego forman parte de la simple actividad administrativa, subordinada al principio constitucional y supranacional, incluso de justicia natural, de la razonabilidad.²⁵⁹

10. Error

10.1. *El error como causal de nulidad*

El decreto-ley 19.549/72 menciona al error en el art. 14, inc. a),²⁶⁰ diciendo que es causal de nulidad cuando fuere esencial y hubiere significado en el caso que “la voluntad de la administración resultare excluida.” La frase es poco afortunada y sin efectos prácticos, pues parece claro que “En ningún caso podría considerarse como no manifestación de voluntad, es decir, como inexistencia de acto.”²⁶¹ Debe versar entonces sobre un aspecto importante del acto²⁶² y ser de tal magnitud como para permitir afirmar que la administración no tuvo en verdad intención de dictar tal acto. Si la administración lo hubiere conocido no habría dictado el acto, o lo habría dictado con un contenido esencialmente diverso.²⁶³ Sería parecido a lo que algunos autores gustan llamar la preeminencia de la voluntad real por sobre la declarada.²⁶⁴ Ejemplos de este tipo de actos viciados por error esencial serían entonces: un indulto que se refiere a una persona distinta de la que el Poder Ejecutivo tuvo voluntad de indultar; una declaración de estado de sitio que por error material en la confección del decreto se refiere a un lugar distinto del contemplado; el veto de una ley distinta de la que se tuvo en cuenta, por un error en la mención del número; el nombramiento en la función pública de una persona distinta de la que se deseaba nombrar, por homonimia, etc. También resulta viciado por error esencial la parte pertinente de una lista de ascensos o designaciones en la que, previo a su firma, se intercalaron nombres y apellidos no incluidos en la propuesta original, que el firmante no tenía intención ni conocimiento de cambiar.²⁶⁵ En este caso se consideró que el acto era nulo de nulidad absoluta y la extinción de sus efectos, retroactiva. Sin embargo, los efectos prácticos fueron materialmente *ex nunc*, porque se lo consideró funcionario de

²⁵⁹ Ampliar *supra*, t. 1, cap. VI, § 8 a § 16.

²⁶⁰ México, arts. 3º y 95.

²⁶¹ Como puntualiza URZÚA RAMÍREZ, CARLOS FERNANDO, *Requisitos del acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 44.

²⁶² BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. II, pp. 24-5.

²⁶³ PTN, *Dictámenes*, 160: 224: 227.

²⁶⁴ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953; 4ª ed., puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1954, p. 434; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., p. 245.

²⁶⁵ PTN, *Dictámenes*, 141: 68, 71.

hecho por el tiempo de desempeño del cargo y por ende no se formularon cargos por los haberes percibidos,²⁶⁶ ni quedó tampoco afectada la validez de sus actos.

10.2. Errores de menor gravedad

Si el error no reviste tales características, el acto puede ser anulable,²⁶⁷ o válido.²⁶⁸ En un caso que se inscribió a una entidad de seguro en la creencia errónea, provocada por el dolo de la empresa, que tenía el capital mínimo requerido, se consideró que el error no recayó sobre la naturaleza ni el objeto del acto, no siendo pues excluyente de la voluntad. El acto fue considerado anulable y prescripto el plazo de dos años del art. 4030 del Código Civil y que el vicio se encontraba saneado por cuanto la sociedad tenía entonces un capital superior al mínimo.²⁶⁹

10.3. Acerca del llamado error de derecho

No corresponde considerar como vicio de error las hipótesis en que el administrador aprecia erróneamente los hechos o el derecho y dicta una decisión que tiene total y certera voluntad de dictar. P. ej., no hay vicio de *error*, sino violación de la ley en el objeto o apartamiento de facultades regladas de la administración, o también arbitrariedad, si el Poder Ejecutivo, considerando que una persona tiene los requisitos exigidos por la ley para ocupar un cargo, lo designa en él y resulta luego que no los reunía; si pensando que el orden jurídico lo autoriza a tomar cierta decisión, la adopta y luego se concluye que el orden jurídico la prohibía.²⁷⁰ En tales casos *no hay vicio de la voluntad con relación al acto*, pues el administrador ha dictado el acto que quería dictar: el error se refiere a la apreciación de los hechos²⁷¹ o del derecho aplicable para dictar el acto y constituye por lo tanto un vicio *en el objeto del acto* (por dictar un acto contrario a la ley), o un vicio de arbitrariedad (por no tomar debidamente en cuenta los hechos existentes), pero no un vicio de error en cuanto vicio de la voluntad.²⁷² Es inapropiada, pues, la denominación que la CSJN da a los casos en que el administrador dictó actos en contravención a normas jurídicas o en situaciones para las cuales las normas jurídicas lo desautorizaban, como “error de derecho” y “error de hecho;”²⁷³ el error

²⁶⁶ PTN, *Dictámenes*, 141: 68, 73 y citas de 94: 216; 105: 272; 115: 387; 116: 343.

²⁶⁷ BIELSA, *Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 125; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 513; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 507-8, admite también la nulidad.

²⁶⁸ SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.* En otras palabras, para su apreciación se sigue la regla general de la mayor o menor gravedad del vicio.

²⁶⁹ PTN, *Dictámenes*, 113: 120, 121, 124-7.

²⁷⁰ OBERMAYER, KLAUS, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts*, Stuttgart, 1964, p. 78. Comp. *infra*, nota 278 y texto.

²⁷¹ Ver *infra*, § 10.4, “El error no invalidante.”

²⁷² OSSENBUHL, *op. loc. cit.*; OBERMAYER, *op. loc. cit.*

²⁷³ Ver BOSCH, “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 de 1946; comp. CASSAGNE, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 274 y *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 190, nota 91.

en cuanto vicio de la voluntad sólo existe cuando el administrador dicta un acto distinto del que tenía voluntad de dictar:²⁷⁴ quería hacer una cosa y firmó otra.²⁷⁵ En los demás casos, el vicio estará en el objeto del acto o en la arbitrariedad del funcionario; pero no en el error.²⁷⁶ La importancia de la distinción radica en que mientras el vicio de error generalmente sólo determina la *anulabilidad o nulidad* del acto, un vicio en el objeto o en la voluntad puede llevar a su *inexistencia*.²⁷⁷ Cabe en cambio admitir que un error en los fundamentos pueda ser considerado como vicio de error en la voluntad, cuando el administrador *crea que está obligado* a hacer algo y por eso dicta el acto.²⁷⁸ Aquí la voluntad estaría viciada en cuanto el funcionario no resolvió por libre decisión, sino por obedecer a lo que creía era su obligación. No hizo lo que quería, sino lo que entendió que *debía*. Si hay error, se trataría de un caso de anulabilidad o nulidad dependiendo del caso concreto.

10.4. *El error no invalidante*

Se ha dicho que la autoridad administrativa no puede invocar en contra del contribuyente el error que hubiere cometido al practicar la tasación de un inmueble. No puede admitirse la introducción del error en la tasación fiscal una vez exigido y satisfecho el tributo. Razones de seguridad jurídica así lo determinan.²⁷⁹

11. *Dolo, violencia, simulación*

En estos casos el acto es anulable como lo ha dicho la CSJN en *Carman de Cantón*,²⁸⁰ pero puede distinguirse según el tipo de vicio y su gravedad.

11.1. *Dolo*

El principio milenario de la buena fe, de validez universal, importa tanto en el derecho público como privado la ilicitud de las conductas engañosas, maliciosas,

²⁷⁴ OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²⁷⁵ Así el caso resuelto en *Dictámenes*, 141: 68.

²⁷⁶ En sentido similar URZÚA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 47.

²⁷⁷ Este argumento nuestro ha sido razonado de otro modo por la PTN, *Dictámenes*, 113: 120. Sería entonces al revés, para favorecer la no anulación del acto, el vicio se cataloga como *error* y por ende el acto sería solamente *anulable*. En *Dictámenes* 155: 565 se consideró como error en tanto que vicio de la voluntad, al error en el cálculo de costos financieros, por no tener en cuenta el elemento “tiempo de pago” y se propició la nulidad.

²⁷⁸ O cree que los hechos son unos, cuando en verdad son otros: según OBERMAYER, *op. loc. cit.*, el acto es entonces de por sí anulable, sin necesidad de que haya además otra violación del derecho vigente. Agrega que esto es de particular aplicación en los casos de facultades discrecionales, en que el acto estará viciado, aunque no contradiga normas expresas, si se dicta por error sobre los hechos. Sin embargo, ya dijimos que en nuestro derecho este caso es tradicional considerar que el acto está viciado principalmente de arbitrariedad. Comp. FIORINI, *op. cit.*, p. 377. PTN, *Dictámenes*, 113: 120, lo encuadró como error subsanable para evitar la mayor sanción que sería reputarlo viciado por arbitrariedad, lo que excluiría su saneamiento por el transcurso del tiempo, que fue lo que allí resolvió.

²⁷⁹ CNApel. Civil, *Molejón*, 28-IX-99.

²⁸⁰ *Fallos*, 175: 368, *Carman de Cantón*, 1936.

sorpresivas, contradictorias.²⁸¹ El dolo es un supuesto contra el que el derecho romano sostenía que no cabía la indulgencia. El decreto-ley 19.549/72 considera uno de los casos de dolo, en cuanto se “tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos” y lo sanciona con la nulidad.²⁸² Esta norma tiene el mérito de abandonar seculares prejuicios que una vez encontraron su camino en un vallo de la CSJN por la cual se pretendía que era, imposible, que el Poder Ejecutivo hubiera actuado con dolo. Semejante presunción absoluta, *iuris et de iure*, de necesaria carencia de dolo en el funcionario, parece imposible de ser sustentada en derecho administrativo. Supondría demasiada ingenuidad o demasiada mala fe del juzgador o del intérprete. En todo caso es correcto, de toda evidencia, fulminar de nulidad al acto viciado de dolo por afirmar como ciertos hechos que son falsos, ya que el dolo es la antítesis del principio de la buena fe y así como se tutela ésta²⁸³ debe castigarse aquél. No creemos que corresponda restringir el dolo al sólo supuesto mencionado por el decreto-ley, ni tampoco postular apodícticamente la supuesta regla contraria de que todos los casos de vicio de dolo no solamente vician el acto sino que específicamente acarrear su nulidad o nulidad absoluta.²⁸⁴

11.1.1. *Dolo del individuo*

Es necesario que no se trate de un mero error culposo del individuo, sino de *dolo*; debe ser *previo* a la emisión del acto y haber sido *determinante* para la decisión: si no ha influido para el dictado del acto no afecta su validez. Algunos precedentes consideran que el acto resulta viciado por error, no por dolo del particular.²⁸⁵ No cabe atribuir consecuencia alguna al mero *conocimiento* del vicio del acto por el individuo, a pesar de la literalidad del art. 18 del decreto-ley 19.549/72,²⁸⁶ salvo que existiera evidentes muestras de carencia de buena fe.²⁸⁷

²⁸¹ *Supra*, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.”

²⁸² Así MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 510. La solución no varía si el funcionario actuara de buena fe. Pues si el acto tiene como existentes hechos inexistentes o falsos, ello sólo es arbitrariedad suficiente para determinar la nulidad del acto. El dolo, claro está, refuerza la sanción de nulidad. Es otro de los supuestos que adelantamos *supra*, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios.”

²⁸³ Ver ESGUERRA PORTOCARRERO, JUAN CARLOS, “La presunción de buena fe,” en el libro de la Universidad Externado de Colombia y el Consejo Superior de la Judicatura, *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, 1996, p. 677 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983.

²⁸⁴ Conf. COMADIRA, con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 2.1.2, p. 296. Comp. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, 6ª ed., pp. 192 y 200. Se basa en “el fundamento de moralidad que persigue la sanción de dolo,” sin considerar los diversos supuestos; considera que la inmoralidad conlleva la nulidad absoluta porque su “gravedad afecta el orden público administrativo.”

²⁸⁵ Ver también los comentarios efectuados *supra*, nota 11.2.

²⁸⁶ PTN, *Dictámenes*, 179: 35; 172: 424; 175: 143; 175: 145, con cita de esta obra.

²⁸⁷ PTN, *Dictámenes*, 153: 213; 179: 35; 180: 125; 195: 49.

11.1.2. *Dolo del funcionario*

En este supuesto el acto es anulable;²⁸⁸ este caso merece algunas consideraciones especiales, merced a que la jurisprudencia en alguna oportunidad pareció considerar que no puede admitirse, en ningún caso, la alegación de que p. ej. el Poder Ejecutivo habría actuado dolosamente.²⁸⁹ Sin duda que esta afirmación nadie la haría extensiva a cualquier funcionario de la administración, suponiendo entonces que todo funcionario obra siempre y por definición de buena fe...; pero en el caso mismo del Poder Ejecutivo, ella carece de fundamento y de razonabilidad. La invocación del supuesto dolo en que se habría incurrido en la emisión del acto administrativo, no es suficiente para obtener la anulación del acto: es necesario probar que efectivamente dicho dolo ha existido. Consideramos que son aplicables a este supuesto las mismas reglas probatorias que enunciamos respecto de la desviación de poder,²⁹⁰ admitiéndose en consecuencia cualquier tipo de prueba, incluso la indiciaria, para demostrar la existencia del vicio alegado.

11.1.3. *Dolo del individuo y del funcionario*

Al existir connivencia dolosa del funcionario y el individuo el acto es nulo,²⁹¹ y no anulable, pues la trascendencia del dolo es mucho mayor. Para ello no hace falta que el dolo sea producto del soborno o cohecho, basta que exista el deliberado propósito común de violar los preceptos y medidas preventivas de la ley o de las convenciones interamericana e internacional contra la corrupción.

Siguiendo esta línea de razonamiento, podría sostenerse que violar de común acuerdo, los funcionarios y el particular, estos preceptos de la Convención supondría una conducta de consciente y deliberada violación de la Convención, viciada por ende de nulidad absoluta. Vienen fácil a la mente ejemplos recientes de la renegociación directa de una concesión o licencia de servicios públicos, hecha sin la debida audiencia pública y sin equidad, en perjuicio de los usuarios, cambiando el plazo, el precio y el objeto del contrato con ganancias irrazonables para el concesionario o licenciatario.

²⁸⁸ OBERMAYER lo considera nulo, *op. cit.*, p. 79. Sin embargo, nuestra jurisprudencia es extremadamente reticente para considerar el dolo del funcionario, al punto que ha llegado a negar en principio que pueda existir dolo en un acto del Poder Ejecutivo: CSJN, *Fallos*, 195: 339, *Rodríguez Guichou*, año 943. Eran tiempos de más ingenuidad formal, en que no se sabía públicamente de corrupción, sobornos, compra de votos con fondos reservados, etc.

²⁸⁹ Se trata, como es obvio, de una afirmación sin fundamento fáctico alguno. Importa atribuir al Presidente, por el sólo hecho de serlo, una suerte de infalibilidad religiosa. El origen de estas afirmaciones de fe cuasi religiosa dentro del derecho positivo puede rastrearse históricamente al llamado origen religioso del derecho público. Ver *supra*, "Introducción," § 3, "La prevalencia de un interés o bien sobre el otro," nota 47.

²⁹⁰ También se lo compara al fraude a la ley: URZÚA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 50, § 22.

²⁹¹ OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78. Aquí cabría incluir los supuestos previstos en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, como medidas preventivas de ésta: publicidad, equidad, etc. Ver nuestros arts. citados *supra*, nota 151.

Puede haber en cambio actos dolosos que por el principio de insignificancia no reciban reproche penal ni administrativo: no se trata entonces de fulminar todo y cualquier acto doloso con la nulidad, sino aquellos que resultan trascendentes para la sociedad, los usuarios, etc. La excesiva punición es contraproducente. Como siempre, todo dependerá del caso.

11.2. *Violencia o intimidación*

11.2.1. *Violencia sobre el individuo*

Cuando el administrador fuerza un asentimiento expreso o implícito al acto, en los casos en que tal asentimiento es condición de la validez del mismo.²⁹² En este caso, como se advierte, el vicio de la voluntad no está específicamente en el acto administrativo sino en el acto del particular, pero dado que éste es condición de validez del primero —en el caso que analizamos— resulta también viciado el acto administrativo. OBERMAYER considera que el acto es nulo, criterio al que ahora adherimos.²⁹³

11.2.2. *Violencia sobre el funcionario*

La violencia sobre el agente cometida por el propio individuo a quien el acto va dirigido, o por terceros, hace que el acto sea nulo,²⁹⁴ aunque para algunos autores es anulable.²⁹⁵ En las ediciones aparecidas hasta el año 1969 dudamos si tal vez cupiera pronunciarse simplemente por la anulabilidad, pero creemos ahora que no, que la nulidad absoluta sigue siendo la solución correcta. Es que se trata de un país que todavía no se ha repuesto plenamente de la tremenda ola de intimidación pública que lo asoló en forma directa e inmediata hasta 1983 y que de algún modo todavía persiste en el Estado democrático, aunque bajo formas morigerada. Es que algo del clima de temor subsiste y no son mera fantasías

²⁹² OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²⁹³ OBERMAYER, *op. loc. cit.*; CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 194, quien en su nota 110 recuerda también a MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 511-2. Ver el interesante planteo de RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La violencia del procedimiento administrativo en la práctica,” *LL*, 2006-F, 897; en parecida orientación es también de interés BARBARÁN, JOSEFINA, “El agotamiento del administrado,” *LL*, 2005-E, 1120, quien concluye que el cansancio del individuo, provocado por la administración, constituye también un vicio de la voluntad. El trasfondo de nuestra realidad lo explicamos, entre otros lugares, en nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102, Buenos Aires, Rap, 2007, y sus referencias. Disponible gratuitamente en www.respublicaargentina.com

²⁹⁴ OBERMAYER, *op. loc. cit.* FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1964, 2ª ed., pp. 171-3, analiza el supuesto del temor reverencial y concluye también en la nulidad si el vicio de la voluntad se demuestra.

²⁹⁵ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 125. En este punto, al igual que en el anterior, hemos revisado la opinión que sostuviéramos anteriormente y adherimos en consecuencia a la de OBERMAYER. Pensamos que actualmente es la que más se ajusta a una sociedad que tiene todavía un excesivo énfasis en la fuerza; el derecho, o al menos la doctrina, deben tomarlo en cuenta.

paranoicas, no solamente por el pasado sino también por el presente inmediato que nos toca vivir.

11.2.3. *Observaciones comunes*

La violencia o intimidación vicia la voluntad tanto si se ejerce sobre la persona o sobre los bienes, sea del mismo individuo o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. En todos los casos debe atenderse a la edad, sexo y condición de las personas, a fin de evaluar el temor que la amenaza haya podido producir en ellas.²⁹⁶

También es importante apreciar el clima general en el cual el acto particular de intimidación se produce. A mayor grado de seguridad general de los hombres y los bienes, mayor exigencia corresponde aplicar al juzgamiento de determinada amenaza sobre una persona, para poder resolver sobre la nulidad del acto. Inversamente, en un clima general de inseguridad, temor o incertidumbre, pueden realmente viciar la voluntad actos de intimidación que normalmente no producirían tal efecto. Al considerar un acto particular de violencia o intimidación dentro de un contexto político general, se torna también menos nítido el problema de la prescripción de la acción o en su caso de la caducidad. Pensamos que la prescripción o la caducidad no pueden comenzar a computarse sino a partir del momento en que la intimidación o violencia han cesado. Ahora bien, puede ocurrir que cese el acto particular de intimidación pero subsista el clima general de inseguridad. En este caso entendemos que debe adoptarse un criterio amplio y aceptar la acción o el recurso cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el acto concreto de intimidación o violencia; sujeto, por cierto, a que se acredite que efectivamente ha existido dicha intimidación. En los casos en que la intimidación es de público y notorio conocimiento, como lo ha sido el temor a perder vida y propiedades en un pasado reciente, se han dictado leyes dispensando la prescripción operada, en virtud de transacciones internacionales ante la Comisión IDH, caso *Birt*.²⁹⁷

11.3. *Simulación*

La simulación absoluta produce la nulidad del acto, según el art. 14, inc. a) del decreto-ley. Ahora bien, si por simulación absoluta ha de entenderse lo mismo que el art. 956 del Código Civil, se supondría no tanto que nos encontramos con algunos elementos simulados (la fecha o el lugar, para tomar los más típicos), sino que estamos ante la celebración de un acto jurídico que casi nada tiene de real.²⁹⁸ En esta línea de razonamiento, un autor sostiene que cabe aceptar “la licitud de ciertos actos administrativos disimulados, cuando razones de urgen-

²⁹⁶ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975, p. 197.

²⁹⁷ El fallo local de aplicación es CSJN, *Birt*, LL, 1995-D, 294; *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 33-6, § 2; *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 108-110.

²⁹⁸ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 332.

cia e interés público tornan necesario acudir al expediente de la simulación,²⁹⁹ pero nos parece un poco extrema la aceptación formal de la simulación lícita en derecho público; más bien pareciera que la simulación, lo mismo que la inmaterialidad y la violencia o intimidación, debiera ser sancionada como regla con la nulidad del acto. La simulación puede en un extremo llegar al delito y acompañar otros vicios: sobre la base de facturas por prestaciones no realizadas, reconocer deudas o efectuar pagos que a su vez son simulados pues se comparten entre el funcionario y quien figura cobrando. El financiamiento político³⁰⁰ conoce algunas de estas estrategias que de tanto en tanto salen a la opinión pública: Hacer documentación falsa y sobre esa base reconocer gastos, erogaciones, reintegros aduaneros o cambiarios, etc. Muchas veces existen dudas sobre la realidad de la documentación y ante la posibilidad de que se trate de una operación inexistente, se prefiere denegar el pago donde antes se realizaba. La cuestión llega así a los estrados judiciales para dilucidar los hechos.

En otro extremo puede ocurrir que la simulación no tenga por objeto ni resultado vulnerar el ordenamiento jurídico ni por ende lesionar derechos de terceros, en cuyo caso puede llegar a ser intrascendente.³⁰¹ Una de las frecuentes simulaciones en este sentido, en la administración pública, es antedatar actos por simple demora burocrática en suscribirlos en tiempo conveniente u oportuno: Si con ello no se perjudican derechos de terceros ni se vulneran otras reglas jurídicas que la simple inexactitud material, quizás el defecto pueda ser objeto de dispensa. Pero debe tenerse mucho cuidado, pues se está desconociendo una norma expresa.³⁰² El criterio para admitir la simulación por fecha antedatada, suponiendo que se cumplió el plazo de validez de la notificación³⁰³ es allí el mismo de la retroactividad válida del acto.³⁰⁴ Se ha dicho en tales casos que “la voluntad individual tiene el fin de forzar la categoría del tiempo, de hacer [...] que un acto jurídico, además [o en lugar de] de producir sus propios efectos en el futuro, como normalmente sucede y debe suceder, produzca también efectos por el tiempo pasado, por el tiempo anterior a aquel en que el acto ha venido a la existencia, [como si] el acto

²⁹⁹ CASSAGNE, *El acto...*, op. cit., p. 279; *Derecho administrativo*, t. II, 1989, p. 195.

³⁰⁰ Ver nuestro art. “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, II/13: 7-12, abril de 2004.

³⁰¹ Es la clásica solución del derecho civil francés, como lo recuerda RODRÍGUEZ PIÑERES, EDUARDO, “De la simulación en los contratos solemnes,” en el libro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, *Pensamiento jurídico colombiano. Libro del Centenario*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 215 y ss., 219. Un ejemplo de acto que se reputa por lo general válido a pesar de la simulación es la fecha, si ésta es la única simulación y no hay otro vicio en el acto: cap. X, § 3, “Lugar y fecha,” GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 343.

³⁰² Ver *infra*, cap. X, “Formalidades,” § 11.3.1.4, “Plazo para la notificación válida.” Ver también *supra*, cap. II, § 2.3, “La cuestión de la notificación,” cap. VIII, § 14, “Competencia en razón del tiempo.”

³⁰³ Diez días, según explicamos en el § 11.3.1.4 del cap. X.

³⁰⁴ Ver PERRONE CAPANO, RENATO, *La retroattività degli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1963, 2ª ed., p. 2.

o negocio jurídico hubiese tenido nacimiento en un momento anterior;” “al cual son atribuidos efectos por un tiempo anterior al de su constitución.”³⁰⁵ Es “acción regresiva, en orden al tiempo; extensión de la operatividad jurídica al pasado, producción de consecuencias jurídicas por un tiempo transcurrido.”³⁰⁶ La similitud material de los efectos de la retroactividad y la ficción³⁰⁷ o la simulación de una fecha pasada ha dado lugar a muchas dudas en el derecho administrativo. En el derecho privado el antedatado³⁰⁸ se admite “al arbitrio de las partes sobre derechos disponibles salvo los derechos de terceros.”³⁰⁹ En el derecho administrativo su límite (lo cual es su admisión de principio) es que no pueden crearse *a posteriori* derechos u obligaciones que no hubieran podido hacerse a la fecha que el acto consigna,³¹⁰ ni superar “el obstáculo sustancial que en el pasado no era existente el hecho que produce las consecuencias jurídicas o [...] la condición objetiva para que ellas pudieran surgir.”³¹¹ Así una designación antedatada (o retroactiva) en la función pública o un contrato temporal antedatado (o retroactivo), no pueden suplir la real prestación de servicios ni crear una “simulada eficacia de la relación de empleo en el pasado.”³¹² Si bien se admite la simulación de la fecha o retroactividad, ello es a condición que exista un sustrato real a la fecha respecto de la cual se desea que se produzcan los efectos jurídicos; “una situación de hecho real, la cual debe tener [o haber tenido] efectiva existencia;” pues no está “en el poder de la voluntad superar el obstáculo derivado de la inexistencia en el pasado del hecho productor de consecuencias jurídicas.”³¹³

Hay tipologías muy complejas de simulación en serie que deben ser analizadas caso por caso. Se trata de los *ñoquis* en el *argot* administrativo local; se pagan salarios o se efectúan donaciones, subsidios, subvenciones, etc., a personas que no prestan las funciones de que se trata o no son los destinatarios reales del acto. En el último caso suele ser una forma de corrupción, de fácil categorización teórica si se logra establecer los hechos mediante prueba idónea.

Pero hay toda una gama de situaciones que llega hasta la simple exasperación por resolver un problema que debiera ser conceptualmente simple pero deviene de compleja solución frontal. En cualquier país del mundo existen previsiones presupuestarias para atender los gastos de oficina de los ex presidentes. En el nuestro, en cambio, se ha llegado a hacer figurar como empleada del Senado a la secretaria efectiva y actual de un ex-presidente que trabaja en las oficinas de

³⁰⁵ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁶ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 18.

³⁰⁷ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, pp. 24-5, quien aclara que la ficción no tiene el fin de “instituir la simulación de la realidad, de crear una existencia aparente del hecho o del acto en el tiempo en el cual no existía” (p. 25).

³⁰⁸ *Retrodatazione; Rückdatierung.*

³⁰⁹ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 27.

³¹⁰ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 33, pero parece expresar la idea opuesta.

³¹¹ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 34.

³¹² PERRONE CAPANO, *op. cit.*, pp. 34-5.

³¹³ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 36.

éste. Otras veces ocurre que actividades públicas por su naturaleza se financian a través de aportes estatales a fundaciones que luego efectúan los pagos o prestan los servicios; típicamente, como oficinas en algún modo públicas de ex funcionarios destacados o figuras de la política en los interregnos en que no están en la función pública.

En esta riquísima variedad³¹⁴ se puede pasar de la simulación inocente y válida a los casos dudosos y por fin al delito. Uno de los que genera interrogantes de esta índole es integrar el sueldo más los gastos de un funcionario con la disponibilidad de un número de contratos o designaciones bajo su exclusivo control. El funcionario designa o contrata, dentro del límite presupuestario asignado, sea a asesores reales o a personas que solamente figuran en plantilla y cuyos emolumentos se pagan y luego se pierden en una zona de misterio. A veces, más que mecanismos corruptos, son mecanismos paralelos, que hace ya tanto tiempo señalamos.³¹⁵ Los ejemplos cambian, el parasistema queda. La simulación también debería provocar la nulidad cuando aparece en la práctica para desvirtuar u obviar alguna norma legal: si una ley autoriza a la administración a prescindir de agentes hasta determinada fecha, es posible que se dicten actos posteriores de prescindibilidad y aparezcan antedatados;³¹⁶ si se introduce una nueva norma restrictiva de contrataciones de algún tipo, se antedatan los contratos; si se necesita determinado tipo de agentes y no hay vacantes, etc., se los nombra en otras; se designan o contratan funcionarios para funciones que no van a ser cumplidas, etc.

11.3.1. *Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad*³¹⁷

La simulación de la fecha es también importante si va unida a una limitación temporal para el ejercicio de una competencia. En ese caso la simulación importa también incompetencia *ratione temporis* y el vicio se agrava. En ese ejemplo es un vicio muy frecuente en la práctica administrativa, aunque difícil de probar; por ello es que nos parece irreal interpretar que lo que importa es que el acto haya sido supuestamente firmado en la fecha en que debió haberlo sido, aunque haya sido notificado después, p. ej. después de haber perdido vigencia la norma que facultaba al órgano a emitirlo. En tales casos es claro que el acto no se firmó oportunamente y que la tardía notificación no es sino una forma de ocultar la igualmente tardía, pero simuladamente oportuna, suscripción del acto. Ayudan a esa jurisprudencia las doctrinas que insisten en distinguir entre validez

³¹⁴ Hay más, por cierto. Algunas son comportamientos que no se traducen en actos: *supra*, t. 2, cap. X, "El procedimiento administrativo en la práctica" y nota 10.2.

³¹⁵ Ver nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001.

³¹⁶ Ha sido muy frecuente y los tribunales no han considerado indicio suficiente que la notificación se realizara meses después de vencido el plazo legal.

³¹⁷ *Retrodatazione e retroattività; Rückdatierung und Rückwirkung.*

(existencia: el acto firmado pero no notificado) y eficacia del acto (a partir de su notificación), como si pudiera existir norma jurídica alguna que fuera válida pero no eficaz. La norma que no produce efectos jurídicos porque no ha nacido al mundo externo no es una norma jurídica. Esa doctrina ayuda a la simulación como práctica administrativa, lo que ciertamente no parece congruente con los principios que debiera tener la administración de un Estado de derecho.

El caso de la ley sancionada por el Congreso pero aún no promulgada y publicada, es claro. No se debería poder decir que esa ley existe, que es válida pero no es eficaz porque le falta la promulgación y publicación.³¹⁸ Es claro que la ley sale o nace al mundo jurídico recién luego de la publicación. No se advierte cómo puede adoptarse una solución tan radicalmente diferente para el acto administrativo individual, siendo por lo demás tan disvaliosas las consecuencias que así se producen.

Como la eventual simulación, muchas veces fácilmente adivinable, no puede ser probada, la supuesta fecha de emisión quedará en pie y con ella la pretendida validez del acto. Por ello ya indicamos en su lugar³¹⁹ que es preferible y más lógico considerar que el acto recién nace al mundo jurídico cuando es apto para producir efectos jurídicos directos, lo cual obviamente jamás ocurre antes de que el acto haya sido notificado.³²⁰ La prevalente tesitura contraria, de sostener que el acto existe pero no es eficaz cuando está “dictado” pero no está aún notificado, favorece así, a nuestro modo de ver, la práctica administrativa de simular las fechas de sus actos. Ahora bien, sin perjuicio de tratar de elaborar y sostener la tesis que objetivamente pueda mejor asegurar la legitimidad del acto administrativo, como hacemos en materia de fecha real o presunta de emisión y fecha real de notificación, de todos modos la prueba de que ha existido simulación debería igualmente ser sancionada con la nulidad del acto. Pero nuestro derecho administrativo no funciona así.³²¹

11.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios

La simulación se parece al dolo en que es conducta artera o maliciosa; a diferencia del error, no es producto de la negligencia o del descuido, sino de la perversidad o de la mal entendida *viveza*. Se emparentó así con la desviación de poder, la mala

³¹⁸No se debería, pero se dice hasta por sentencias de la CSJN. Ver nuestro art. “La promulgación y publicación de las leyes,” *Derecho del Trabajo*, año XXIX, n° 10, Buenos Aires, 1969, p. 595 y ss., cuyo razonamiento estimamos plenamente vigente.

³¹⁹*Infra*, cap. X, § 10, “Formas de publicidad” y sig., y nota 177.

³²⁰Reservar el nombre de acto administrativo *eficaz* para el que produce efectos jurídicos porque ha sido notificado y el de “válido pero no eficaz” para el que no ha sido notificado, nos parece impropio. Acto administrativo, si por esto damos una noción jurídica, sólo puede ser denominado aquel acto que precisamente es eficaz, es apto para producir efectos jurídicos directos por sí sólo; el acto no eficaz en derecho, el acto que por sí sólo no produce efectos jurídicos propios, no justifica denominarlo bajo un concepto que evoca necesariamente su calidad de acto que introduce una modificación a los derechos o deberes de sujetos de derecho.

³²¹Nos remitimos una vez más a la “Introducción” de este vol. y al t. 1, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo.”

fe, la inmoralidad administrativa. Por estos motivos creemos que debe tenerse a su respecto un criterio amplio en cuanto a la admisión de medios probatorios, que deben serlo todos, incluso los indiciarios.³²²

11.3.3. *La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos*

La importancia de la simulación, en tanto enunciación de fechas falsas, personas interpuestas, apariencias engañosas, etc., debe también valorarse en relación al carácter de instrumento público que generalmente se reconoce a las actuaciones administrativas.³²³ Si el orden jurídico reconoce al instrumento administrativo el carácter de instrumento público, al menos con el alcance de dar fe pública de su fecha, firma y otorgamiento, pareciera que esa *fe pública* que la norma le atribuye debe estar respaldada por la sanción no sólo personal para el funcionario falaz, sino también para la administración, en la nulidad del acto. No creemos que sea coherente, en consecuencia, atribuir dicho carácter de instrumento público a los actos administrativos con el efecto de dar certeza en primer lugar a su fecha y simultáneamente permitir en forma lata la simulación precisamente de tal fecha sin sanción de nulidad.³²⁴ La administración, al simular cotidianamente la fecha de sus actos, porque se ha arraigado el hábito de antedatarlos, muestra con su propia conducta que carece de sustento fáctico considerar a sus actos como instrumentos públicos.

11.3.4. *Morosidad y simulación administrativa*

Un último supuesto a considerar es aquel en que la simulación tiene por objeto ocultar la demora en resolver. En vez de decidir algo en forma retroactiva se opta por poner una fecha anterior a la real, de modo tal que el efecto se produce de hecho retroactivamente,³²⁵ pero sin que quede constancia que el acto no se dictó oportunamente sino en una fecha ulterior. Es pues una forma de no dejar más huellas de la lentitud del trámite, que impidió hacer las cosas en el momento en que se supone debieran haberlo sido. Es bastante frecuente, por razones que sólo un sociólogo o psicólogo institucional sabría explicar. Su misma frecuencia y relativa “normalidad” hace que no se dicten nulidades por este motivo, en sede administrativa ni judicial y que nadie se pregunte siquiera por qué los actos se firman más tarde de lo que se suponía era lo debido.

Lo curioso es que la morosa administración es la más pronta a invocar la urgencia en sus procedimientos...³²⁶

³²² Ver *supra*, § 7, “Arbitrariedad.”

³²³ *Supra*, cap. VII, § 4, “La «plena fe» del instrumento público y el acto administrativo.” En contra, CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, cap. VI, § 15: “El acto administrativo y su condición instrumental.”

³²⁴ La contradicción, nos parece, es insuperable.

³²⁵ Es la solución del *Tartufo* de MOLIÈRE: *Le scandale du monde/ est ce que fait l'offense/ et ce n'est pas pêcher/ que pêcher en silence.*

³²⁶ Ver “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. VI.

CAPÍTULO X

FORMALIDADES

SUMARIO

| | |
|--|------|
| I. <i>Formas de instrumentación y publicidad</i> | X-1 |
| 1. Introducción..... | X-1 |
| 1.1. Finalidad..... | X-1 |
| 1.2. Enunciación..... | X-2 |
| 1.2.1. Procedimiento previo al acto..... | X-3 |
| 1.2.2. Instrumentación. Fundamentación o motivación..... | X-5 |
| 1.2.3. Notificación..... | X-5 |
| 2. La forma escrita..... | X-7 |
| 2.1. Su exigibilidad..... | X-7 |
| 2.2. Su registro físico: el papel, o el soporte electrónico..... | X-8 |
| 3. Lugar y fecha..... | X-10 |
| 3.1. La fecha..... | X-10 |
| 3.2. Lugar..... | X-11 |
| 4. El número..... | X-11 |
| 5. El órgano y entidad de que emana el acto..... | X-12 |
| 6. La fundamentación o motivación..... | X-13 |
| 6.1. Terminología y alcances..... | X-13 |
| 6.2. Fundamentos..... | X-16 |
| 6.3. Consecuencias de su omisión..... | X-18 |
| 6.4. Requisitos de una fundamentación suficiente..... | X-18 |
| 6.5. La fundamentación previa, concomitante y ulterior..... | X-20 |
| 6.6. La fundamentación defectuosa como excusa de la anulación judicial..... | X-23 |
| 7. Parte dispositiva o resolutive..... | X-24 |
| 8. La firma del acto..... | X-25 |
| 8.1. Distintos tipos de firma..... | X-25 |

| | |
|---|------|
| 8.2. El acto sin firma alguna..... | X-25 |
| 8.3. Variantes de firma a ruego en la función pública | X-26 |
| 8.4. Algunas formas anómalas de certificación | X-27 |
| 8.5. La firma por sello | X-27 |
| 8.6. El correo electrónico sin firma..... | X-27 |
| 8.7. La firma electrónica o digital | X-28 |
| 9. Otras formas de instrumentación | X-29 |
| 9.1. Forma oral..... | X-29 |
| 9.2. Signos..... | X-30 |
| 9.3. Actos tácitos | X-31 |
| 9.4. El silencio | X-32 |
| 9.5. El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?..... | X-33 |
| 10. Formas de publicidad | X-34 |
| 11. Especies de formas de publicidad: publicación y notificación | X-35 |
| 11.1. ¿La publicidad no integra el acto? | X-36 |
| 11.2. Publicación..... | X-36 |
| 11.3. Notificación | X-37 |
| 11.3.1. Requisitos de validez..... | X-38 |
| 11.3.1.1. Transcripción íntegra del acto | X-38 |
| 11.3.1.2. Recursos, plazos y efectos..... | X-38 |
| 11.3.1.3. Vista de las actuaciones | X-39 |
| 11.3.1.4. Plazo de la notificación válida..... | X-39 |
| 11.3.1.5. Otros..... | X-40 |
| 11.4. La notificación verbal..... | X-40 |
| 11.5. La notificación espontánea | X-41 |
| 11.6. No cabe la notificación espontánea de un reglamento | X-41 |
| II. <i>Otros criterios relativos a la forma. Crítica</i> | X-41 |
| 12. La forma y la expresión de la voluntad | X-41 |
| 13. La distinción entre formas ad substantiam y ad probationem | X-42 |
| 14. La distinción entre formas esenciales y no esenciales..... | X-43 |
| 14.1. El criterio doctrinario y legal..... | X-43 |
| 14.2. Casos de nulidad por violación de formas | X-44 |
| 15. Crítica de la distinción entre forma y formalidad..... | X-45 |
| 16. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo..... | X-46 |
| 17. Argüendo: ¿quid si hablamos de formas esenciales? | X-46 |
| 18. El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros | X-47 |

Capítulo X

FORMALIDADES

I. Formas de instrumentación y publicidad

1. Introducción

1.1. Finalidad

Así como en el procedimiento o trámite administrativo existe el principio del informalismo a favor del individuo,¹ en materia de acto administrativo cabe postular que la regla son las formalidades del acto, en el sentido de que ellas están concebidas como garantía del ciudadano² y como tales deben ser aplicadas e interpretadas.³ No se trata, pues de meras cuestiones de forma, sino de formalidades que deben ser cumplidas en resguardo de la legalidad.⁴ Son resguardos extrínsecos que establece el derecho para evitar las decisiones irreflexivas, precipitadas, insuficientemente estudiadas,⁵ a lo que se suman recientemente cada vez más y mejores recaudos intrínsecos que el acto debe satisfacer.⁶ Sería pues un grave error suponer que se pueda presumir el carácter accesorio de las

¹ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado” y ss.

² En tal sentido VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santafé de Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., p. 152.

³ Ello muestra una vez más la íntima conexión entre acto y procedimiento administrativo, que ha llevado a muchos autores a unir ambos temas en un sólo vol.

⁴ Una de ellas es el cumplimiento de las reglas de procedimiento previas al acto.

⁵ JÈZE, GASTÓN, *Los principios generales del derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1949; HAURIU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, p. 453, nota 3; FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, p. 195, nota 2; DUPUIS, GEORGES (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, Economica, 1979, p.11.

⁶ Razonabilidad: *supra*, cap. VIII, § 8, “Irrazonabilidad;” cap. IX, § 7, “Arbitrariedad,” a § 9, “Diferencia entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley;” prohibición de actuar contradictoriamente, o sea *contramarchas* o *voltefaces* pues *venire contra factum proprium non valet*; sorpresas; *confianza legítima*, etc.: *supra*, cap. IX, § 4.2 e *infra* § 9.4, “El silencio,” nota 161; control de los hechos determinantes y principios jurídicos indeterminados; discrecionalidad cero; principio de la única solución justa.

formalidades. Ello está uniformemente establecido en el derecho francés desde el siglo XIX.⁷ Tampoco tendría sentido resucitar la distinción que ya criticara con acierto LAFERRIÈRE en 1896, en el sentido de pretender diferenciar entre formalidades establecidas en interés de la administración⁸ o del individuo en el caso singular. No están hechas individualmente en interés de uno o del otro, sino de la sociedad, para que la administración se vea limitada a no actuar intempestiva, inconsulta, inaudita, irreflexivamente. No puede comportarse intempestivamente y por ello debe dar aviso; no puede resolver inconsultamente y por ende necesita requerir dictámenes e informes; no ha de decidir inauditamente y en consecuencia debe oír al interesado antes de dictar el acto; le está prohibido obrar irreflexivamente y por ello está obligada a dar las razones de su decisión en el mismo instrumento del acto.

El particular no tiene la libre disposición de estas garantías en el caso concreto.⁹ Él no puede dispensar a la administración de pedir dictamen jurídico, de fundar su acto, etc. Tampoco puede válidamente hacerlo el juez, aunque lo haga. Ni puede perdonar los vicios y dar una oportunidad tardía de “cumplirlos,” como si fuera un “recuperatorio” por un examen parcial reprobado. Si el acto era apto para producir efectos jurídicos, debía entonces estar conforme a derecho en ese momento, no presentarse a rendir un *repechaje* tardío.

Por ello se cita mal el derecho francés en el derecho administrativo argentino, en este punto, cuando se invoca el principio *pas de nullité sans grief*. Pues desde el siglo XIX el derecho francés es uniforme en señalar que las partes pueden pedir la nulidad por “omisión de una formalidad, aún cuando esta omisión no les afecte personalmente.”¹⁰ El tribunal no puede allí declarar de oficio la nulidad no pedida, pero puede señalar los vicios que el acto a su criterio tiene, aunque no sean los señalados por el actor. Se reputa, como es obvio, que el juez conoce el derecho.

1.2. Enunciación

Cabe destacar entre todas ellas, por su importancia como mecanismo indispensable de contralor judicial y tutela de los derechos, en primer lugar la funda-

⁷ Lo señala, puntualizando que todos los autores concuerdan en exponer así la jurisprudencia, HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975, p. 242, nota 24. Recuerda a LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, París, Berger-Levrault, 1896, p. 521.

⁸ O, como dirían otros en el siglo XX, bien común, interés público, interés superior y ético del Estado, etc. Ver *supra*, cap. IX, § 8.4.1.1, “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.,” *supra*, t. 2, cap. VI, § 5 “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis*, *Everything and Nothing*” y sus respectivas referencias.

⁹ Y menos la administración, debiera ser obvio. Por ello a nuestro juicio se comete un error permitiéndole subsanar tardíamente los vicios o invocar la prescripción o la caducidad para no anularle actos.

¹⁰ LAFERRIÈRE, t. II, *op. cit.*, p. 523; RDP, 1906, 668, nota de JÈZE; hasta el presente: HOSTIOU, *op. cit.*, p. 244.

mentación o motivación del acto administrativo; si se computan aquí también las formalidades del procedimiento previo a la emanación del acto, cabe recordar la indispensable audiencia y prueba del interesado y el dictamen jurídico de los organismos permanentes de asesoramiento jurídico y otros informes, dictámenes o trámites esenciales.¹¹

Las formalidades que el acto debe cumplir de acuerdo al ordenamiento jurídico incluyen entonces:

1.2.1. *Procedimiento previo al acto*

En orden cronológico, primero la preparación de la voluntad a través del debido proceso administrativo, lo que incluye múltiples etapas, tales como audiencia del interesado,¹² dictamen jurídico previo,¹³ otro informe o trámite sustancial, etc.

El decreto-ley incluye al dictamen jurídico previo y otros trámites sustanciales (como a tenor del art. 1° lo es la defensa previa) dentro del requisito que denomina procedimientos en el art. 7°.¹⁴ Allí lo incluye junto a la “causa,” competencia, etc., todo lo cual fulmina de nulidad, o nulidad absoluta en su terminología, en el art. 14 y a *contrario sensu* en el art. 15 según la reforma del decreto-ley 21.686/77. La omisión de satisfacer cualquiera de estos trámites o procedimientos sustanciales previos a la emisión del acto lo vician de nulidad, conforme al texto del decreto-ley. Así el art. 14 expresa que “El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e

¹¹ Es que el acto estatal no puede válidamente surgir de la nada, como la inspiración o el arrebato del momento. Necesita, para ser válido, contar con sustento fáctico y éste debe estar documentado, referenciado, invocado, dictaminado, comunicado previamente al interesado. El acto nace válida-mente sólo dentro de un procedimiento legítimo, leal, serio.

¹² *Supra*, cap. IX, § 4.3, “Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia.” Para mayor énfasis, por la importancia trascendental que la defensa previa tiene en un Estado de Derecho (como vimos en el t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa)”), reiteramos aquí, al tratar de las formalidades del acto, lo que ya expusimos en el cap. referido a la preparación de la voluntad administrativa. Si la reiteración fuera el precio a pagar para que el principio jurídico se cumpla, bien vale la pena. Lo mismo hacemos con la fundamentación o motivación, que incluimos aquí como § 6, “La fundamentación o motivación” y antes dentro de los vicios de la voluntad (cap. IX). La doctrina y jurisprudencia han preferido siempre incluirla dentro de la forma, *v. gr.* MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, “Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia,” *LL*, 1989-C, 1014. El decreto-ley 19.549/72 incluye al dictamen previo, audiencia previa, etc., dentro del requisito o elemento “Procedimientos;” en igual sentido COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 82 y ss.; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 3, § 3.4, pp. 40-2. No importa que se prefiera denominarlo forma, formalidad o procedimiento, la cuestión es que no por eso se transmute la nulidad que en caso de omisión determina el art. 14, por una supuesta anulabilidad que no surge de las normas vigentes. No sigamos pues el derecho español que al categorizar un vicio como de forma ya quiere ver en su violación una “irregularidad no invalidante;” GARRIDO FALLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1993, p. 179 y sus referencias. Ver el texto y la nota siguiente. Algo similar puede decirse de los vicios que contemplan los arts. 13, 14 y 15 de la ley 25.188.

¹³ *Supra*, cap. IX, § 4.5, “Opinión, dictamen o informe sustancial.”

¹⁴ Ver legislación comparada en BREWER-CARÍAS, ALLAN R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, séptima parte, secc. III, § 1, p. 220.

insanable en los siguientes casos: [...] b) [...] por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.”

El art. 15, con la reforma del decreto-ley 21.686/77, expresa que “Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio *que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales*, el acto será anulable en sede judicial,” lo cual si bien está encausado a reforzar la regularidad del acto así viciado refuerza de todos modos, *a contrario sensu*, la idea de que si falta alguno de los requisitos o elementos esenciales mentados en el art. 7º, *v. gr.* los del inc. d), no estamos ante un supuesto de anulabilidad sino de nulidad o nulidad absoluta.

El problema de incluir estos requisitos dentro de la forma es que pueden llevar a quitarles importancia, como ocurre en autores que afirman que si se castigara la falta de dictamen jurídico como previo con la nulidad, “la forma dejaría de ser un requisito o elemento de naturaleza instrumental para convertirse en la esencia del acto, lo cual carece de sentido.”¹⁵ Sin embargo, conforme a la terminología del decreto-ley, el dictamen jurídico es esencial,¹⁶ llámeselo como se lo llame en el cuadro de los vicios o elementos. Por ello en nuestro proyecto de 1964 decíamos en el art. 133 —base no mentada en el proyecto de 1972 pero sí en la obra de MARIENHOFF— que “El vicio del acto es grave si se ha omitido el cumplimiento previo de algún dictamen o trámite sustancial previsto expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico.” Eso es precisamente lo que surge de la conjunción de los arts. 7º y 14 del decreto-ley 19.549/72. Similares disposiciones encontramos en el régimen de procedimiento administrativo porteño.¹⁷

La calificación de vicio grave corresponde en esa fuente del decreto-ley a la *nulidad*, o *nulidad absoluta* como éste dice. El decreto-ley es muy claro en cuanto a la importancia jurídica que otorga al dictamen jurídico,¹⁸ incluso por encima del dictamen técnico cuando se trata de cuestiones de derecho, p. ej. cuando expresa en el art. 5º que “La decisión final de las cuestiones de competencia se tomará, en ambos casos, sin otra sustanciación que el dictamen del servicio jurídico correspondiente y, si fuere de absoluta necesidad, con el dictamen técnico que el caso requiera.”

Además el criterio lo reitera claramente el art. 7º, al expresar que dentro de los “Requisitos *esenciales* del acto administrativo” se incluyen los *Procedimientos*: “d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.”

“Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también *esencial* el dictamen proveniente de los servicios permanentes de aseso-

¹⁵ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 203.

¹⁶ CNFed. CA, Sala II, *Astilleros Fuegoínos*, 3 de Marzo de 2005; Sala I, *Aliment AR SA.*, Abril de 2006.

¹⁷ Decreto 1510/97 ratificado por “Resolución” 41/98, de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, arts. 7º y 14.

¹⁸ Costa Rica, art. 356.

ramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.”

La omisión de estos requisitos expresos del ordenamiento jurídico es causal de nulidad en el decreto-ley; la Procuración del Tesoro de la Nación lo admite para la indefensión,¹⁹ pero no para la falta de dictamen jurídico previo,²⁰ omitiendo así en definitiva defender la profesión de abogado del Estado de cuyo cuerpo es su Dirección General.²¹ La jurisprudencia judicial no es proclive a declarar estas nulidades salvo un cúmulo excesivo de vicios simultáneos.

Toda esa serie o secuencia de actos que conforman el procedimiento previo a la emanación del acto administrativo constituyen un elemento indispensable de su validez²² y de prueba en el expediente mismo. “Hace falta, pues, que existan antecedentes, caminos seguidos, surcos trazados, etc. [...] que permitan observar y conocer como han ido evolucionando a través de las épocas. Por esto se exige fundamentalmente el denominado expediente.”²³

1.2.2. Instrumentación. Fundamentación o motivación

En el momento instrumentarse la declaración escrita es necesaria su expresa, razonada y explícita fundamentación. Ella permite entenderlo a través de sus propios fundamentos y tener prueba de él, su causa o sustento fáctico, su finalidad, etc., elementos de su contralor administrativo y jurisdiccional.²⁴

1.2.3. Notificación

Por último, para nacer al mundo jurídico como tal el acto debe darse a conocimiento del público o de las personas a quienes afecta,²⁵ sin lo cual no es apto para producir efectos jurídicos y mal puede entonces ser llamado acto administrativo o

¹⁹ *Dictámenes*, 74: 391, citado en coincidencia por CASSAGNE, *op. cit.*, p. 202, nota 138, quien también cita otra doctrina, entre ella la nuestra y jurisprudencia concordante en el mismo criterio, notas 135 y 136. Pero también hay fallos, que el mismo autor recuerda, que admiten el saneamiento judicial de la indefensión administrativa: CSJN, 253: 232; 258: 299.

²⁰ Dictamen del 2-III-78, *Ford Motor Argentina*, citado por CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 203, quien adhiere a dicho criterio. Hemos citado más arriba sus palabras y nuestro comentario.

²¹ Ver *supra*, t.1, cap. XII, § 13.4, “El Procurador del Tesoro de la Nación.”

²² Ver CSJN, *Adidas*, con nota de CANDA, FABIÁN OMAR, “El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación,” *ED, Serie Especial de Derecho Administrativo*, 28-VI-2002, pp. 5-8.

²³ GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 157; o como dice también en la p. 135, “es en el proceso de formación donde se esconden los motivos reales de la actuación,” sin perjuicio desde luego del indispensable conocimiento directo e inmediato de la realidad que explicamos en el cap. I de los vols. 1 y 2; es el mismo criterio que orienta COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, *op. cit.*, p. 82 y ss.

²⁴ Ver *infra*, § 6, “La fundamentación o motivación.”

²⁵ Comp. SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 111. ZELAYA, SIMÓN F., “Forma del acto administrativo,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 62 y ss., excluye a la publicidad como parte de la forma del acto administrativo.

norma jurídica.²⁶ Ya vimos en su oportunidad que la terminología que diferencia la “existencia” del acto, supuestamente nacido antes de su notificación y la eficacia que nacería con tal notificación, no es la más adecuada. En tal terminología el acto nace, pero no al mundo jurídico, sino al mundo de la experiencia. No parece una terminología apropiada para el lenguaje jurídico, sin perjuicio de que pueda ser sociológicamente apta.²⁷ No siempre se cumplen ni presentan los dos tipos de forma de manera separada y puede entonces darse un acto a conocimiento de los interesados sin estar documentado en parte alguna: es el caso de los actos expresados verbalmente, o por algunos tipos de signos o señales; con todo, la regla es que los actos sean documentados por escrito. Sobre esto volveremos más adelante. En cambio, un acto no puede carecer de forma de publicidad y sin embargo ser apto para producir efectos jurídicos ya que la publicidad del acto es un requisito previo a su exigibilidad.

Una excepción a esta regla la constituye el silencio administrativo positivo y el negativo. El primero, cuando el ordenamiento asigna a la falta de decisión expresa de una petición en el término que la ley o la reglamentación fija, el alcance de acceder a lo solicitado. Hay en este punto una doble expansión de lo que también se ha dado en llamar “modo no formal” de expresión de la voluntad administrativa.²⁸ Por un lado aumentan con el tiempo los supuestos en que textos expresos acuerdan valor al silencio de la administración;²⁹ por el otro, se confiere creciente importancia al cumplimiento y respeto del comportamiento administrativo a principios tales como la buena fe, la *confianza legítima*, la interdicción de contramarchas, la ausencia de sorpresas,³⁰ etc. El segundo, cuando la ley otorga al interesado, además del derecho que tiene *siempre* a exigir una decisión expresa a través del amparo por mora de la administración, la alternativa adicional —a su exclusiva opción— de seguir con las demás vías de impugnación, caso en el que entonces a veces se expresa que se ha producido un acto de denegación tácita,³¹ sin necesidad de instrumentación o de notificación alguna.

Salvo estas excepciones, por lo general cabe decir que el acto debe quedar documentado y además debe ser dado a publicidad; que la omisión o el defectuoso

²⁶ Ver *supra*, cap. II, § 2.3, “La cuestión de la notificación.”

²⁷ Ver *supra*, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico;” BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en el libro de ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 199.

²⁸ DEBBASCH, CHARLES, “Les modes non formels d’expression de la volonté de l’administration,” en *Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XX, París, 1968, pp. 263-73.

²⁹ MONNIER, MIREILLE, *Les décisions implicites d’acceptation de l’Administration*, París, LGDJ, 1992, p. 93.

³⁰ Ver *supra*, cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima;” *infra*, § 9.4, “El silencio,” nota 161.

³¹ También se usan expresiones como acto ficto, ficticio, presunto, etc., aunque en realidad son expresiones que de alguna manera rinden todavía tributo a la vieja y superada idea de centrar lo procesal administrativo o “contencioso administrativo” sobre la “revisión” del acto y no sobre las pretensiones procesales del actor.

cumplimiento del primer requisito puede afectar de distintos modos la validez del acto, transformándolo en anulable, nulo o inexistente según la importancia de la transgresión. El decreto-ley 19.549/72 expresa que la violación “de las formas esenciales” es causal de nulidad (art. 14, inc. b); también señala en general que las irregularidades intrascendentes no afectan la validez del acto (art. 15); pero no dice qué vicios de forma originan la anulabilidad, ni tampoco concreta cuáles son las supuestas formas esenciales que determinan la nulidad. Por nuestra parte y como lo explicamos más adelante,³² consideramos que en última instancia cada uno llama esencial a aquello que considera *importante, significativo, trascendente, grave*, etc. En este sentido y con este contexto, es suficiente entonces con hablar de la importancia relativa de la transgresión de forma, el caso: Según dicha importancia corresponderá pronunciarnos por la validez, anulabilidad, nulidad o inexistencia del acto. En el caso de la falta de publicidad, en cambio, el acto no está viciado sino que no es exigible hasta tanto este requisito sea cumplimentado. En nuestra perspectiva, no ha nacido aún al mundo jurídico.

2. La forma escrita

2.1. Su exigibilidad

La forma de documentación por antonomasia es, desde luego, la escrita, que constituye la regla general,³³ aunque cabe advertir *ab initio* que así como ello pudo en la historia estar representada por piedras, tábulas, papiros, etc., para pasar recientemente al papel, abarca cualquier soporte físico que la tecnología produzca evolutivamente con algún grado de certeza.³⁴

Al expresarse el acto por medio de la escritura permite fundamentar más acabadamente la decisión y permite también valorar debidamente la legitimidad del acto. La forma escrita debe verse ante todo como una garantía de los administradores,³⁵ pues allí podrán ellos encontrar la certeza respecto al contenido y alcance de los deberes o derechos que de tales actos emanen. Esa certeza y aquella fundamentación no se dan en igual medida en otras formas de documentación, ni en aquellos casos en que dicha documentación escrita no existe. No hay normas jurídicas que impongan una determinada estructura formal del acto, aunque existen prácticas y costumbres en el sentido de hacerlo de determinada manera;

³² En § 14, “La distinción entre formas esenciales y no esenciales” y 15, “Crítica de la distinción entre forma y formalidad.”

³³ Decreto-ley 19.549/72, art. 8°; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, p. 182; PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149; 104: 4; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 338; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 166; BREWER-CARÍAS, *Principios del Procedimiento...*, *op. cit.*, séptima parte, secc. III, § 2, p. 222.

³⁴ Puede verse, para los comienzos de la era actual, BIELSA, RAFAEL ANTONIO, *Recuperación de documentos jurídicos por medios automatizados*, Milán, Giuffrè, 1986.

³⁵ HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 730, quien agrega que también es una garantía para el interés general.

con todo, “estos usos no tienen ninguna fuerza jurídica”³⁶ y las exigencias formales que el acto debe satisfacer para ser legítimo no habrán, en consecuencia, de ser juzgados de acuerdo a tales usos, sino a los principios pertinentes que aquí analizaremos. En tal sentido, se sostiene que un acto administrativo puede incluso revestir la forma de una simple carta, si reúne los demás requisitos (firmas, etc.).³⁷ Con todo, esta relativa latitud de las formas se aplica principalmente en relación a formas de poca trascendencia, no así a otras de mayor importancia, p. ej., el hecho mismo de la forma *escrita* es a nuestro modo de ver una formalidad muy importante, en cuya ausencia sólo muy limitadamente puede admitirse la validez del acto. El art. 8° *in fine* confirma este criterio al expresar que “solo por excepción y si las circunstancias lo permitieran podrá utilizarse una forma distinta.” Las posibles excepciones las analizamos más adelante.³⁸

2.2. *Su registro físico: el papel, o el soporte electrónico*

Hay un aspecto de la forma escrita que los autores del decreto-ley no pudieron imaginar en 1972 y es la relativa a cuál es el soporte físico de la escritura. Nuestro pensamiento se hallaba demasiado habituado a la desaparición de los papiros, palimpsestos, inscripciones funerarias, tablas o tablillas, etc. y hubiera parecido en el pasado que el soporte en papel fuera el único modo de documentar algo por escrito. Sin embargo ello ya no es más así, como lo acredita hace tiempo en el derecho privado la microfilmación de cheques en los bancos, luego la digitalización de los comprobantes de gastos por las empresas de tarjetas de crédito, los cajeros automáticos, las compras por Internet, las operaciones telefónicas en directo o por *voice mail*, la transferencia bancaria de fondos por vía telefónica o de modem, la compraventa de acciones por órdenes emanadas de un programa de computación que tiene determinado de antemano los niveles de compra o de venta, la contratación de films por la televisión satelital, todo lo cual va progresivamente generalizándose con soporte fílmico, magnético, electrónico, etc., pero no ya de papel, al menos en el comercio privado. En todo caso, la lectura de medidores de gas, electricidad, etc., pasa por el inspector que lee (visualmente, perdónese el pleonasma) los instrumentos y toma a mano, en su agenda, notas provisionales. Ellas irán después a constituir la información que se traslada a la confección electrónica de la factura, con los datos así recolectados. El dato o registro inmediato de la facturación está en soporte informático, no en papel³⁹ y la notificación lo estará en papel por algún tiempo más, pero no necesariamente

³⁶ LIET-VEAUX, “L’acte administratif,” fascículo 106 del *Juris Classeur Administratif*, t. I, París, 1963.

³⁷ LIET VEAUX, *op. loc. cit.*; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 261, § 165, notas 103-5. Pero esto no sería ya aplicable a un decreto; *infra*, § 15, “Crítica de la distinción entre forma y formalidad;” ver ZELAYA, *op. cit.*, p. 64.

³⁸ Ver *infra*, § 9, “Otras formas de instrumentación.”

³⁹ Salvo *mediata* y provisionalmente en los papeles de trabajo, cuaderno, libreta, etc., del inspector que toma las mediciones.

siempre. Algo parecido ocurre en materia de infracciones de tránsito en el ámbito local,⁴⁰ en que el registro se produce fotográficamente, luego se procesa, digitaliza e imprime. Si en el proceso penal se admite como prueba del delito la autenticidad de una filmación en la medida que el dato fílmico pueda ser corroborado por el juez y no sea fraguado,⁴¹ con mayor razón en el proceso de faltas. Ni uno ni otro tienen asegurada perdurabilidad absoluta: Una acordada de la Cámara Nacional del Trabajo manda incinerar los poderes originales de más de dos años de antigüedad cuyos juicios no hayan sido iniciados, como también su soporte informático en las bases de datos del Poder Judicial.⁴²

La legislación ha comenzado a dar sus pasos en la materia y así es como el art. 24 de la ley complementaria permanente de presupuesto autoriza el soporte electrónico u óptico indeleble de la documentación financiera, de personal y control de la administración pública nacional, los que serán considerados originales, con pleno valor probatorio en los términos del art. 995 del C.C. Los documentos originales o de primera generación carecerían, después, de valor jurídico.⁴³ Diversas facultades de la Universidad de Buenos Aires, de igual modo, admiten la inscripción a los cursos mediante su sitio *web*, contribuyendo de tal modo eficazmente a suprimir paulatinamente las colas y formularios; la proliferación del sistema al resto de la administración es sólo cuestión de tiempo.⁴⁴

La AFIP-DGI, que fue pionera en exigir a los contribuyentes el soporte magnético de sus presentaciones, ha comenzado también a ampliar el rango de sus actos y comunicaciones por medios electrónicos. Se ha implementado la comunicación informática de ciertos actos administrativos⁴⁵ a pequeños contribuyentes; los medianos y grandes ya estaban comprendidos de antes. Así p. ej. para hacer imprimir facturas o recibos válidos es necesario acudir a una imprenta autorizada por la AFIP-DGI, imprenta que a su vez debe solicitar por Internet a la AFIP-DGI la autorización de la impresión solicitada por el contribuyente. El acto administrativo de autorización de la AFIP-DGI, expresado y transmitido por Internet, nos parece válido aún sin registro en soporte de papel. El Registro Nacional de Reincidencia está igualmente pasando los datos penales a soporte magnético, con los recaudos del caso. Es una tendencia claramente irreversible.

⁴⁰ *Infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas” y cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

⁴¹ TOral Criminal Federal, Paraná, *Meichtry*, 1998, *LL*, 2000-A, 240, con nota de PALACIO, LINO ENRIQUE, “El principio de exclusión probatoria, el derecho a la intimidad y la videofilmación de consumo y fraccionamiento de estufefacientes,” *LL*, 2000-A, 239.

⁴² *B.O.*, 3-III-1999, 1ª sección, p. 31, subsección “Avisos.”

⁴³ Ver la ley permanente de presupuesto 11.672, t.o. decreto 1.110/05.

⁴⁴ En la administración del sector energético la implementación y/o acentuación de estos medios y sistemas se hace presente tanto en el Estado como en otras organizaciones que ejercen función administrativa: GARCÍA MIRA, SANTIAGO J., “Energía: Aspectos positivos que trascienden la emergencia,” *LL*, 2007-A, 1192.

⁴⁵ Res. gral. AFIP 1995/06; con la opción de constituir domicilio fiscal electrónico, res. gral. AFIP 2109/06, aunque se conserva la obligación de que el individuo fije un domicilio fiscal real.

El geométrico aumento de documentación escrita lleva inexorablemente a que el acto escrito en papel vaya pasando a la categoría de acto denominado “de primera generación,” que a veces el derecho tiende a sustituir y eliminar.⁴⁶ Es posible que el registro electrónico de datos y de actos administrativos, no haga desaparecer *totalmente* al soporte en papel; ya se vio que las computadoras no han disminuido sino incrementado su uso en la oficina o la utilización personal y tener un libro en la computadora no supe tenerlo en las manos. Tampoco lo contrario es verdadero, por cierto: ya no alcanza tampoco con tener el papel impreso, es indispensable también contar con el soporte electrónico (digital, etc., o como se lo llame en el futuro) para un manejo más eficiente de la información. Nos parece que el acto que consta en una base de datos o *server*, sitio *web*, o lo que fuere en el futuro, cumple con el requisito de la forma escrita aunque no esté también asentado en papel.⁴⁷ Quedarán pendientes diversas cuestiones: que sea susceptible de prueba y pueda acreditarse que es fidedigno, la firma, el tema de la notificación o publicación según el caso —sobre lo que volvemos en este mismo cap.— pero son cuestiones técnicas que el tiempo habrá de resolver rápidamente. La economía de tiempo que se produce, en tanto se adopten los debidos recaudos de fidelidad, sobrepasa con creces cualquier dificultad material que se pueda puntualizar como obstáculo y que el avance tecnológico ciertamente habrá de superar. Lo mismo cabe decir de otras tecnologías, como las fotografías digitalizadas, etc.

3. Lugar y fecha

3.1. La fecha

La omisión, el error o incluso la absurdidad de la fecha (*v. gr.*, que apareciera como de varios años después del momento en que se lo conoce), puede quedar subsanada con la forma de publicidad y en tales casos se tendrá por fecha del acto aquélla en que ha sido publicado o notificado.⁴⁸ En todo caso, la regla es que normalmente “no hay jamás vicio de forma por omisión o irregularidad de la fecha.”⁴⁹ Si la fecha es necesaria para determinar la competencia ella es exigible; señala HELLBLING asimismo que en el caso de actos de órganos colegiados es igualmente obligatoria la indicación de la fecha,⁵⁰ para así apreciar si se han cumplido los requisitos de *quorum* y sesión.

La fecha puede resultar importante para determinar la invalidez del acto cuando está ligada al ejercicio temporalmente limitado de una competencia: Así

⁴⁶ Ver PIAGGI, ANA I., “Reflexiones sobre la contratación electrónica,” *LL*, 1999-A, 750.

⁴⁷ La ley 24.624 de “despapelización” incentiva el reemplazo de la documentación original archi-
vada del Estado por soportes electrónicos u ópticos de carácter indeleble.

⁴⁸ FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, pp. 329-30; PTN, 97: 248; WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 26.

⁴⁹ HOSTIQU, *op. cit.*, p. 307.

⁵⁰ HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 338.

p. ej. en el contrato de suministro el acto de adjudicación debe *dictarse* dentro del plazo de mantenimiento de las propuestas y *notificarse* dentro del tercer día; la orden de compra debe *emitirse* en igual plazo y *notificarse* dentro de los siete días de la adjudicación.⁵¹ Lógicamente, si la fecha en que figura que se dictó es posterior al término reglamentario, el acto es inválido por incompetencia; si no consigna fecha, podrá resultar que en verdad también fue dictado fuera de término, con igual consecuencia; o, aunque indique la fecha formalmente procedente, podrá también probarse que dicha fecha es falsa y que el acto fue antedatado.⁵² Lo mismo cabe decir de las observaciones del Tribunal de Cuentas en las Provincias en que existe, de la decisión del Poder Ejecutivo en relación al veto del presidente en la sociedad de economía mixta, etc.

3.2. Lugar

Iguales principios cabe aplicar en relación al lugar.⁵³ Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, “El lugar no constituye un requisito de validez del acto. El ordenamiento jurídico no exige que los actos se realicen en un lugar determinado. Un Ministro puede adoptar un acuerdo en el edificio donde se encuentra el Ministerio, en su domicilio o en cualquier otro lugar. Carece de relevancia jurídica el lugar en que se dicte el acto.”⁵⁴

Esta regla tiene excepciones en materia de órganos colegiados, en los cuales suelen existir normas exigiendo que las sesiones se celebren en la sede del órgano o, en caso de necesidad, en lugar especialmente habilitado al efecto de la sesión, a los efectos de un mejor control social.

4. El número

El hábito del número para las resoluciones y decretos viene dado no por el derecho sino por la práctica administrativa, que siempre da un orden correlativo por fecha y por números a las decisiones, para su mejor constatación. La falta de número, en consecuencia, no vicia por sí sola el acto, a menos que sea indicación de otro vicio mayor.

⁵¹ “Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado,” decreto 436/00, arts. 82 y 84 y pliego único de bases y condiciones generales para la contratación de bienes y servicios del Estado, res. ME 834/2000, B.O. 19-X-2000, arts. 21 y 22. Conviene recordar, en cualquier caso, las prevenciones de MAIRAL que recordamos en la “Introducción,” nota 3 y sus remisiones.

⁵² HOSTIOU, *op. cit.*, p. 308, señala que con ello reaparece el vicio de incompetencia, que termina absorbiendo al vicio de forma. Si no hay incompetencia *ratione temporis*, ya vimos que la simulación en la fecha es común y fruto del hábito más que del dolo, por lo que algunos consideran que no afecta *per se* la validez del acto. Es el tema de la *retrodatazione* y *retroattività*, o de la *Rückdatierung* y *Rückwirkung*, que en español tiene menos plasticidad semántica, pero no por ello menos aplicación empírica. Ver: *supra*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 11.3.1, “Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad.”

⁵³ FORSTHOFF, *op. cit.*

⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo, op. cit.* p. 333.

Sin embargo y precisamente porque ninguna norma lo exige, la falta de número en modo alguno vicia el acto en cuestión.⁵⁵ Algo parecido ocurre con las normas positivas que en algunos ordenamientos exigen el registro del acto, o su transcripción en el libro de actas: se lo considera un medio de prueba pero no un recaudo que condiciona su existencia.⁵⁶ Ambas soluciones se vinculan a veces en una *praxis* que combina esta informalidad con la simulación en la fecha, que parte de la doctrina considera no invalidante del acto. Se trata de emitir un acto con fecha posterior, pero dándole fecha anterior, e incluso otorgándole un número anterior de resolución a la que por orden le correspondería si se tomara la fecha real, pero que sí coincide con la fecha ficticia retrospectivamente elegida.⁵⁷ Por lo general, no se trata tanto de maniobras dirigidas a violar algún precepto legal, sino de pura ineficacia administrativa que lleva a dictar tardíamente los actos que debió dictar oportunamente y prefiere entonces hacer como que lo dictó en término.⁵⁸ Va de suyo que no es algo para aplaudir, pero no parece realista postular en nuestro derecho viviente la nulidad o anulabilidad de estos actos, en ausencia de otros vicios que puedan coadyuvar a la invalidez. Máxime cuando también la justicia los comete, por tradición.⁵⁹

5. El órgano y entidad de que emana el acto

Debe haber una mención expresa en relación a cuál es el órgano o autoridad del cual el acto emana:⁶⁰ ello puede presentar diversas alternativas: declaración expresa en el texto del acto, membrete (en ciertos casos y con limitaciones) o sello aclaratorio de la firma. Si falta el sello aclaratorio⁶¹ y la firma es ilegible (por cierto, no podría pretenderse que la firma fuera necesariamente “legible” bajo sanción de nulidad del acto) la enunciación mencionada puede constar en otra parte del acto,⁶² lo que es también forma usual: “El director de (cargo y entidad) [...] Resuelve:” existiendo dicha aclaración el acto no tiene vicio alguno por la falta de sello o por ilegibilidad de la firma. Si la firma es conocida (por regla general,

⁵⁵ PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252. En dicho pronunciamiento se siguió expresamente la tesis que sostuviéramos en tal sentido en la primera edición de esta obra *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 149.

⁵⁶ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 7ª ed., p. 302.

⁵⁷ Más aún, hay oficinas de despacho en que se “reservan” números de resoluciones “vacías” para el supuesto que haya que antedatar alguna ulterior. Sobre esta *fictio iuris* ver *supra*, cap. IX, § 11.3.1, “Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad.”

⁵⁸ Hemos explicado distintos supuestos *supra*, cap. IX, § 11.3.1.

⁵⁹ La práctica es en efecto común en la justicia, donde con el “despacho” a veces se pone a los actos procesales fecha anterior a la real, por lo cual no ha de sorprender que la justicia no considere que la administración viola el orden jurídico cuando antedata un acto; realmente, es una práctica corriente en el ámbito forense. Ver CNFed. CA, Sala III, *Bonfiglio, LL*, 1997-B, 405, año 1996, que comentamos en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 57, “Antedatar sin costas,” p. 135.

⁶⁰ WINKLER, *op. cit.*, p. 27; ZELAYA, *op. cit.*, p. 65.

⁶¹ El cual no es, pues, imprescindible: HELLBLING, *op. loc. cit.*

⁶² FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 329, nota 69.

la firma del Presidente o del ministro), podría también llegarse a sostener que la falta de aclaración no lo vicia. Pero, salvados todos estos casos, si el acto no aclara en parte alguna de qué autoridad proviene, de modo tal que no puede siquiera considerársele individualizable o identificable, es por lo tanto y como mínimo nulo,⁶³ o con mayor exactitud a nuestro juicio inexistente.

6. La fundamentación o motivación

6.1. Terminología y alcances

Antiguamente empleábamos principalmente el vocablo motivación, pero la crítica que nos formulara nuestro gran amigo ALBERTO RAMÓN REAL ha sido demoledora. Aceptamos su señalamiento de que motivación es débil y dice poco para nuestra cultura jurídica: Hay que decir *fundamentación*, en la esperanza de que se entienda y aplique como el necesario razonamiento lógico que une a los hechos del caso con la decisión que en él se adopta. Permítasenos la licencia de recordarla: “GORDILLO en un agudo párrafo sobre la motivación enseña que constituye «La fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada». *Precisamente si es la fundamentación preferimos llamarla así.*”⁶⁴ Le hemos agregado la letra cursiva a unas palabras tan sencillas como irrefutables. Pero REAL agregó mucho más en este sentido resumen de toda una gran bibliografía coincidente salvo en la denominación.⁶⁵ La garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos. Por ello se ha dicho también que si una decisión no expresa cuáles son los motivos, en verdad ya no los tiene en el doble sentido de carecer asimismo de sustrato fáctico, de sustento en los hechos que deberían determinarla. Antes se expresaba que el acto que carece de explicación carece también de causa. No es

⁶³ WINKLER, *op. loc. cit.*; ZELAYA, *op. loc. cit.*

⁶⁴ REAL, ALBERTO RAMÓN, “La fundamentación del acto administrativo,” en AA.VV., *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Ediciones Rosarinas, 1980, p. 433 y ss., 439; “Fundamentación del acto administrativo,” *Revista de Direito Público*, 62: 5, San Pablo, Editora Revista Dos Tribunais, 1982.

⁶⁵ Ampliar en TAWIL, GUIDO S. y MONTI, LAURA M., *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, 1998; SUNDFELD, CARLOS ARI, “Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados,” *RDP*, 75: 118 (San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985); CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE, *La motivación del acto administrativo*, Asunción, Linotipia Germano, 1978; DE LA VALLINA VELARDE, JUAN LUIS, *La motivación del acto administrativo*, Madrid, ENAP, 1967; DUTRADE ARAÚJO, FLORIVALDO, *Motivação e controle do ato administrativo*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1992 y demás bibliografía que todos ellos citan.

lo que recibimos de la jurisprudencia. La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo,⁶⁶ por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos.⁶⁷ Otros autores también han advertido contra ese fenómeno de mantener los vestigios del absolutismo, radicados ahora en el Poder Ejecutivo, de la clandestinidad (llámese reserva, discreción, secreto, etc., pero clandestinidad al fin), so pretexto de proteger o tutelar el bien común o el bienestar general.⁶⁸ Ya lo vimos en el “poder de policía.”⁶⁹

Concluye por ello REAL con énfasis “Los latinoamericanos no necesitamos modelos absolutistas ni bonapartistas. Por el contrario, con toda evidencia nos sobra producción propia, exportable, de tales modelos.”⁷⁰

Vale por ello la pena repetir también lo dicho por la Sala IV de la CNFed. Contenciosoadministrativo:⁷¹ “La necesidad legal de fundar el acto administrativo no constituye una exigencia vacía de contenido ya que el propósito de la norma [...] radica en garantizar el derecho de los administrados haciendo que sea factible conocer las razones que indujeron a emitir el acto.”⁷² “Ello es así por cuanto los principios republicanos imponen la obligación a la Administración de dar cuenta de sus actos cumpliendo los recaudos exigidos para permitir que éstos puedan ser impugnados por quienes vean afectados sus derechos; y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad.”

La fundamentación debe mostrar el resultado final que se espera lograr con el objeto del acto, o sea su finalidad.⁷³ Más aún, sin una razonable fundamentación o explicación del acto caen también otras garantías constitucionales⁷⁴ y legales,

⁶⁶ CAETANO, MARCELO, *Principios fundamentales de derecho administrativo*, Río de Janeiro, Forense, 1977, p. 147: “La fundamentación ejerce en el acto resultante del ejercicio de poderes el mismo papel que en la sentencia: muestra cómo los hechos probados justifican la aplicación de cierta norma y la deducción de determinada conclusión, esclareciendo el objeto del acto;” PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, p. 71 y ss.

⁶⁷ REAL, *op. cit.*, p. 444. Comp. ZELAYA, *op. loc. cit.* CNFed. CA, Sala II, 06/X/05, *Vitagliano Rochaix, María T v. Administración Federal de Ingresos Públicos*.

⁶⁸ REAL, *op. cit.*, p. 443, recordando a GARCÍA DE ENTERRÍA en *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1981 y *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, 1974 y posteriores ediciones. Dos trabajos que todo administrativista debiera conocer y aprehender, al igual que sus más recientes *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed.; *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, 1997, 3ª ed.

⁶⁹ Nos remitimos a lo expuesto en el cap. V del t. 2 y en nuestro art. “Policía y Poder de Policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41; comp. *supra*, “Introducción,” las referencias de las notas 1 y 2.

⁷⁰ REAL, *op. cit.*, p. 444, a quien ya recordamos en igual sentido en la “Introducción” a este mismo vol. 3.

⁷¹ *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98, cons. 8, 2º y 3º párrafos.

⁷² Con cita de la CNFed. CA, Sala III, 7/4/83, *Cas T.V. S.A. s/ Comité Federal de Radiofusión*.

⁷³ REAL, *op. cit.*, p. 438. Permite por ende controlar si hay desviación de poder: CF Mendoza, Sala A, *Collado Cattani, LL*, 1997-D, 733, año 1996.

⁷⁴ Conf. Juzg. CA N° 1 de San Nicolás, causa 92, *D'Angelo c. Municipalidad de Baradero*, 15-III-2004, firme. CNFed. CA, Sala III, *Peralta c/ E.N. – PJN – C. Magistratura*, 26-IV-2006.

como el derecho a ser oído con prueba y alegato y tener dictamen jurídico previo al acto: Pues todo esto de nada vale si el acto nada dice de cuánto ha ocurrido antes de él para justificar y fundar por qué es dictado.⁷⁵ No basta con expresar una serie o secuencia de antecedentes de lo que se resuelve: pasó esto, pasó lo otro, pasó lo demás, ahora resuelvo tal cosa. Eso es escribir los antecedentes, hacer el relato circunstanciado del expediente, etc., pero le falta la argamasa de la razón: Debo decir además *por qué* considero que puedo hilar tales hechos en un *razonamiento* fundado, que me lleve al fin que deseo lograr en consonancia con la ley.⁷⁶

Hace falta justificar⁷⁷ el acto, razonarlo en función de los hechos de los cuales se parte,⁷⁸ efectuar la evaluación comparativa entre el fin perseguido o el interés a realizar y el medio elegido.⁷⁹ Si hay varias opciones debe explicar por qué elige la más gravosa, bajo pena de nulidad insanable.⁸⁰

La fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación,⁸¹ o sea sus motivos o presupuestos;⁸² es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por ello es el punto de partida fundamental para el juzgamiento de esa legitimidad.⁸³ Debe incluir no una mera enunciación de hechos, sino además una *argumentación* de ellos; o sea, debe dar las razones por las que se dicta, lo cual puede orientar al intérprete hacia el fin del acto.⁸⁴

⁷⁵ REAL, *op. cit.*, p. 444; algo de esto hemos dicho en el t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: Debido proceso (garantía de la defensa).”

⁷⁶ REAL, *op. cit.*, p. 438. En la jerga tribunalicia se ha llamado siempre relatores a los que preparan esa parte de la sentencia que cuenta el expediente: pero la decisión final, sea o no que también la prepare el relator, no puede prescindir del hilo conductor que lleva de ese relato a la decisión que se adopta. No puede haber un hiato, debe existir una línea argumental. Esto también funciona a la inversa, si un “mero error de cita” en la motivación se suple con el contexto del acto y del expediente: CSJN, *Dominique Val S.A.*, 6-03-07.

⁷⁷ REAL, *op. cit.*, p. 439.

⁷⁸ REAL, *op. loc. cit.*, con cita de GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ.

⁷⁹ REAL, *op. cit.*, p. 439, transcribiendo a ALESSI.

⁸⁰ CFed. Mendoza, *Collado Cattani, op. cit.*; THEA, FEDERICO G, “La fundamentación de decisiones de órganos colegiados: ¿retroceso en el control judicial de los concursos docentes”, en *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

⁸¹ RIVALTA, MARÍA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1960, p. 183 y ss. En igual sentido: España, art. 54; nuestro Proyecto de 1964, art. 106; Bolivia, art. 16 inc. h) y art. 63; Brasil, art. 50; Perú, art. 6°.

⁸² JUSO, RAFFAELE, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milán, giuffrè, 1963, p. 18. Para su vinculación con la causa ver DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 23 y ss. y sus remisiones.

⁸³ Ver BREWER CARÍAS, *Las Instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 125.

⁸⁴ DE ARAÚJO CINTRA, ANTÔNIO CARLOS, *Motivo e motivação do ato administrativo*, San Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, a quien a su vez sigue MEDAUAR, ODETE, *Direito administrativo moderno*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1998, 2ª ed., p. 167.

De la motivación sólo puede prescindirse en los certificados que dejan constancia de algo sin emitir opinión, juicio o decisión, sino mera constatación y en los actos tácitos,⁸⁵ pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad. Salvo en ese tipo de casos, la fundamentación es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales⁸⁶ e incluso en alguno de los actos expresados por signos.⁸⁷ Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un “medio de prueba en verdad de primer orden,”⁸⁸ sirviendo además para la interpretación del acto.⁸⁹

6.2. *Fundamentos*

La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de derecho: No creemos en consecuencia que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos o intereses de los individuos, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva.⁹⁰ En ese sentido tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación aún antes de la norma referida que como mínimo todos los “actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos” requieren una “motivación razonablemente adecuada.”⁹¹

Pero es que en realidad todos los actos administrativos deben como regla ser fundamentados⁹² y eso es por lo demás lo que exige el decreto-ley 19.549/72,⁹³ por lo que no cabe interpretarlo en forma menos exigente a la validez del acto que lo

⁸⁵ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 208; MURATORIO, JORGE I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” en AAVV, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 663 y ss.

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, *op. loc. cit.*; pero en esos casos es más necesaria aún la motivación, por la menor reflexión que supone en el órgano emitir un acto verbal que uno escrito.

⁸⁷ Ver más abajo la motivación en las señas, pitadas, etc. Cabe evitar el exceso ritual contra el que advierte COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 33, lo cual se logra con una aplicación razonable del concepto.

⁸⁸ RIVALTA, *op. cit.*, p. 186.

⁸⁹ RIVALTA, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*, p. 341; como indicó en su momento la Cám. Nac. Fed., Capital, *in re Fretes, LL*, 117: 608, año 1964, los considerandos integran el acto y determinan su extensión.

⁹⁰ La ley de procedimiento administrativo española exige la motivación en “los actos que limitan derechos subjetivos” y “los que resuelvan recursos,” por lo que GARRIDO FALLA la califica de “seguramente un retroceso” en la materia (*op. cit.*, 10ª ed., p. 446, quien agrega otros supuestos). Comparar COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, pp. 33-4.

⁹¹ *Dictámenes*, 96: 299, 307 vta., en que se declaró nulo el acto, enviándose las actuaciones a la autoridad que la dictó para que previa vista al interesado, volviera a dictar el acto con los recaudos legales; 77: 71 y 74; 84: 154; 100: 205, etc. En *Dictámenes*, 84: 154 y 103: 105, se reafirmó que la necesidad de motivación es inherente a la forma de gobierno que nos rige.

⁹² TAWIL y MONTI, *op. cit.*, p. 59. Pareciera pues errada la jurisprudencia de la CSJN que admite las “razones de servicio” para “fundamentar” la prescindibilidad de un agente público, aún con indemnización, que relata COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, 1992, p. 84, nota 194. En realidad ese fraseo es paradigmático de la sinrazón, la arbitrariedad, la inmotivación; la CSJN lo sigue admitiendo, sin fuerza de convicción alguna.

⁹³ Art. 7º, inc. e); Ecuador, art. 31, con la salvedad de que “La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios;” Uruguay, art. 123. Cfr. Provincia de Buenos Aires, decreto-ley 7647/70, art. 108; Brasil, art. 50; Costa Rica, art. 136.

que él mismo postula.⁹⁴ Sólo los actos que se emiten por señales, los certificados, diplomas, recibos, órdenes de pago, etc., pueden no expresar fundamentación, aunque sí deben indicar dónde rastrear sus antecedentes y encontrar el sustento de la decisión. Si en lugar de una orden de pago conforme a los antecedentes documentales, se emite una liquidación con descuentos, ello requiere de un acto administrativo expreso y previo, dictaminado, fundado y notificado a la parte.⁹⁵ En los órganos colegiados el voto de cada uno de los miembros no necesita ser fundado, pero sí el acto que el cuerpo dicte; como indica THEA “la peculiar estructura orgánica de la autoridad emisora del acto administrativo, no implica que el mero cumplimiento de los recaudos mínimos de forma la dispense del cumplimiento del requisito de fundamentación de sus decisiones. Por el contrario, el contenido mínimo y necesario de las actas de sesión de los órganos colegiados en que se emiten actos administrativos, comprende su fundamentación, la cual no es diferente de la de los actos emanados de órganos unipersonales.”⁹⁶ Por otra parte, nadie puede privar a cada miembro de dejar constancia escrita en el libro de actas de su voto y los fundamentos, o del por qué de su abstención en su caso.⁹⁷ En cuanto a los actos fundados en parte en facultades discrecionales no habría casi forma de controlarlos si no se exigiera una fundamentación suficiente y adecuada, pues ello equipararía a la existente discrecionalidad como sinónimo de arbitrariedad. El acto “discrecional” inmotivado es lo mismo que decir “lo hago porque quiero,” “porque sí;” eso es demasiado absurdo y autoritario como para admitirlo en un Estado de derecho. El concepto moderno de autoridad ya no se contenta con la mera orden y requiere la explicación que a su vez es condición del necesario consenso social, determinante de su plena efectividad. Si falta la motivación que condiciona el consenso, puede afirmarse que falta un elemento mínimo de una democracia, tal como lo explicara RIVERO.⁹⁸

No cumple los requisitos de una motivación válida cualquier frase o conjunto de frases de compromiso o de *cliché* referidas ampulosa o vagamente al interés público, las necesidades del servicio, el buen orden de la comunidad, el bien co-

⁹⁴ TAWIL y MONTI, *op. cit.*, p. 59.

⁹⁵ SCJBA, *Curone*, 2006, que transcribimos *supra*, cap. VIII, § 5.2 y citamos allí en nota 65.

⁹⁶ THEA, FEDERICO G, “La fundamentación de decisiones de órganos colegiados: ¿retroceso en el control judicial de los concursos docentes”, en *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

⁹⁷ En cuanto al voto en los cuerpos colegiados, § 9.5, “El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?” Ver también *supra*, cap. IX, § 5.1., nota 95 *in fine*, respecto a los órganos que representan diferentes estamentos, como podría ser el Consejo Directivo de una Facultad o el Consejo Superior de una Universidad, o en el ámbito judicial el Tribunal de Enjuiciamiento, en que debería ser necesario oír los fundamentos de todos los representantes, aunque la CSJN no lo haya entendido así: *Torres Nieto*, 13-III-2007, con nota de CISERCHIA, GUILLERMO A., “Sobre el Jurado de Enjuiciamiento y la necesidad de un pronunciamiento integral,” en preparación.

⁹⁸ RIVERO, JEAN, “À propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui: démocratie et administration,” en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, Dalloz, 1965, p. 821 y ss., 830. Nos remitimos a lo dicho en la última parte de la nota anterior y a lo expuesto en el t. 1, cap. II, § 4.2.2, “El cambio social y la administración pública,” 4.2.2.1, “El consenso y la adhesión,” 4.2.2.2, “La motivación o explicación” y 4.2.2.3, “La participación administrativa.”

mún,⁹⁹ o las normas aplicables; ni tampoco una explicación nebulosa, ininteligible, etc.¹⁰⁰ Pero no siempre la jurisprudencia lo entiende así, lo que es un apartamiento más de los principios que deben regir el Estado de Derecho.

6.3. Consecuencias de su omisión

La omisión de explicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión debería determinar, por regla, la nulidad del acto.¹⁰¹ Pero a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirlo impropiaamente con un vicio solamente formal, cuando en verdad, según vimos, la falta de fundamentación implica no sólo vicio de forma sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto.

Como dice ZELAYA, “La falta de explicitación de los motivos o causa del acto administrativo [...] nos pone en presencia de la arbitrariedad. Es el funcionario que dice «esto es así y así lo dispongo porque es mi voluntad». La antijuricidad de tal conducta me impide ver en tal acto un vicio leve. Lo veo gravísimo, privando al acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad.”¹⁰²

Queda por fin señalar que a partir del decreto-ley no cabe ya distinguir entre actos atributivos o denegatorios de derechos y los que no lo son, o actos que resuelven recursos, o actos parcialmente producto de facultades regladas o discrecionales. Salvo las excepciones emergentes del sentido común, expuestas en el acápite precedente, el decreto-ley exige la adecuada motivación y su omisión ha de considerarse causal de nulidad.

6.4. Requisitos de una fundamentación suficiente

La necesidad de motivación no se satisface con arbitrarias expresiones tales como “por razones de mejor servicio;” “por ser conveniente y necesario a los superiores intereses del Estado;” “en virtud de las atribuciones que le confiere claramente la ley n° [...]” etc.¹⁰³ Sin embargo, existe al menos un caso en que de antaño se admite en la jurisprudencia que la autoridad administrativa no necesita fundar

⁹⁹ El “anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro,” como señala expresivamente GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 1263; *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” MAIRAL, *op.cit.*, t. II, p. 829, § 468. En sentido similar a GONZÁLEZ NAVARRO hemos utilizado la expresión “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc,” *supra*, cap. IX, § 8.4.1.1., p. IX-43 de esta 9ª ed.

¹⁰⁰ DE ARAÚJO CINTRA, *op. loc. cit.*; MEDAUAR, *op. loc. cit.*

¹⁰¹ COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 83; *El Acto Administrativo...*, *op. cit.*, cap. 6, § 6.6.2, p. 118; con LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, arts. 14, 15 y 16, § 2.6.2, p. 321. Confr. ZELAYA, *op. cit.*, pp. 71-2.

¹⁰² ZELAYA, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰³ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 35; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 344; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 27 y ss.; CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 208.

el acto más allá de remitirse a la ley aplicable y razones de servicio.¹⁰⁴ Se trata de las prescindibilidades, racionalizaciones, etc. en que la ley faculta a separar a los agentes públicos de su cargo, con una indemnización.¹⁰⁵ Pero se mantiene vigente el control de desviación de poder, para el supuesto de una sanción encubierta.¹⁰⁶

Hay veces que hasta los organismos de control, que debieran predicar con el ejemplo, rechazan los distintos descargos de los entes auditados con una misma fórmula repetida año tras año, *v. gr.* la Auditoría General de la Nación hasta hace algún tiempo diciendo como única “fundamentación” que tales consideraciones “carecen de virtualidad para modificar el criterio del [sic] oportunamente sustentado,” lo cual es por supuesto no motivar ni fundamentar el acto que resuelve el descargo; ante lo que el ente controlado, con toda razonabilidad, opta finalmente por no contestar nada ya que nada es meritado.

La justicia debe estar especialmente atenta, al igual que la administración, a la utilización indebida de fórmulas vacías, carentes de contenido alguno, que simplemente parecen sonar bien a los oídos de la burocracia, pero que no debieran ni deben satisfacer al derecho. Hay muchos ejemplos de este tipo de fórmulas. No debe pues facilitarse el empleo de fórmulas dogmáticas, que puedan ser resueltas con una frase del estilo que el informe “fue puesto en conocimiento del organismo auditado, el que no ha formulado consideración alguna.” Esta fórmula, y la análoga expuesta más arriba, son ambas igualmente vacías y significan exactamente lo mismo: Nada.

La no fundamentación o utilización de fórmulas vacuas y vacías, o dogmáticas, apodícticas, etc., en esta lista de ejemplos, significa inutilizar totalmente la defensa o argumentación y es vicio que debiera ser insanable: Son exactamente lo mismo que la desnuda invocación del interés público, el bien común, la oportunidad, el mérito, la conveniencia. Sin una explicación razonable y racional, no significan nada.

Por supuesto que tampoco agregan nada a la fundamentación del acto todas las cuestiones que constituyan un mero *relato del expediente* (“a fs.[...] se hizo tal cosa, a fs.[...] tal otra, a fs.[...], lo demás,” etc.) pero no una *argumentación del nexo lógico* entre la prueba y la decisión que se adopta. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió de antaño a la ausencia de causa y motivación y por ende posibilidad de defensa y consecuente nulidad, en un caso en que la razón “por la cual no se confirmó la designación interina y se la separó del cargo se funda en *imprecisas «razones de seguridad»*, afirmación ésta que *carece de la*

¹⁰⁴ En este sentido CNFed. CA, Sala III, *Carro César A. c/ Dirección de Bienestar de la Armada Argentina, LL*, 2005-C, 772 con nota de AMONDARAIN, MARIANA, “La discrecionalidad administrativa ¿autoriza el dictado de una sentencia sin motivación suficiente?” *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

¹⁰⁵ CSJN, *Nieva Alejandro y ot. c/ PEN decreto 375/97 s/ amparo, ED*, 176: 40, año 1997. Tales leyes son consideradas constitucionales: Sala I, *ED*, 176: 40.

¹⁰⁶ CSJN, *Fallos*, 310: 1589, *Arce*, año 1987; pero allí la carga de la prueba se ha revertido sobre el actor, Sala IV, *Nieva*, 7-XII-98.

*razonabilidad necesaria para dar basamento a lo resuelto.*¹⁰⁷ En un estado de derecho la sólo invocación de razones de seguridad, sin un andamiaje objetivo que la motive y sin que el interesado tenga garantizada su defensa, no puede justificar nunca, como pretende la recurrente, la privación del pleno goce de los derechos constitucionales.¹⁰⁸

Lo mismo vale, como quedó expuesto más arriba, para otras fórmulas vacías como mérito, conveniencia, oportunidad, interés público, bien común, etc.: Sin explicación, carecen de significado empírico. En cada caso será indispensable explicar clara y acabada, exhaustivamente, cuáles son los hechos que la administración considera que están probados, cuál es la prueba que a su juicio lo sustenta, qué valoración reciben dichas pruebas, qué relación existe entre tales hechos y lo que el acto dispone, qué normas concretas son las que se aplican al caso (no bastando, según quedó dicho, la genérica invocación de una ley)¹⁰⁹ y por qué se las aplica, etc.¹¹⁰ Esto demuestra que la razonable y necesaria fundamentación o motivación no es un problema de forma sino de fondo y que su presencia u omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión.¹¹¹

6.5. La fundamentación previa, concomitante y ulterior

Si bien lo normal es que la fundamentación sea *concomitante* al acto y esté incluida en el mismo texto en que se inserta la parte dispositiva, se ha admitido a veces que puedan servir como motivación *previa* de un acto los informes y dictámenes que lo preceden.¹¹² Con todo, algunos pronunciamientos niegan la validez de una tal remisión.¹¹³ Incluso hay hipótesis en que se ha hecho mérito, acertadamente y entre otros factores, en la inexistente fundamentación de los actos preparatorios que por su naturaleza debían precisamente autoexplicarse. En uno de estos

¹⁰⁷ CSJN, *Fadlala de Ferreyra, Fallos*, 306: 126, año 1984; *ED*, 108: 460, cons. 7°. CNFed, CA, Sala II, *Vitagliano, SJA*, 14-XII-05; nota de ANTONIETTA, CARLOS MAXIMILIANO, “El escaso margen de maniobra del Estado en materia de empleo público,” *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa. Ver *supra*, t.1, cap. I, “La importancia de los hechos en el caso,” pp. 1-24/42.

¹⁰⁸ CSJN, *Fadlala de Ferreyra, op. loc. cit.*, cons. 7°.

¹⁰⁹ Juzg. CA n° 1 de San Nicolás, *D’Angelo*, causa 92, 15-III-04, firme.

¹¹⁰ En sentido similar BIELSA, *op. loc. cit.*

¹¹¹ Comparar ZELAYA, *op. cit.*, p. 72. Con todo, no ha de confundirse el excesivo ritualismo contra el particular, que es inaplicable por el principio del informalismo a favor del individuo, con el mínimo ritualismo que debe revestir la forma del acto administrativo. Por ello puede ser equívoca la expresión en el sentido que debe evitarse el exceso ritual en el acto administrativo, como propone COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 33, pues cabe precaverse, con mayor razón, contra el extremo más frecuente de no darle suficiente importancia. La ausencia de fundamentación adecuada pretende burlar el control judicial.

¹¹² SCJBA, *Acuña, LL*, 118: 250 y 251, año 1965; PTN, *Dictámenes*, 100: 205; 103: 105; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 62; HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 323; TAWIL y MONTI, *op. cit.*, pp. 66-74.

¹¹³ CNPenal Económico, Sala B, *EVT Cevitur S.R.L., LL*, 2000-D, 884; HENRÍQUEZ MAIÓNICA, GIANCARLO, “La experiencia de doña Rosa: la motivación *in aliunde* ante el derecho de petición,” *LL*, 2006-A, 900.

casos se señaló “que no se conocen las concretas razones por las cuales fueron discernidas las distintas calificaciones, órdenes de mérito o evaluaciones de los postulantes o los cargos [...], de donde se sigue la nulidad del acto impugnado —como de los que lo precedieron— por carecer de causa —puesto que no constan sus fundamentos— y de motivación.”¹¹⁴ En tal sentido, se ha señalado que puede admitirse la llamada fundamentación previa al acto, a condición de que los informes y dictámenes sean *expresamente* invocados como fundamento de la decisión y *comunicados* al interesado. El acto que no tiene fundamentación ni invoca los motivos que puedan estar expuestos en informes o dictámenes previos, no puede considerarse “fundado” porque se encuentre en alguna parte un informe relativo al asunto. Milita a favor de la admisión de esta forma remisiva de motivación el hecho de que el comportamiento administrativo debe apreciarse en su integralidad, pues se trata del mismo procedimiento de formación de la voluntad administrativa.¹¹⁵

Pero cabe advertir que en verdad ese tipo de motivación se ha transformado en un ritualismo a cargo del órgano de asesoramiento letrado. No es un razonamiento de la propia autoridad decidente. Por estas razones pensamos que al menos por vía de principio es un criterio que convendría desechar.¹¹⁶

Desde nuestro punto de vista, debiera ser total y absolutamente inadmisibles la motivación *ulterior del acto*.¹¹⁷ Pero en la práctica administrativa no siempre se cumple con la fundamentación concomitante y ni siquiera ulterior, ni se declara la nulidad del acto que no la ha cumplido. Cuando llegan a la justicia las tardías explicaciones de la administración de por qué actuó de determinada manera, nos hace acordar a la reflexión de un juez penal ante parecidas letanías, “Lo hubiera pensado antes.”

Hay una displicencia en la aplicación del orden jurídico. El compromiso con el poder es aún muy fuerte en el país y se disocia siempre demasiado el derecho de la realidad,¹¹⁸ o tal vez sea que los jueces, constreñidos ellos mismos por la necesidad de fundar sus sentencias y ver cómo ello consume tiempo y esfuerzo, sientan solidaridad con una administración que inexactamente imaginan más desprovista de medios que ella y la liberen así de la obligación que ellos no pue-

¹¹⁴ CNFed, CA, Sala I, *Castro, LL*, 2000-B, 305, 310, año 1999.

¹¹⁵ TAWIL y MONTI, *op. cit.*, p. 66 y ss.

¹¹⁶ Ver 2ª ed., 1969, p. 314; 3ª, p. X-10. Ver también, HUTCHINSON, *Ley Nacional...*, *op. cit.*, 323.

¹¹⁷ RIVALTA, *op. cit.*, p. 173; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 331; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 657; TAWIL y MONTI, *op. cit.*, pp. 75-6.

¹¹⁸ Es otro de los ejemplos que pueden agregarse en la actualidad a nuestro libro la *Administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982 y reimpressiones; traducido al italiano, con introducción de FELICIANO BENVENUTI, como *L'Amministrazione Parallela. Il "Parasistema" Giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987. Reflexiones parecidas pueden encontrarse en diversas obras, entre ellas ALEJANDRO NIETO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *El derecho y el revés*, *op. cit.*, en interesante y afectuoso contrapunto. Desde otro punto de comparación nos remitimos también a NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

den despojarse. Una prueba de ello es que ya se haya admitido la mencionada motivación “previa” que emana de los informes y dictámenes.

Si se sigue en esa línea de retroceso y se admite también la motivación ulterior ya se entra en el terreno de aceptar que se brinden explicaciones o excusas de lo ya *hecho*, no fundar por qué se lo *hace*. Allí entramos en el terreno de la fundamentación o motivación fabricada, *ad hoc* del acto ya dictado, lo que constituye un vicio de razonamiento en cualquier ciencia. Por ello se ha dicho, con carácter más general, que “hay un peligro potencial [...] en el hecho de que el método se presta a la fácil construcción de explicaciones *ex post facto* que carecen de fuerza predictiva. Es una tendencia ampliamente difundida la de «explicar» una acción atribuyéndola a motivos que sólo se presumen después que la acción tuvo lugar. Este procedimiento no es de por sí objetable, pero su solidez requiere que 1) los supuestos motivacionales de que se trate puedan ponerse a prueba; 2) que se disponga de leyes generales apropiadas para otorgar poder explicativo a los motivos supuestos. El incumplimiento de estos requisitos con toda frecuencia menoscaba la significación cognoscitiva de las explicaciones motivacionales que se aducen.”¹¹⁹ Esa tarea no difiere en mucho de la que hace todo abogado cuando debe defender la posición de su cliente, con los argumentos que se le ocurran después del hecho. Podrá ser una adecuada defensa de la parte, pero nadie afirmará razonablemente que constituye una fundamentación oportuna del *autor* del comportamiento sometido a juzgamiento. Será buena defensa letrada, buena explicación tardía, pero no es la fundamentación oportuna y racional del acto, que sólo tiene sentido si es contemporánea a él.

Esto no significa que no sea también exigible que la administración proporcione las informaciones adicionales que a su juicio hacen a su mejor defensa, cuando contesta p. ej. el pedido de informes en una acción de amparo; pero parece una exageración semántica expresar que en tales casos tenemos una motivación ulterior, quizás preferible antes que permitir la ausencia de toda motivación.¹²⁰ Entendemos que a este principio responde precisamente el procedimiento seguido en los sistemas “contencioso administrativos” tradicionales, pero que no cabe ya admitirlo al presente. Pero debemos advertir al lector que la jurisprudencia

¹¹⁹ HEMPEL, CARL H. y OPPENHEIM, PAUL, “La lógica de la explicación,” en Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, *Cuadernos de Epistemología*, n° 4, Buenos Aires, 1961, p. 13 y 17. Desde luego, estos autores no se refieren específicamente a la motivación de un acto estatal, sino a la estructura lógica de la explicación científica en general, pero sus observaciones son aplicables en nuestro caso.

¹²⁰ Retomamos así el criterio que expusieramos en la 1ª ed., 1963, p. 149 y que flexibilizáramos en las ediciones de 1969 y 1979. Este optimismo tiene algunos fundamentos fácticos, como el pronunciamiento de la SCJBA en *S., M.H.*, causa B 57.995 del 30-VIII-06, publicado en www.scba.gov.ar, con nota de HERRERO DUCLOUX, JUAN J., “La debida motivación de los actos administrativos según la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires,” en *Derecho Administrativo*, La Plata, ABDA, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, año 1, n° 0, Diciembre de 2006, pp. 123-9. El tribunal argumentó que el hecho que “la autoridad intente brindar ante el Tribunal unos fundamentos que verosímilmente, debieron formar parte de la decisión cuestionada, no remedia —sino más bien evidencia— la falta de motivación jurídica de la determinación.”

no es todavía lo suficientemente obstinada en la aplicación del derecho en esta cuestión.

En suma, la motivación debe ser concomitante; por excepción se ha admitido la motivación previa si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados y comunicados. En ausencia de ambas el acto estará viciado por falta de motivación, pero este vicio para alguna jurisprudencia no necesariamente es insanable¹²¹ y puede —en ese criterio, que no nos parece adecuado a los tiempos— excepcionalmente ser suplido por una motivación ulterior, siempre que ella sea suficientemente razonada y desarrollada.

En otras palabras, ha de ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de hecho y de derecho que llevaron al dictado del acto y no algunas palabras de compromiso, *pour la gallerie*; el cumplimiento de un escrúpulo puramente formalista y por ende insuficiente. Si tales razones no son amplias y convincentes, o si por la importancia del acto es inadmisibles que no se lo haya motivado oportunamente, el acto deberá entonces anularse. La regla, por tanto, es que la ausencia de motivación no puede sanearse y esa falta ocasiona la nulidad del acto; la excepción es que lo haga sólo anulable y pueda motivárselo tardíamente. Pero siempre es un vicio que, o es saneado, o produce la extinción del acto. No cabe a nuestro juicio confirmación ni ratificación alguna a su respecto, sino sólo y como mínimo, saneamiento. *Alguien* tiene que dar explicaciones de lo hecho.

Por excepción, en algunos casos la motivación *sólo puede ser ulterior al acto*. Si un agente detiene a un coche con una señal de su brazo o con una pitada,¹²² allí tenemos ya el acto administrativo, pero no hay duda que ese agente deberá explicar al particular las razones por las cuales ha dictado tal acto.

En cualquier hipótesis, la fundamentación es la manifestación externa de la *interna corporis* del acto y como tal insoslayable, indispensable, esencial.¹²³ El acto que no manifiesta su *interna corporis* por eso sólo ya no merece el nombre ni el tratamiento de acto administrativo.

6.6. *La fundamentación defectuosa como excusa de la anulación judicial*

No hemos visto hasta ahora en la jurisprudencia argentina la utilización de este tipo de defectos del acto para anularlo sin hacer una censura de fondo sobre su contenido, como hace el Consejo de Estado de Grecia.¹²⁴ Parece una solución creativa con un cierto paralelismo o espejo de las llamadas falsas cuestiones políticas, en que el tribunal considera que el acto es válido y rechaza la acción, pero

¹²¹ La PTN ha dicho que el vicio es insanable en algunos casos: *Dictámenes*, 96: 299. FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 328-9, sostiene que el vicio es insanable pero el acto anulable, lo que no parece coherente, ya que lo segundo supone que el vicio puede ser saneado.

¹²² Este ejemplo y la aclaración que sigue en el texto, provienen de la 2ª ed., 1969, p. 316.

¹²³ Según la feliz expresión que recoge GARCÍA TREVLIANO, *Los actos administrativos*, *op. cit.*, p. 146.

¹²⁴ Así lo sugiere PÉTROULIAS, DÉMOSTHÈNE, "Note sur la motivation des actes administratifs en droit héllénique," en DUPUIS, *op. cit.*, p. 31 y ss., p. 40, nota 1 *in fine*.

para no respaldar políticamente la solución dice no entender del asunto.¹²⁵ Acá lo considera inválido en cuanto al fondo, pero para morigerar la censura política lo presenta como vicio de forma o de procedimiento.¹²⁶ En el derecho helénico, en este esquema y en estos casos, la jurisprudencia utiliza fórmulas ambiguas como “motivación insuficiente, motivación ilegal, motivación imprecisa o acto no motivado, ilegalmente motivado, insuficientemente motivado, imprecisamente motivado.”¹²⁷ No se trata de una sobreabundancia de palabras, sino de la necesidad de enfatizar un punto tan descuidado en la práctica administrativa, en todos los países del mundo: es a veces fácil tomar la decisión política, lo que no es fácil es hallar una buena fundamentación de lo que se pretende resolver.

7. Parte dispositiva o resolutive

Lo que el acto resuelve, decide o certifica es el objeto mismo del acto y como tal va expuesto en el articulado del acto, denominado parte resolutive. Se ha entendido que si la resolución a adoptarse supone como elemento previo una declaración o certificación, no habría obstáculo jurídico a que la declaración sea incluida en los considerandos y la decisión en la parte resolutive.¹²⁸

En este sentido ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación que un acto administrativo “puede razonablemente adoptar la forma de «considerandos» al efectuar una *declaración* o certificación o atestación y la forma de «parte dispositiva» al manifestar la *decisión* que adopta, sin que por ello pueda considerarse violada la forma del acto. Lo importante es que tanto la declaración como la decisión, si el acto incluye ambas, estén manifestadas en forma expresa e inequívoca. Desde luego, si en los considerandos se hace una referencia circunstancial y ambigua a determinada circunstancia, ello no podrá ser considerado una «declaración», pero si encontramos una categórica afirmación, una clara constatación administrativa de un hecho objetivo, ninguna duda puede quedar de que tal declaración reúne todos los requisitos legalmente necesarios para considerarla una declaración administrativa válida, es decir, un acto administrativo en el aspecto considerado,” “lo que aquí se expresa con relación al alcance que pueden tener los «considerandos» del acto, está específicamente limitado a las «declaraciones», o «atestaciones», no a las decisiones o manifestaciones de

¹²⁵ MAIRAL, *Control...*, op. cit., t. I, § 305, pp. 511-3. *Supra*, t. 2, cap. VIII, § 3, “Gobierno y actos de gobierno” y § 4, “Carácter metajurídico de la teoría.”

¹²⁶ Si la universidad deja cesante a un profesor por un libro suyo y sin audiencia previa, el juez puede preferir no utilizar como argumento la irrazonabilidad del acto y su violación del derecho objetivo (libertad de pensamiento, de expresión, de cátedra, etc.) sino tan sólo la indefensión. Eso es más cómodo y menos comprometido para él en el corto plazo, pero en el largo plazo no contribuye a su prestigio, aunque tal vez sí a su carrera. Pero no hace bien a la administración, al derecho, ni a la sociedad.

¹²⁷ PÉTROULIAS, op. cit., p. 40, nota 1.

¹²⁸ PTN, *Dictámenes*, 96: 230-4. En el caso se trataba de una “declaración de interés nacional,” que debía hacer el Poder Ejecutivo a fin de poder otorgar a una inversión la garantía de la Nación, de acuerdo al art. 48 de la ley 16.432.

voluntad;” “no es extraño a la naturaleza de la motivación del acto admitir que ésta pueda válidamente contener declaraciones o atestaciones, en cuanto ellas sean un presupuesto de la decisión que se adopta en la parte dispositiva.” “No sería lo mismo, tal vez, si los considerandos contienen declaraciones totalmente ajenas al objeto del acto, o imprecisas o equívocas, pero pareciera que cuando la declaración es un antecedente lógico de la decisión, cuando es verdaderamente un presupuesto de hecho o de derecho de la decisión adoptada, ella puede válidamente ser insertada en la motivación.”

Dado que la parte resolutive constituye el objeto o contenido del acto (aquello que el acto decide, certifica u opina con efecto jurídico directo), sus problemas son los ya expuestos.¹²⁹ En consecuencia: si el contenido es insalvablemente oscuro o impreciso ante una lectura cuidadosa; irrazonable, desproporcionado, absurdo, contradictorio consigo mismo o con la motivación del acto, imposible de hecho, etc., el acto es nulo o inexistente, según los casos.¹³⁰

8. La firma del acto

8.1. Distintos tipos de firma

Un concepto que pudo parecer unívoco durante milenios, el de la firma autógrafa, adquiere ribetes que exceden los del sucedáneo tradicional de la firma a ruego. Va cundiendo la firma digital o electrónica,¹³¹ que puede tanto ser un dibujo de la firma real (que se reproduce visualmente desde una computadora en la cual está guardada bajo forma gráfica, previo empleo, si se desea, de un código de identificación personal), como simplemente del código que identifica el documento como perteneciente a determinada persona, sin que exista la reproducción gráfica de la firma virtual. Quizás la firma autógrafa vaya perdiendo importancia con el tiempo, así como el código de barras y no un texto alfanumérico proporciona la identificación de un objeto para la lectura digital, pero es prematuro anunciar su muerte.

8.2. El acto sin firma alguna

Por ahora, claro está, la firma —bajo una u otra forma— es todavía un requisito fundamental del acto,¹³² tanto en derecho privado¹³³ como público, en el sentido que es aún el modo normal o habitual de acreditar que la voluntad efectivamente

¹²⁹ Ver *supra*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo.”

¹³⁰ Ver *supra*, cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido” y ss.

¹³¹ Los arts. 2º y 5º de la ley 25.506 diferencian entre firma *digital* y *electrónica*, que nos hace recordar al criterio francés de emplear *numérotique* en vez de *digital*... Es, otra vez, una cuestión de teoría general: *supra*, t. 1, cap. I. Parece más prudente el enfoque uruguayo de este mismo tema: Ver *infra*, nota 145 y texto.

¹³² Art. 8º del decreto-ley 19.549/72; Costa Rica, art. 134; México, 3º; Perú, 4.2; Venezuela, 18.

¹³³ Si el escrito de demanda que inicia la causa no tiene firma o se comprueba que no es auténtica, corresponde declarar la inexistencia de la demanda y de todo lo actuado, sin límite temporal alguno: CNCiv., Sala K, *Jaramillo, LL*, 2000-B, 864, año 1999.

ha sido emitida en la forma que el acto indica. Si falta la firma, entonces no hay acto.¹³⁴ No se trata de un vicio de forma, sino de la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto.¹³⁵ Esta es la antigua doctrina alemana, que estimamos correcta y como dice HUTCHINSON, “Si un decreto o una resolución no están firmados, significa que no hay decreto ni resolución. Hay un papel escrito, sin trascendencia jurídica alguna. Podría verse en ello un proyecto de acto, a lo sumo;” por ello concluye que “no nos parece jurídico proclamar la nulidad de un acto no firmado,”¹³⁶ lo cual con toda razón obviamente sería un absurdo, tanto como decir que una hoja en blanco pueda estar viciada de nulidad. La regla de que un “acto” sin firma no es un acto administrativo, sino un pedazo de papel escrito y nada más, es de estricta aplicación a todo acto administrativo que comporte una *decisión* individual. Claro está, ello es así cuando se utiliza este soporte físico, hoy llamado de primera generación, para la escritura.

Los medios electrónicos plantean una problemática diversa a propósito de la encriptación de la firma. Si existe un documento en la base de datos que no está identificado con los códigos o consignas que en ella se usen, tampoco podrá ser un acto administrativo.

8.3. Variantes de firma a ruego en la función pública

Han existido en el pasado algunos casos que por curiosos merecen todavía recordarse. No se trata, como el título pudiera sugerirlo, estrictamente de la firma “a ruego” del derecho privado, o sea cuando alguien que sabe firmar lo hace por otro que no lo sabe. Se trata en cambio de un funcionario que suscribe un acto expresando que lo hace por orden de otro que es el competente para suscribir el acto, pero no lo firma sino que lo manda supuestamente confeccionar y firmar por otro en nombre suyo. Creemos que no existe allí el acto administrativo del superior, cuando el inferior lo dicta invocando su orden. En tal caso el acto es del inferior, no del superior y ya que no tiene la firma de éste, requiere al menos la firma de aquél.¹³⁷ Últimamente hemos visto renacer la práctica, de un modo que nos parece enteramente anómalo: un asesor en una Secretaría de Estado comunica a un ente regulador que “Por disposición de” el o la Secretario de Estado, el ente debe hacer tal o cual cosa. Ello comporta inexistencia de acto administrativo del Secretario de Estado y no parece que puedan delegarse en forma expresa facultades que ni siquiera son propias de ese o ningún Secretario

¹³⁴ Conf. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 2.6.3, p. 328; *El Acto Administrativo...*, *op. cit.*, cap. 6, § 6.6.3, p. 124.

¹³⁵ HELLEBLING, *op. cit.*, p. 338; sólo estamos ante un “trozo de escritura,” “un trozo de papel.” En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 99: 115; ZELAYA, *op. cit.*, p. 64; HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 4ª ed., p. 90.

¹³⁶ HUTCHINSON, *op. loc. cit.*

¹³⁷ Este caso era frecuente antes de la reforma constitucional (ahora la figura del Jefe de Gabinete permite recurrir a sus directivas en materia de administración).

de Estado luego de la reforma constitucional de 1994 y la expresa norma del siempre olvidado art. 76.¹³⁸

8.4. *Algunas formas anómalas de certificación*

Algo parecido ocurre también con los actos *certificantes* emitidos por las autoridades intervinientes con un sello imitando la firma del órgano respectivo y alguna inicial o media firma¹³⁹ dejando constancia de haber intervenido en su elaboración otro órgano. Esta práctica sólo puede ser admitida con muchas reservas, pues se corre el riesgo de perder la autenticidad del acto (que es justamente el objeto fundamental que el acto certificante busca asegurar) y además se falsea de hecho la estructura de competencias, pues es obvio que en tal ejemplo el certificado no emana de la persona cuya firma va en el sello, sino de la que consta haber intervenido en su confección. Más lógico y jurídico es formalizar esa situación y delegar o desconcentrar formalmente, por un acto expreso de carácter general, la atribución de emitir el *certificado* a los funcionarios que realmente lo hacen y pueden hacerlo.

8.5. *La firma por sello*

Otras veces se emplea un sello de goma, imitando la firma del funcionario. Sin embargo, en materia de *decisiones*, creemos que no puede admitirse que el acto sea válido en el original o exista si tan sólo hay un sello imitando la firma del funcionario: el sello no es una firma.¹⁴⁰ La historia de los sellos reales lacrados, como medio de autenticación pero no de firma, de algún modo lo anticipa.

8.6. *El correo electrónico sin firma*

El correo electrónico sin firma pero con la indicación supuestamente fehaciente del emisor y destinatario, es una práctica ya usual en las relaciones privadas, en las cuales de pronto se ha desjerarquizado la firma real. Su valor como prueba ha sido admitido en el juicio por monopolio a Microsoft, en EE.UU. La cuestión a dilucidar aquí es si es también un medio admisible en el derecho público en las relaciones con la administración pública.

En estos casos el soporte del documento mismo es electrónico, no el papel; si se admite la forma electrónica como soporte del documento, pareciera que cabe

¹³⁸ Ver *supra*, t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.” Ver también MAIRAL, “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2004, esp. secc. II, § 3.b); del mismo autor, *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, 2007, Cuadernos de la RPA, Rap.; ver también las referencias dadas *supra*, “Introducción,” notas 3 a 5.

¹³⁹ Es la inicial o firma abreviada puesta por un funcionario a la izquierda del acto, dentro de un sello vertical con cuadrícula, que ha sido llamado en la jerga administrativa local “la escalerita.” Ver también PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, pp. 167-8.

¹⁴⁰ PETERS, *op. cit.*, p. 167. La copia autenticada por otro funcionario es válida, en la práctica.

también admitir que no porque no exista firma el acto deja de adquirir existencia, por lo menos en tanto no se trate de actos que impliquen disposición de fondos de la hacienda pública, compromisos o comunicaciones sustanciales, etc.

En los casos de *e-mail*, cabe suponer *prima facie* que la autenticidad del documento está asegurada por el envío de la carta electrónica y que en consecuencia puede presumirse —*juris tantum*— su existencia como acto productor de efectos jurídicos directos, aunque no conste y ni siquiera exista firma. La voluntad se expresa allí en el envío del *e-mail* desde una dirección registrada y autorizada.

Pero esto es por ahora una hipótesis que requiere ser contrastada empíricamente. A ese título experimental, lo estamos utilizando sin inconvenientes en todos los cursos de posgrado en la Universidad de Buenos Aires, donde damos nuestras direcciones de *e-mail* (las mismas que consta en la segunda carilla de la portada y a una de las cuales también se puede acceder desde el sitio *web* que figura en la tapa) y pedimos a los cursantes que constituyan domicilio electrónico, realicen sus presentaciones por este medio y también les efectuamos comunicación de decisiones atinentes al curso por la misma vía. Existen allí actos administrativos de instrumentación y notificación virtual o electrónica, cuya validez pensamos no tiene óbice, pues en verdad también serían válidos si fueren emitidos verbalmente. El acto mismo por el cual se instrumenta este sistema bidireccional de comunicaciones, por lo demás, se expresa en forma verbal al comienzo del curso o actividad de que se trate. Resulta difícil con el conocimiento tecnológico actual aventurar si este mecanismo habrá o no de generalizarse, pero nos inclinamos a pensar que lo hará, en la medida que exista certeza en las encriptaciones, en su caso; de hecho se ha admitido el fax, que tiene menos certeza y seguridad. A nosotros nos ha resultado sumamente práctico y no hemos tenido quejas de los participantes en esos cursos; más aún, hemos recibido *e-mails* de alumnos de *primer* año que se han dirigido a nosotros con relación a la materia Derechos Humanos, que lo consideraron por lo visto un modo lógico de comunicarse con la administración; de igual modo proceden las agrupaciones estudiantiles para comunicar o invitar a alguna de sus actividades. Ello da una pauta de cómo las generaciones siguientes enfocan la cuestión.

La DGI-AFIP ha sido pionera en esta materia, al prever distintos supuestos tanto de declaraciones juradas de impuestos y otros actos de los contribuyentes con efectos jurídicos, como decisiones del propio fisco, efectuadas por esta vía. Pensamos que la práctica se va a extender en el futuro inmediato. Son demasiados sus beneficios para administración y individuos como para prescindir del sistema.

8.7. La firma electrónica o digital

Finalmente, cabe destacar que distintas administraciones ya admiten, a texto expreso y cumpliendo con algunos recaudos de encriptación que aseguren invio-

labilidad (dentro de lo relativo de esta cuestión), que la firma del acto emanado de la administración pueda ser reproducida por la computadora.

Dice así el decreto 427/98: “Autorízase [...] el empleo de la firma digital en la instrumentación de los actos [...] que no produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa [...] la firma digital tendrá los mismos efectos de la firma ológrafa.”¹⁴¹ La ley 25.506 reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones establecidas en dicha norma y su reglamentación.¹⁴² El reglamento de contrataciones de la administración nacional también prevé las contrataciones en formato digital, y lo propio hace el régimen de la Ciudad de Buenos Aires.¹⁴³ En la CABA la ley autoriza además al gobierno a instrumentar un sistema de firma digitalizada para las actas relativas a infracciones de tránsito y estacionamiento, como ya lo hemos explicado en otro lugar.¹⁴⁴

En Uruguay se distingue la firma electrónica de la digital, en lo tecnológico pero no en lo jurídico, aunque de todas maneras se deja a salvo que inevitablemente los sistemas habrán de cambiar con el desarrollo tecnológico.¹⁴⁵

9. Otras formas de instrumentación

9.1. Forma oral

Puede admitirse en algún tipo de casos que el acto no se documente por escrito, sino que se exprese en forma verbal: Así, p. ej., órdenes de agentes de policía, órdenes comunes de los superiores a los funcionarios o agentes públicos, relativos al desempeño diario de sus tareas,¹⁴⁶ etc.

En estos casos y en los que luego veremos, la falta de una forma específica de documentación del acto hace que su exigibilidad quede disminuida, pues ella

¹⁴¹ Art. 1º: “Autorízase por el plazo de DOS (2) años, a contar del dictado de los manuales de procedimiento y de los estándares aludidos en el art. 6º del presente Decreto, el empleo de la firma digital en la instrumentación de los actos internos del Sector Público Nacional, que no produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa [...] [L]a firma digital tendrá los mismos efectos de la firma ológrafa, siempre que se hayan cumplido los recaudos establecidos [...]” La bastardilla nos pertenece. Adviértase el empleo de la fórmula que hemos utilizado siempre, aquí en el cap. t. 3, II, § 2, o sea efectos jurídicos individuales en forma directa.

¹⁴² Decreto 2628/02.

¹⁴³ Arts. 21 y 22 del decreto 1023/01; art. 83 de la ley 2.095 de contrataciones de la CABA, cuyo decreto reglamentario 408/07 obliga en su art 33 al organismo competente a elaborar los procedimientos necesarios para el cumplimiento de la norma. Por ahora son innovaciones normativas que se adelantan a su factibilidad empírica. Ver *infra*, § 11.1.

¹⁴⁴ *Infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizada.” Ver decreto GCBA 1079/05, que implementa el uso de la firma electrónica y digital en el Poder Ejecutivo de la Ciudad, aplicando la ley nacional 25.506 y decreto 2682/02. La acordada 2/01 del Tribunal Superior de Justicia de la CABA fijó las normas de procedimiento para el uso de la comunicación electrónica interjurisdiccional.

¹⁴⁵ Arts. 18 y ss. del decreto 65/98, que se puede consultar en CORREA FREITAS, RUBÉN (compilador), *Procedimiento administrativo común y disciplinario*, Montevideo, Oficina Nacional del Servicio Civil, 1998, p. 86 y ss.

¹⁴⁶ Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 66.

existirá sólo en tanto se mantenga presente la forma de instrumentación elegida, o se la pueda razonablemente recordar.

La orden verbal es normalmente exigible sólo en los momentos que siguen en forma razonablemente inmediata a su emisión, pero no necesariamente horas o días siguientes y ciertamente no un año después, en el caso de una orden verbal de un agente de policía. En cambio en el supuesto de la orden verbal dentro de la función pública, del superior al inferior existe naturalmente mayor latitud para considerar vigente la orden verbal hasta su completa ejecución.

En lo que se refiere a los particulares, la admisibilidad de la forma verbal de un acto emanado de la administración pública debe ser interpretada restrictivamente, por las pocas garantías que ofrece “de poder ser exactamente percibida y seguida, de poder ser conocida en cualquier momento.”¹⁴⁷

9.2. *Signos*

En lo que respecta al acto administrativo a través de signos, algunos autores estiman que ello es una declaración tácita de la administración, es decir, en una voluntad no expresa, pero parece más lógica estimar que hay allí una manifestación *expresa*,¹⁴⁸ pues el empleo de un sistema de signos no quita que se esté utilizando un lenguaje que en nada difiere, esencialmente, de la palabra oral o escrita. De otro modo podría creerse que un acto administrativo escrito en chino, en ese país, habría de ser un acto “tácito,” porque el idioma es de tipo ideográfico.

Los signos pueden variar al infinito: Las clásicas señales sonoras (timbres, alarmas, pitadas), telegráficas, lumínicas (luces de tránsito vial¹⁴⁹ y ferroviario, o de carreteo y aterrizaje de aviones, etc.) por medio de banderas (los signos de comunicación naval, entre otros), carteles (los diversos signos de tránsito urbano: sentido de circulación, normas de estacionamiento, etc.); hasta por la mímica: Los signos que con el brazo o el cuerpo realizan los agentes de policía y de tránsito,¹⁵⁰ o muñecos que así lo representan. Por supuesto, la evolución de la tecnología irá proporcionando nuevos y cambiantes medios de transmisión. Todos ellos están

¹⁴⁷ DE VALLES, ARNALDO, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 190. En igual sentido restrictivo CSJN, *Fallos*, 256: 277, 280, *Gómez Zorrilla*, 1963, que ya citamos *supra*, cap. V. Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁸ FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, 1964, 2ª ed., p. 45; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 339; CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 147; HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁹ El carácter de acto administrativo de la voluntad administrativa expresada a través de las luces de tránsito ha sido reconocido por DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, 1ª ed., p. 270; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310.

¹⁵⁰ Comp. FRAGOLA, *op. cit.*, p. 45: menciona los signos acústicos, telegráficos, banderines y otros. Por su parte, ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1965, p. 522, habla del “acto mímico,” como especie de los actos *expresos* y agrega: “El acto mímico es, sin duda, el más frecuente de nuestra época. Cada día—acaso cada minuto—la Administración dicta miles de actos de esta naturaleza a través de quienes tienen a su cargo de forma inmediata la dirección del tráfico” (*op. cit.*, p. 523); ver DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 270.

sujetos a las mismas reglas: Atento que se trata de un lenguaje como cualquier otro, una condición que debe cumplirse ineludiblemente es que sea *convencional*, es decir, conocido y utilizado generalmente. Si los signos empleados no son comprensibles por todos, podría decirse que la voluntad administrativa no se ha transmitido idóneamente,¹⁵¹ o lo que es lo mismo, no ha existido jurídicamente.

En conclusión, la declaración administrativa expresada por signos o señales también puede constituir acto administrativo y no mero hecho. También se los denomina actos mecánicos, en los cuales la voluntad ha intervenido regulando los mecanismos para que un semáforo muestre una u otra luz: “Esto puede igualmente suceder en relación con los actos de constancia. Teóricamente nada se opone a que estos actos sean emitidos mecánicamente; el carnet de identidad puede ser, p. ej., producido por un ordenador electrónico, los certificados de antecedentes penales se producirán en el futuro por estos medios.”¹⁵²

9.3. *Actos tácitos*

Algunos autores también admiten que la voluntad administrativa pueda expresarse tácitamente.¹⁵³ Si excluimos de estos casos los comentados anteriormente (declaraciones expresas por signos), nos parece que sólo puede hablarse de actos tácitos cuando existe un acto expreso del que surge necesariamente un efecto jurídico que no está explícitamente consignado en él. En otras palabras, el acto tácito sólo puede surgir de un acto expreso que necesariamente lo involucre o lo presuponga. En ausencia de declaración alguna expresa, sea por el lenguaje escrito u oral, o por signos, entendemos que no corresponde hablar de actos tácitos.

El acto tácito puede surgir de actos *escritos*¹⁵⁴ y debe emanar de la misma autoridad competente para dictar el acto expreso.¹⁵⁵ Así p. ej., un acto que designa a una persona en un cargo del cual anteriormente se la había dejado cesante, importa tácita revocación del acto de cesantía;¹⁵⁶ la exoneración de un funcionario que está suspendido, implica tácitamente la cesación de dicha suspensión y expresamente la cesación de la relación de empleo público; el pago de los haberes no percibidos durante una suspensión o licencia dispuesta sin goce de haberes, implica tácita modificación de la índole de la suspensión o licencia; un pase a un funcionario para cumplir una misión en el extranjero lleva implícita la autoriza-

¹⁵¹ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 314.

¹⁵² MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, 19ª ed., p. 325.

¹⁵³ BIELSA, *op. cit.*, p. 4; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310; COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, *op. cit.*, p. 47. La PTN lo ha admitido con carácter restringido en *Dictámenes*, 74: 120; 105: 90 y otros.

¹⁵⁴ Conf. PTN, *Dictámenes*, 117: 4. Doctrina uniforme. Comp. DE VALLES, *op. cit.*, pp. 180-1.

¹⁵⁵ PTN, *Dictámenes*, 105: 90.

¹⁵⁶ DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 310. Claro está, tal revocación produce efectos sólo para el futuro.

ción en cuanto agente público para salir del país,¹⁵⁷ etc. Salvo estos casos en que la decisión tácita surge de un acto escrito, entendiendo además que si existen signos estamos igualmente en presencia de un acto expreso y no tácito, creemos que no deben admitirse otras hipótesis de actos tácitos; en cualquier otra situación que las mencionadas, pues, estimamos que faltando la expresa declaración administrativa, no estamos en presencia de un acto administrativo.¹⁵⁸

9.4. *El silencio*¹⁵⁹

La doctrina consideraba que el silencio era tan sólo conducta inexpressiva de la administración, inapta como manifestación de voluntad.¹⁶⁰ Sin embargo, recientemente se ha apuntado que la conducta omisiva de la administración puede permitir aplicar principios jurídicos como el de la *confianza legítima* o buena fe, en el sentido que era razonable extraer determinada interpretación de ese silencio.¹⁶¹ Puede haber también manifestación tácita o implícita de voluntad, cuando ella surge de otros actos en forma inequívoca o unívoca.¹⁶²

Por excepción, cuando el orden jurídico expresamente dispone que ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considerará que la petición ha sido aceptada, el silencio vale como acto administrativo. Ejemplos de ello son el recurso presentado por los representantes del capital privado en una sociedad de economía mixta contra el veto del síndico, que a los veinte días de su comunicación a la administración, en caso de silencio, se considera aceptado;¹⁶³ el primer intento de desmonopolización de servicios públicos, decreto 1842/87, al abrigo del cual nacieron los servicios de teléfonos celulares; el decreto 1470/97, de vuelo no regulares (*charters*) de transporte aéreo; la ley 13.064 de obras públicas prevé que en caso de que el Congreso no se hubiera expedido dentro del período ordinario correspondiente, se tendrá por acordado el crédito solicitado, así como la autorización para financiarlo, respecto de construcciones declaradas de reco-

¹⁵⁷ CAETANO, *op. cit.*, p. 250.

¹⁵⁸ Ver *supra*, cap. III, acerca de la distinción entre acto y hecho administrativo.

¹⁵⁹ Ver nota 3.3. del cap. III y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO, *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1990; SOTELO DE ANDREAU, MIRTA G., "El silencio de la administración," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1999, p. 48 y ss.; RASPI, ARTURO EMILIO, "El silencio de la administración," igual libro, p. 121 y ss.; REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, cap. VI, "La impugnación judicial frente al silencio administrativo."

¹⁶⁰ FRAGOLA, *op. cit.*, p. 46 y otros.

¹⁶¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *op. cit.*, p. 73: "tal voluntad puede derivarse [...] porque así lo hayan establecido contractualmente las partes intervinientes, o simplemente porque tal voluntad se deduzca teniendo en cuenta las circunstancias particulares, los usos del lugar, la calidad de las personas, etc. No cabe desconocer que el principio de confianza y la necesidad social de dar certidumbre a las relaciones jurídicas constituyen firmes fundamentos favorables a otorgar al silencio un significado," lo cual depende del caso: *op. cit.*, p. 72; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1987, 10ª ed., p. 449; *supra*, cap. IX, § 4.2, "Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima."

¹⁶² GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *op. cit.*, p. 71 y ss.

¹⁶³ Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. IV.

nocida urgencia. Como estos ejemplos lo demuestran, se trata de un supuesto infrecuente. La administración y la ley son muy renuentes en dictar normas que establezcan el silencio positivo en los casos concretos.

Salvo los casos de silencio positivo previstos por el ordenamiento jurídico, en los demás, el interesado puede tanto instar una decisión expresa a través del amparo por mora de la administración, como proseguir con su impugnación en el plazo que las normas fijen, que usualmente lo expresan como la alternativa de considerar denegado su pedido. Tal el caso del recurso de reconsideración,¹⁶⁴ que a los treinta días de su presentación puede reputarse denegado; del reclamo administrativo previo,¹⁶⁵ que luego de noventa días de presentado y cuarenta y cinco más después de requerido pronto despacho, también puede considerarse denegado.¹⁶⁶

En estos casos ha podido decirse que se trataría de un acto presunto,¹⁶⁷ en el sentido de presunción *legal*, a diferencia de los actos tácitos en los cuales habría sólo una presunción racional; pero tal vez sea preferible considerar que no hay sino simplemente continuación de la impugnación en sede administrativa o judicial según el caso. Admitir como acto administrativo el acto tácito, en el supuesto de silencio negativo, importaría tolerar en desmedro del particular un acto sin fundamentación o motivación, sin dictamen previo, etc., lo cual no nos parece hoy una construcción razonable.¹⁶⁸

9.5. *El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?*

Ya vimos que en los órganos colegiados de la administración, el voto de cada uno de los miembros no necesita ser fundado, pero sí el acto que el cuerpo dicte.

La expresión del voto afirmativo, negativo, o abstención de voto de cada miembro del cuerpo colegiado puede a su vez efectuarse mediante signos electrónicos (el sistema del Congreso de la Nación), o signos o señales claras. En el viejo Concejo Deliberante de la ex MCBA todo se discutía y aprobaba privadamente en la comisión interbloques. Los temas llegaban pues a la sesión pública ya discutidos y acordados. Nada quedaba por decir, salvo un ocasional discurso “para la bancada” que sólo a los ingenuos e ilusos espectadores que la integraban parecía

¹⁶⁴ Ver *infra*, t. 4, cap. IX, “Los recursos de reconsideración.”

¹⁶⁵ Ver *infra*, t. 4, cap. XII, “El reclamo administrativo previo;” VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “Apostillas jurisprudenciales sobre el *agotamiento de la instancia administrativa* en la vía reclamatoria,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO/ VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coords.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 83-103.

¹⁶⁶ Decreto-ley 19.549/72, art. 31.

¹⁶⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 340.

¹⁶⁸ Modificamos así, a partir de 1999, lo sostenido en las ediciones anteriores. REJTMAN FARAH, “La cuestión de los plazos en el Procedimiento Administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, p. 809 y ss., critica la pretendida exigibilidad del reclamo administrativo previo introducida por el art. 31 del decreto-ley 19.549/72 según la reforma dispuesta por el art. 12 de la ley 25.344 y analiza los efectos en caso de silencio si se pidiere pronto despacho.

de interés. A veces el presidente de la sesión pública, luego de leer el nombre del tema puesto a consideración y sin levantar siquiera la vista pronunciaba *Aprobado*, sin que nadie del recinto tampoco levantara la vista ni hiciera signo alguno. Pero no puede tomarse el silencio como voto. Muestra la irregularidad de la sesión y cuánto más.

10. *Formas de publicidad*

Existe una persistente tendencia en la doctrina del derecho administrativo a considerar que la publicidad del acto administrativo no es un requisito de forma, ni hace a la perfección del acto, sino sólo a sus efectos. Sin embargo, puesto que se conviene en que: *a) Acto administrativo es aquél que es apto para producir efectos jurídicos inmediatos* y en que *b) los efectos jurídicos no surgen en tanto que el acto no sea dado a publicidad*, parécenos ser coherente considerar que *c) el acto administrativo productor de efectos jurídicos inmediatos sólo puede ser el acto administrativo dado a publicidad*. En otros términos, el acto que no ha sido aún publicado, no puede producir efectos jurídicos inmediatos y por lo tanto *no es acto administrativo*.¹⁶⁹ Luego, la publicidad es un elemento del acto mismo¹⁷⁰ y no otra cosa que un elemento formal. Claro está, si se quiere buscar el acto y la notificación desde un punto de vista fenoménico, para determinar su esencia inmanente y eterna, la discusión se mezcla sólo equívocamente con el derecho. Tanto puede decirse, con el más vehemente tono que “La comunicación constituye un acto distinto de aquel que se comunica, con lo que rechazamos de plano la tesis según la cual aquélla se integra en el acto comunicado,”¹⁷¹ como el viejo juego verbal de que el acto no notificado *a) existe, b) existe y es válido, c) existe y es válido y perfecto... pero no es eficaz*. En otra variante de ese discurso se puede empezar todavía antes y decir que el acto que está en la mente del funcionario, o en el papel pero sin firma, *d) existe en un plano abstracto y de las ideas, pero no en la experiencia, en la materialidad; e) que una vez firmado y antes de ser notificado, existe en el plano jurídico... pero no es eficaz*.¹⁷² Ya hemos visto el juego verbal, tanto o más interesante que estos que procuran determinar verdades aristotélicas, de un funcionario que muestra al particular el acto escrito pero sin firma y después de su lectura como trozo de papel, bajo su mirada procede a firmarlo... y se lo guarda en el bolsillo; o lo rompe. Ese papel firmado existía, estaba en el mundo de la experiencia, no contravenía el orden jurídico, tenía una perfección fenoménica. ¿Pero qué utilidad tiene todo ello para el mundo jurídico

¹⁶⁹ HUBER, *op. cit.*, p. 730. BUJ MONTERO, *op. cit.*, p. 199.

¹⁷⁰ Ha seguido nuestro criterio la PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252 vta.

¹⁷¹ MONTORO PUERTO, MIGUEL, *Teoría de la forma de los actos jurídicos en el derecho público*, Valencia, Marfil, 1976, 171.

¹⁷² Todo ello pertenece al campo no jurídico de las “delimitaciones apriorísticas,” cuya “reconocida imposibilidad” las ha rendido siempre “utópicas:” VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum Problem des Fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer Teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, Springer, 1960, 2ª ed., § 1, pp. 1-2.

si no era apto, por sí, para producir efectos jurídicos? Solamente con abuso del lenguaje pueden mezclarse, como si se hablara de las mismas cosas, de los planos abstractos de las ideas no expresadas, o volcadas al papel y no firmadas, o firmadas y guardadas en el bolsillo, o firmadas y luego rotas en presencia del destinatario. Todas son iguales para el derecho: no producen todavía efecto jurídico alguno. Si jamás son notificadas,¹⁷³ todas carecen de interés para el análisis y da lo mismo para el derecho que se las llame a todas por igual o a todas distinto. Podrá ser de interés sociológico,¹⁷⁴ conceptual, filosófico, político, etc., pero no jurídico. Una vez notificado habrá que ver si tiene la firma y demás recaudos. Antes, no es —para un abogado practicante— acto administrativo, no al menos todavía.

Los abogados a los que nos interesa el funcionamiento del derecho prescindiremos de otras categorizaciones y nos ocuparemos de sus efectos jurídicos o carencia de ellos. Por ello decimos que además de las formas de instrumentación o documentación deben enunciarse las formas de publicidad. Poco importa que se postule que la publicidad es o no elemento del acto, o si el acto y su notificación concurren o no como dos actos separados a producir un mismo efecto jurídico. No tiene importancia que en la orden verbal al destinatario, coincida en un mismo instante la expresión de la voluntad y la toma de conocimiento por aquél a quien va dirigida. Los ejemplos se pueden expandir y preguntarse si un acto que requiere aprobación antes de poder ejecutarse existe ya para el derecho. Para la sociología, existe; pero no crea todavía derechos ni deberes para el destinatario. Producida la aprobación pero no notificada, la situación se vuelve a repetir. Todo esto se remonta a la teoría general.¹⁷⁵ Sólo adquiere importancia —negativa— cuando de esas disquisiciones fenoménicas, sociológicas, filosóficas, abstractas, conceptuales, se quiere deducir consecuencias jurídicas. El resultado es perverso, pues resulta que se admite que un acto se dicte con fecha antedatada, como si fuera de una época en que el agente tenía competencia temporal para firmarlo y que pueda válidamente ser notificado *meses* y hasta *años* después.¹⁷⁶

11. *Especies de formas de publicidad: publicación y notificación*¹⁷⁷

Se diferencia la publicación, conocimiento *ficto* del acto de carácter general, de la notificación, conocimiento *cierto* del acto singular.

¹⁷³ Ver *supra*, cap. II, § 2.3, “La cuestión de la notificación.”

¹⁷⁴ VON HIPPEL, *op. cit.*, p. 7, nota 6.

¹⁷⁵ En la primera mitad del cap. I del t. 1.

¹⁷⁶ C 1^a CA, Córdoba, *Celotti, LL Córdoba*, 2000: 843, año 1999.

¹⁷⁷ Ampliar en GAMBIER, BELTRÁN, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo,” en el libro de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo, op. cit.*, p. 321 y ss.; STORTONI, GABRIELA, “Sobre la viabilidad de utilizar técnicas telemáticas para la notificación de actos administrativos,” misma obra, p. 327 y ss. y sus respectivas referencias; SALAS, VIVIANA SEVILLE, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo: su tratamiento a la luz de la jurisprudencia de la Cámara Nacional Contencioso-Administrativo Federal y los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación,” igual libro, p. 342 y ss.; *infra*, t. 4, cap. V, “Notificación y publicación.”

11.1. *¿La publicidad no integra el acto?*

Hemos visto ya la discusión acerca de si la notificación integra o no el acto administrativo y la publicación del reglamento. Prevalece la opinión de que el acto puede ser perfecto desde su emisión y eficaz desde su notificación o publicación.¹⁷⁸ En su consecuencia, se admite que si el acto administrativo estaba limitado en la competencia en razón del tiempo, pueda dictarse¹⁷⁹ dentro del plazo legal y notificarse meses¹⁸⁰ después de haber expirado tal plazo.¹⁸¹ Es una solución claramente disvaliosa que emerge de una distinción que, como se aprecia, no es inocente. Ello surge de que se puede arribar por otra vía a la solución justa y normativa correcta¹⁸² y no se lo ha hecho aún. Lo mismo ocurre con los actos generales. Se ha admitido en un caso que pueden válidamente fijar como fecha de entrada en vigencia la de su emisión, pero que ello recién se sepa con la publicación, lo cual no sólo importa violar el principio de la irretroactividad sino también consagrar una solución absurda que ya hemos criticado de antaño sin éxito.¹⁸³

11.2. *Publicación*

La *publicación* es la especie de publicidad requerida para los reglamentos y se efectúa mediante la inserción de la declaración en un boletín oficial,¹⁸⁴ o su colocación en un lugar visible (pizarra, murales, etc.) y accesible al público.¹⁸⁵ Actualmente el *Boletín Oficial de la Nación* es accesible desde Internet, suscribiéndose en forma onerosa, pero dado el bajo costo de tener un portal en Internet pareciera un indispensable deber republicano del Estado tenerlo allí gratuitamente y bajo forma de texto, no de imágenes como en la actualidad, lo cual solamente perjudica a los ciudadanos sin ningún beneficio público. Lo mismo resulta aplicable a los boletines oficiales provinciales.

En situaciones excepcionales se ha admitido, una vez, la publicación por los diarios en lugar de notificación y otra la notificación de un acto reglamentario,

¹⁷⁸ Hemos disentido de esa solución *supra*, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico.”

¹⁷⁹ Si se suma a esto que se admite la simulación de la fecha y ello es práctica corriente, fácil es ver que esta solución promueve el dolo administrativo. El funcionario aprende, en la administración, de esta defectuosa escuela.

¹⁸⁰ *Supra*, nota 176.

¹⁸¹ OTTAVIANO, VITTORIO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1953, § 25, pp. 68-9. Sin embargo, expone la solución contraria, igual a la que aquí sostenemos en el texto, para un tipo particular de actos, los no *recettizi*, que asemeja al concepto francés de acto de gestión y no de autoridad, p. 7 y ss.

¹⁸² Ver *infra*, § 11.3.1.4, “Plazo de la notificación válida.”

¹⁸³ Hemos expuesto la opinión contraria en “Promulgación y publicación de las leyes,” *Derecho del Trabajo*, XXIX: 592, año 1969, criterio que mantenemos desde entonces.

¹⁸⁴ No necesariamente el *Boletín Oficial*: CNFed. CA, Sala IV, *IZE, LL*, 2000-D, 860, año 1999.

¹⁸⁵ DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss.; del mismo autor, *Droit Administratif Spécial*, París, 1958, p. 13; CSJN, *Fallos*, 252: 19, *Amaya*; 251: 404, año 1962; *Signo Publicaciones*, año 1961; 191: 442; 179: 39. Ampliar *infra*, t. 4, cap. V.

por dificultades con la aparición del *B.O.* entonces en manos del Estado. Hoy en día el *B.O.* funciona eficazmente y lo entregado por los funcionarios a la imprenta hasta última hora de cada día aparece a la medianoche de ese día o más precisamente a las cero horas del siguiente en Internet y a la mañana siguiente en la impresión en papel. Ha desaparecido pues el sustento fáctico de aquellos precedentes.¹⁸⁶ Las normas del Ministerio Público establecen que sus actos generales serán incorporados a su sitio en Internet, lo que se considerará publicación oficial del organismo.¹⁸⁷ Desde luego, no supe su necesaria publicación en el *B.O.* de la Nación.

Por su parte la ley de contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires¹⁸⁸ establece en su art. 83 que todos los procesos de compras, ventas y contrataciones que se efectúen deben realizarse utilizando sistemas electrónicos o digitales, abarcando todas las instancias y actos administrativos del trámite.¹⁸⁹ Tenemos noticias, con todo, a partir de experiencias concretas, que no se le está dando cumplimiento. Es lo que ocurre con las innovaciones legislativas que se adelantan a su factibilidad empírica.

11.3. Notificación

La *notificación* es la especie de publicidad aplicable al acto administrativo, sin cuyo requisito éste no produce efectos jurídicos¹⁹⁰ y puede presentarse de diversas maneras: *a)* Entrega personal de copia auténtica del acto al particular interesado; *b)* notificación personal de éste tomando vista en el expediente y dejándose constancia expresa de ella;¹⁹¹ *c)* envío de una carta certificada o expreso con aviso de recepción al interesado, en la cual se le comunica la decisión recaída; ésta es en algunos casos la práctica administrativa, aunque su validez es dudosa, por no ser la misma notificación *personal*;¹⁹² *d)* por telegrama con aviso de entrega;¹⁹³

¹⁸⁶ No obstante, hay casos en los que la jurisprudencia sigue tolerando que, en determinados sectores, la autoridad administrativa notifique los reglamentos a los “interesados,” en lugar de publicarlos. De esta forma se excluye, claro está, el control social. Ver CSJN, *Finexcor S.A.*, con nota de CARRILLO, SANTIAGO R., “Los criterios de adjudicación de la Cuota Hilton,” *LL*, 2005-F, 331.

¹⁸⁷ Ver MOLINA QUIROGA, EDUARDO, “Equiparación de un Web site de Internet a la Publicación Oficial. A propósito de la Res. 97/2005 PGN,” *RDA*, Buenos Aires, LexisNexis, 55: 202.

¹⁸⁸ Ley 2.095 reglamentada por decreto 408/07.

¹⁸⁹ Esta disposición se encuentra reglamentada por el art. 33 del decreto 408/07 que obliga al organismo competente a elaborar los procedimientos necesarios para el cumplimiento de los dispuesto en la norma legislativa.

¹⁹⁰ PTN, *Dictámenes*, 97: 248; 98: 149 y otros; decreto-ley 19.549/72, art. 11.

¹⁹¹ Decreto 1759/72, art. 41, inc. *a)*: “por acceso directo de la parte interesada, su apoderado o representante legal al expediente, dejándose constancia expresa y previa justificación de identidad del notificado; se certificará copia íntegra del acto, si fuere reclamada.”

¹⁹² El inc. *e)* del art. 41 citado expresa “por oficio impuesto como certificado o expreso con aviso de recepción; en este caso el oficio y los documentos anexos deberán exhibirse en sobre abierto al agente postal habilitado, antes del despacho, quien los sellará juntamente con las copias que se agregarán al expediente.” Si se recibe la carta sin la debida certificación del agente de correos, entendemos que la notificación es inválida (arg. art. 44).

¹⁹³ Decreto 1759/72, art. 41, inc. *d)*.

e) por cédula;¹⁹⁴ f) por comunicación informática, en aquellos casos en que hay fehaciencia, encriptación y la norma lo prevé;¹⁹⁵ g) por presentación espontánea del particular, invocando los beneficios que derivan del acto, o impugnando los deberes u obligaciones que impone. En el caso de acto que otorga derechos al interesado, esta invocación importa una recepción del acto, esto es notificarse de él, a los efectos de la estabilidad del acto.¹⁹⁶

11.3.1. *Requisitos de validez*

11.3.1.1. *Transcripción íntegra del acto*

En los casos c) y d) que como decimos resultan de dudosa validez como notificación personal, se admite usualmente que, al igual que en todos los demás casos, si no transcribe el texto completo del acto la notificación es inválida.¹⁹⁷ Esta es la solución doctrinaria; el decreto 1759/72 admite la notificación de “la parte dispositiva,” sin sus considerandos, cuando se trata de telegramas y edictos, exigiendo la transcripción integral del acto solamente en las cédulas y en la notificación por correo.¹⁹⁸

11.3.1.2. *Recursos, plazos y efectos*

La notificación debe señalar los recursos existentes contra el acto¹⁹⁹ y su plazo de interposición. Si el acto es de los que agotan la vía administrativa y dejan expedita la instancia judicial, perdiéndola en caso de no impugnar, el acto debe así consignarlo y no solamente indicar los plazos sino *computarlos*, indicando el día en que se pierden todos los derechos, y explicando al interesado que el plazo

¹⁹⁴ La cédula es poco habitual, pero está prevista en el inc. c), el cual remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, arts. 140 y 141.

¹⁹⁵ Como ocurre con la resolución general AFIP 1995/06.

¹⁹⁶ El inc. b) del art. 41 recoge esta solución del derecho comparado, p. ej. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1955, 9ª ed., p. 244, en los siguientes términos: “por presentación espontánea de la parte interesada, su apoderado o representante legal, de la que resulten estar en conocimiento fehaciente del acto respectivo.” Este principio, con todo, implica algunos peligros: p. ej., que en algún escrito referente a otra cuestión el interesado deslice descuidadamente una mención a otro acto que no le ha sido notificado y luego la administración pretenda darle por decaído el recurso, atento a que no recurrió dentro de los quince días de la presentación de aquel escrito en que “se daba por enterado del acto.” Entendemos que para que haya notificación espontánea válida, es necesaria una expresa manifestación de voluntad del interesado en el sentido indicado; lo contrario implica sorprender la buena fe del individuo.

¹⁹⁷ GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative*, París, 1960, p. 95. Comparar, menos terminante: “la notificación [...] presupone que se haga saber a la persona a quien haya de notificarse la substancia del acto que se le notifica,” PTN, *Dictámenes*, 46: 200.

¹⁹⁸ Según el art. 43 del decreto 1759/72, “Las cédulas y oficios transcribirán íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva del acto objeto de notificación; los telegramas y edictos transcribirán íntegramente la parte dispositiva.” “En las cédulas y oficios se podrá reemplazar la transcripción agregando una copia íntegra autenticada de la resolución, dejándose constancia en el cuerpo de la cédula u oficio.”

¹⁹⁹ El *right of appeal*; de no informarse su existencia ello constituye indefensión: FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, París, LGDJ, 1986, p. 190.

se corre si la notificación se produce después. Si no se cumple con esos recaudos a nuestro juicio la notificación no es apta para cerrar el acceso a la justicia.²⁰⁰

11.3.1.3. *Vista de las actuaciones*

La notificación supone el otorgamiento implícito de la vista de las actuaciones y de los dictámenes, informes, etc., que han dado lugar al acto, sea que coincidan o no con él.²⁰¹ Cuando, en estos casos, los empleados administrativos de inferior jerarquía o información jurídica exigen la existencia de un acto *expreso* otorgando la vista de las actuaciones, lo que ocurre con alguna frecuencia, no hacen sino desconocer la garantía constitucional de la defensa del particular y la propia naturaleza y contenido del acto de notificación,²⁰² del cual fluye el necesario conocimiento de su fundamentación, para permitir la demostración y el juzgamiento de su legitimidad. Se transgrede también la categórica norma del art. 38 del decreto 1759/72.²⁰³

11.3.1.4. *Plazo para la notificación válida*

En el derecho español la notificación debe hacerse dentro del plazo de diez días de la suscripción o firma del acto.²⁰⁴

Así lo dispuso desde un comienzo el art. 79.2 de la LPA, a tenor del cual “Toda notificación se practicará en el plazo máximo de diez días, a partir de la resolución o acto que se notifique.”

En nuestro derecho corresponde aplicar también el plazo genérico de diez días previsto en el decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, ese plazo se ha ignorado en

²⁰⁰ *Infra*, t. 4, cap. V, “Notificación y publicación,” § 10.3, “El caso específico de la notificación apta para cerrar la vía judicial.” Ver *Gómez Langenhein*, CNCiv., Sala K, LL, 2000-D, 129, año 1999.

²⁰¹ Pues como dice LOPES MEIRELLES, “A publicidade dos atos administrativos,” en su libro *Assuntos Municipais*, Porto Alegre, 1965, p. 486, “no es el interés público que está amenazado por el juicio de los técnicos o de los juristas sobre la inconveniencia o la ilegalidad del acto pretendido por la Administración. A la inversa, más lesión surgirá para la colectividad de la guarda sigilosa de esos pareceres, que de la divulgación y discusión pública de sus conclusiones.”

²⁰² *Infra*, t. 4, cap. V, § 5, “Notificación” y 6, “Requisitos y formas de la notificación válida. El acto y sus circunstancias;” *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10.4.1.1 y ss., notas. Respecto a diversas omisiones que suelen observarse en materia de vista y publicidad del acto administrativo, incluyendo su notificación, ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, op. cit. p. 79 y ss., p. 93 y ss.; CORNEJO, MARCELINO A., “¿Me permite ver el expediente?” (En preparación.)

²⁰³ Decreto 1759/72, art. 38: “La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.” “*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.*” La bastardilla es nuestra. El art. proviene de nuestro Proyecto de 1964.

²⁰⁴ MONTORO PUERTO, op. cit., pp. 184-7, quien recuerda diversas normas con la misma solución, en distintos procedimientos.

muchos casos sin que la nulidad fuera declarada, a pesar del carácter taxativo y categórico de la norma. Pero como el punto no fue en realidad objeto de análisis específico en los fallos que han omitido merituarlo, pensamos que ha sido un *lapsus* normativo del fallo antes que una solución que expresamente descalifique la norma. En todo caso y como es sabido, es la sentencia la que en tales supuestos queda descalificada como acto jurisdiccional válido.

11.3.1.5. *Otros*

La notificación no puede añadir nada al acto notificado,²⁰⁵ excepto la obligación de hacer saber al destinatario del acto cuáles son los recursos que puede interponer contra él y el plazo para hacerlo; también, en la práctica judicial a veces la cautelar dictada por el juez es precisada, ampliada o modificada en el oficio que la notifica, lo cual entra dentro de las facultades del tribunal.

11.4. *La notificación verbal*

No es procedente la notificación verbal de actos escritos, por cuanto ello no permite cumplir con el recaudo de explicar los recursos y sus plazos. Dice en este sentido el art. 45 del decreto 1759/72 que “Cuando válidamente el acto no esté documentado por escrito, se admitirá la notificación verbal.”

Va de suyo que un acto verbal no podría notificarse por escrito. En todo caso, resulta manifiesto que no tendría sentido hacerlo, si es que pudo válidamente utilizarse la forma verbal; suena casi a risueño que alguien ordene algo verbalmente y luego lo escriba para notificarlo: allí habrá transformado el acto verbal en acto escrito.

Por otra parte, si *ab initio* el acto debía ser escrito y fue en cambio verbal, entonces no sólo será inválida la notificación, por este criterio normativo, sino que también lo será el acto mismo, por transgresión al principio del art. 8º del decreto-ley. Si bien la disposición se refiere a la notificación verbal de actos no escritos, cabe admitir también la notificación por signos o señales, cuando el acto se manifieste de este modo.

En tales casos la forma de instrumentación es al mismo tiempo forma de publicidad y ambas se confunden en una, al igual que en los actos verbales. La notificación escrita, como acto separado del acto mismo, sólo se aplica en suma en los actos escritos; los actos verbales, por signos o señales, se notifican con su misma instrumentación, si ésta es apta para ponerlos inteligiblemente en conocimiento del interesado. Los actos escritos, en suma, no se notifican oralmente,²⁰⁶ al igual que los actos orales no se notifican por escrito. MARIENHOFF lo llamaría el necesario paralelismo de las formas.

²⁰⁵ GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos, op. cit.*, p. 278.

²⁰⁶ GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos, op. cit.*, p. 278.

11.5. *La notificación espontánea*

El acto administrativo no notificado por impulso de la administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del particular interesado.

Lo mismo ocurre si el acto crea derechos o impone obligaciones, o ambas cosas a la vez, o incluso puede resultar dudoso en cuanto al interés del afectado. Si se ha dictado un acto dando por terminada la relación de empleo público, el agente tiene derecho a darse por notificado y dejar el cargo.²⁰⁷ “Si la administración tiene interés en procastinar los efectos del acto, debe establecerlo en el acto mismo.”²⁰⁸

11.6. *No cabe la notificación espontánea de un reglamento*

El reglamento no publicado no puede ser invocado por los particulares que tengan conocimiento de él, porque ello violaría la igualdad ante la ley. Es necesario que el reglamento se aplique a la generalidad de los individuos, sin hacer el intérprete distinciones no establecidas en él.²⁰⁹ Por excepción, si su aplicación a algunos sujetos no perjudica derechos de terceros puede pedirse su aplicación previa a la publicación.²¹⁰

II. *Otros criterios relativos a la forma. Crítica*

12. *La forma y la expresión de la voluntad*

La voluntad administrativa, en tanto no se transmite al mundo externo en forma apta para su conocimiento por los interesados, no existe en estricto sentido jurídico; dicho de otra manera, la voluntad no se ha manifestado aún, aunque puede existir en ciernes o en preparación. Por eso es fácil confundir la expresión o manifestación de la voluntad, con el vehículo o medio por el cual se traduce o declara al mundo externo. En tal sentido, no son pocos los autores que hablan de requisitos de forma para referirse a lo que no son sino aspectos de la voluntad del acto. Típico ejemplo de este criterio es afirmar que la existencia de *quorum* en las deliberaciones de un órgano colegiado es un requisito de forma,²¹¹ siendo que, si no hay *quorum*, no funciona siquiera el órgano legalmente previsto para hacer una manifestación de voluntad administrativa: si falta el órgano y la voluntad contemplada por la ley, no se puede decir que el vicio resultante sea un vicio de forma.

²⁰⁷ OTTAVIANO, *op. cit.*, pp. 79-80.

²⁰⁸ OTTAVIANO, *op. loc. cit.*, p. 80, nota 100 *in fine*.

²⁰⁹ Cfr. DE LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*; ver *infra*, t. 4, cap. V, § 3, “Publicación.”

²¹⁰ Decreto-ley 19.549/72, art. 11, *in fine*.

²¹¹ BIELSA, *op. cit.*, p. 59; HUBER, *op. cit.*, p. 727.

Del mismo modo, si la ley exige que cierto acto sea aprobado o autorizado por un órgano determinado, no podría decirse que la falta de esa autorización o aprobación constituye un vicio de forma,²¹² ya que lo que allí falta es la voluntad del órgano competente y no sólo su forma. En igual sentido, si se designa un funcionario —en los casos en que debe serlo por el Poder Ejecutivo— sin un *decreto*, no se está ante un vicio de forma.²¹³

Puesto que la forma tiene por objeto constatar o manifestar al mundo la existencia de la voluntad estatal, su total ausencia va también acompañada de la total ausencia de la voluntad, porque su existencia no ha sido documentada y por lo tanto se tiene por no producida. En otros términos, la falta de forma de documentación implicará en muchos casos falta de voluntad administrativa.

No creemos por ello acertado considerar que cuando falta la forma de constatación y también la voluntad administrativa, el defecto del acto sea nada más que de forma. Cuando la voluntad administrativa no se expresa o exterioriza, ni por las vías generales previstas por la ley ni por otras, de manera tal que no se puede reconocer que hay una manifestación de voluntad de la administración, *el defecto no reside en la falta de forma— aunque en el hecho ella falta—, sino en la ausencia de voluntad administrativa*. Ello surge del criterio de lo accesorio y lo principal y es doctrina uniforme en derecho administrativo que ciertos vicios deben ser considerados como supletorios, en el análisis, de otros: así como el vicio de desviación de poder o de arbitrariedad es analizado recién cuando se encuentra que el acto no tiene un vicio en el objeto, así también no cabe hablar de vicio de forma si ni siquiera se ha comprobado que existe la voluntad administrativa.

13. *La distinción entre formas ad substantiam y ad probationem*

En cuanto a la distinción proveniente del derecho privado, en formas exigidas *ad substantiam* o *ad probationem*²¹⁴ (en el sentido de que unas no puedan ser salvadas y las otras sí), parte de la doctrina rechaza esta distinción en el derecho administrativo, con el alcance de sostener que *todas las formas prescriptas por la ley son sustanciales*;²¹⁵ o sea, que su omisión o defecto vicia de nulidad al acto en mayor o menor grado según las circunstancias.²¹⁶

Nosotros no consideramos, tampoco, que deba incorporarse al derecho administrativo la distinción entre formas *ad substantiam* y *ad probationem*. Cabe sin embargo observar la tendencia generalizada de mucha doctrina y jurisprudencia nacional a caratular a casi todos los vicios del acto administrativo como de forma,

²¹² BIELSA, *op. cit.*, p. 59.

²¹³ O, dicho de otra manera, se viola una forma esencial: BIELSA, *op. cit.*, p. 55.

²¹⁴ Una distinción más compleja, entre formas esenciales, sustanciales e integrales, hace entre nosotros BIELSA, *op. cit.*, p. 179. Ver, en sentido similar, DE VALLES, *op. cit.*, p. 179.

²¹⁵ ALESSI, *op. cit.*, p. 179; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458, dice que los actos son “esencialmente formales.”

²¹⁶ GARRIDO FALLA, t. I, *op. cit.*, 10ª ed., p. 444; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 315-6.

con el resultado objetivo de desjerarquizarlos e incumplirlos. Ante esa realidad optamos ahora por modificar nuestro lenguaje y sostener que en definitiva todas las formalidades del acto deben cumplirse bajo pena de nulidad y en tal alcance pueden considerarse sustanciales, si con ello se quiere expresar que hay que adecuarse a ellas para dictar un acto regular.²¹⁷

14. *La distinción entre formas esenciales y no esenciales*

14.1. *El criterio doctrinario y legal*

El decreto-ley 19.549/72 se inclina por distinguir entre formas esenciales y no esenciales, lo cual no cabe sino referirlo a su incidencia en la validez del acto; las formas más importantes (fundamentación o motivación; si se elige denominarlos forma, entonces también los procedimientos previos a la emanación del acto, como la audiencia, prueba, el dictamen jurídico, el informe o trámite sustancial) debieran acarrear la nulidad insanable del acto; las formas menos importantes tendrán menor gravedad y sólo determinarán su anulabilidad o incluso pueden no afectar su validez (numeración, registración).²¹⁸

Dentro de esta amplia gama de posibilidades semánticas, el decreto-ley elige varias simultáneas: en el inc. *d*) del art. 7 se refiere a procedimientos “esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos;” y considera también esencial al dictamen letrado que debe preceder a todo acto que afecta derechos o intereses. En el art. 14, inc. *b*), sanciona con nulidad absoluta la violación de las formas esenciales. Nada dice de la posible anulabilidad de un acto por violaciones de forma y solamente se desprende de su art. 15 que el acto puede ser anulable si existe una inobservancia o irregularidad no tan grave, o “un vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales.” Resultaría de ello una inconsecuencia: El art. 7° no incluye entre los requisitos esenciales del acto administrativo *todo* lo relativo a la forma, pero sí —cualquiera fuere la denominación elegida— las formas del procedimiento previo a la emanación del acto (audiencia del individuo, dictamen jurídico, informe técnico sustancial) y la fundamentación o motivación. El art. 15, por su parte, dispone que cuando no está violado un elemento esencial del acto, el acto puede ser anulable pero no nulo; en cambio, el art. 14, inc. *b*) prevé la nulidad por violación “de las formas esenciales.” Es decir que entre los arts. 7°, 14 y 15 resultaría que hay vicios de forma “esenciales” que darían lugar a la nulidad del acto (los mencionados en el art. 7°) y vicios de forma “no esenciales” que podrían dar lugar a la anulabilidad; creemos que no se desechará sistemáticamente la interpretación de que puede haber igualmente omisiones de forma intrascendentes (*v.gr.*, la indicación

²¹⁷ ALESSI, *op. loc. cit.*; modificamos así lo sostenido en ediciones anteriores. Ver HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos, op. cit.*, 4ª ed., p. 92.

²¹⁸ Comp. HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos, op. cit.*, 4ª ed., p. 92; CAETANO, *op. cit.*, pp. 247-8.

del lugar y fecha del acto) que no afectan la validez del acto. Habría así formas intrascendentes, formas no esenciales y formas esenciales.

La práctica judicial suele ser mucho más complaciente con los funcionarios de la administración que incumplen preceptos tan terminantes de la norma y del sentido común y admite con frecuencia el saneamiento judicial de la indefensión del individuo en sede administrativa, la falta de dictamen previo, la ausencia de fundamentación razonable, oportuna y comprensiva, etc., lo cual es echar por tierra todo el sistema de control previsto en el decreto-ley.

14.2. *Casos de nulidad por violación de formas*

Existen numerosos casos en los cuales a pesar de que ninguna norma expresa exija determinada formalidad, su omisión de todos modos vicia de nulidad el acto; ya decía BIELSA, con razón, que “aunque no haya forma expresa para nombrar funcionarios, el acto debe ser escrito [...] No bastaría la voluntad de los que nombran: presidente de la Nación, o gobernador y la del ministro respectivo, si se los expresaran solamente de viva voz,”²¹⁹ tampoco podría hacerse un *nombramiento* por carta particular, aunque en ella constara la firma del que refrenda.²²⁰ En verdad, si bien se piensa, son pocas las normas que exigen formalidades determinadas, *v.gr.*, el carácter escrito del acto, lo que no impide que por la naturaleza del acto (*v. gr.*, un acto que reconoce un derecho o declara un deber de un individuo) en muchos casos puede considerarse causal de nulidad la omisión de la forma escrita.²²¹

El art. 8 del decreto-ley permite ratificar esta interpretación, pues dicha norma exige que el acto se manifieste “expresamente,” aunque ya vimos que puede haber actos tácitos.²²² Lo mismo ocurre con la exigencia de que el acto indique “el lugar y fecha en que se lo dicta,” por más que la norma diga “sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieran, podrá utilizarse una forma distinta,” creemos obvio que la omisión de la indicación de la fecha no produce la nulidad del acto;²²³ igualmente, la omisión de la expresión del lugar no produce la nulidad del acto y hasta autores hay que sostienen que incluso la simulación del acto, expresando un lugar distinto del verdadero como sede de la emisión del acto, no afecta su validez.²²⁴

Que el acto deba ser firmado y no lo esté es en verdad una situación de inexistencia, salvo los supuestos de firma digital u otras formas de identificación electrónica.²²⁵

²¹⁹ BIELSA, *op. cit.*, p. 57, texto y nota.

²²⁰ BIELSA, *op. cit.*, p. 50, nota.

²²¹ PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149; 104: 4, etc.

²²² Ver *supra*, § 9.3, “Actos tácitos.”

²²³ Como ya lo hemos explicado *supra*, § 3, “Lugar y fecha.”

²²⁴ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 279.

²²⁵ Ver *supra*, § 8, “La firma del acto.”

En el derecho austríaco, la ley de procedimiento administrativo exige que las decisiones “expresamente se denominen como tales,”²²⁶ requisito que no se ha considerado vicio el acto en caso de omisión,²²⁷ estimándose por el contrario que la falta de aclaración de cuál es el órgano emisor del acto y que función ejerce, que no son exigidas por la ley, vician de nulidad el acto.²²⁸ La misma posición encontramos en la doctrina alemana.²²⁹

15. Crítica de la distinción entre forma y formalidad

Nos apartamos también de la distinción entre forma y formalidad, en el objetivo de enfatizar si ello fuere posible la importancia del cumplimiento de las formas que estamos comentando, que exceden de un mero rito secundario para configurar verdaderas condiciones de validez del acto. Algunos autores dan la noción de que “formalidad son las formas del procedimiento administrativo previo a la emisión del acto;”²³⁰ otros dicen que son los requisitos *posteriores* a la instrumentación del acto;²³¹ otros lo aplican a todo requisito que, debiendo observarse antes, durante o después de dictarse el acto administrativo, no tiene por objeto *documentar* la voluntad administrativa;²³² otros autores oscilan entre uno y otro concepto o incluso los aceptan simultáneamente, o los consideran vocablos equivalentes como hacemos en esta edición; otros dicen que si bien la diferencia no existe en el derecho positivo, la proponen de todos modos de manera “puramente dogmática” “para poner orden en esto.”²³³ En verdad, el deseo de distinguir forma de formalidad no resulta sino en confusión conceptual; no basta con hallar o definir dos conceptos distintos, según se trate de formas o formalidades anteriores o posteriores, etc., sino que lo importante es dar conceptos y denominaciones que sirvan para explicar el derecho vigente y permitir resolver los casos que se planteen.²³⁴ A ninguna de estas finalidades sirve la distinción entre forma y formalidad, que además carece de valor didáctico o metodológico, pues implica el esfuerzo innecesario de ubicar categorías diversas para cosas fundamentalmente similares.

Hemos pasado a utilizar preferentemente el vocablo formalidad, con la esperanza de enfatizar más, si ello es posible verbalmente, la absoluta necesidad

²²⁶ Art. 58, inc. 1°.

²²⁷ WINKLER, *op. cit.*, p. 26; HELBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, pp. 334-5.

²²⁸ WINKLER, *op. cit.*, p. 27.

²²⁹ VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer Teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, 1960, 2ª ed., pp. 78-9.

²³⁰ FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, 1958, p. 141 y ss.

²³¹ FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1868, t. I, p. 337.

²³² SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458.

²³³ BIELSA, *op. cit.*, p. 57: “Desde luego, esta diferencia no la vemos en doctrina ni en jurisprudencia, por lo que nuestra opinión sería puramente dogmática. Pero aún siéndolo, ella puede servir para poner orden en esto.”

²³⁴ Ver *supra*, t. 1, cap. I, § 8.2, “Definición y clasificación,” § p. I-20 de la 8ª ed.

de darle cumplimiento. Pareciera que tanto uno como otro término llevan en sí el estigma del ritualismo excesivo o inútil, cuando en realidad las formas o formalidades que estamos tratando son verdaderamente importantes para los particulares y para el interés público.

Si la distinción entre forma y formalidad nos llevara a la consecuencia de que la inobservancia de una y otra produce diferentes efectos jurídicos sobre la validez del acto, sería útil; pero puesto que la nulidad o la anulabilidad del acto se produce indistintamente por la inobservancia de unas u otras, la distinción es infundada. Sólo es necesario tener presente que hay múltiples usos semánticos en el derecho viviente y que a veces se denominan formas a los requisitos del procedimiento previos a la emisión del acto mismo.

Lo que importa es analizar el recaudo de legitimidad de que se trate y evaluar su importancia para el derecho, más allá de cómo se haya optado por denominarlo en alguna norma o en alguna doctrina.

16. *Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo*

De cualquier manera que se use la distinción, ella no se ajusta al sistema positivo. Si se dice que las formalidades son concomitantes o posteriores al acto, pero no son estrictamente las formas de emanación de éste, entonces se tratará de distinguir qué formas del acto no son al mismo tiempo formalidades concomitantes. En este caso que no hay diferencia entre forma y formalidad; si se quiere decir que las formas son más importantes,²³⁵ entonces es lo mismo que distinguir formas esenciales o no esenciales. Quienes emplean la distinción entre formas esenciales y no esenciales o entre formas y formalidades están refiriéndose a formas imprescindibles o muy importantes, fundamentales, etc. y otras no importantes, secundarias, etc., para deducir que la violación de las primeras es más grave que la de las segundas. Pero basta con distinguir entre vicios de forma o formalidades muy graves, graves y leves para tener toda la gradación, en punto a importancia de las formas, que se desee; si se quiere hablar de formas esenciales y no esenciales, la única crítica de partida es verbal, siempre que no por emplear determinados vocablos se termine justificando la violación del derecho por la administración.

17. *Argüendo: ¿quid si hablamos de formas esenciales?*

Nada impide, en todo caso, empezar nuevamente el discurso utilizando el lenguaje que procura encontrar formas esenciales o sustanciales y trata de llevar elementos o vicios diversos a vicios de forma, con tal que su incumplimiento acarree la nulidad del acto. Es el punto de partida de LAFERRIÈRE en 1896. ¿Corresponde mantenerlo? Ésta es una pregunta que no se contesa, como hacen algunos de nuestros autores, refiriéndose a las doctrinas modernas y las que no lo son. Por

²³⁵ BIELSA, *op. cit.*, p. 57.

supuesto que el autor en modo alguno es moderno, pero ello no comienza siquiera a resolver la cuestión.

En tal caso no existe óbice en afirmar que la omisión del dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento letrado es un vicio insanable que acarrea la nulidad del acto. Lo propio ha de ocurrir cuando el acto omite expresar sus motivos o razones de hecho, la causa fáctica que le da sustento en el mundo real. También vicia absolutamente el acto que él sea dictado sin cumplir los recaudos procedimentales exigidos por la ley, *v. gr.* el estudio de impacto ambiental cuando corresponde.

Estos principios en materia de acto son también aplicables a los contratos administrativos: Si se celebra un contrato administrativo en forma directa cuando hace falta licitación pública, el contrato es nulo. Si se renegocia el objeto, plazo y precio de una concesión de servicios públicos sin al menos audiencia pública,²³⁶ la invalidez es manifiesta. Si se designa a una persona en un cargo estable sin concurso previo, cuando las normas lo exigían, el nombramiento solamente es válido —por conversión— como interino, etc.

Si se toma la notificación como requisito de forma y no como elemento de existencia del acto, el resultado es el mismo: el acto no notificado no es exigible, no produce efectos jurídicos.²³⁷

18. *El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros*

No estará de más recordar que a veces el acto se presenta con varios vicios simultáneos: omisión del dictamen jurídico previo, omisión de fundamentación o motivación, omisión de audiencia y prueba del interesado. En tales casos la conclusión por la nulidad es inescapable.²³⁸ Ojalá los tribunales lo aplicaran con más frecuencia y no solamente cuando faltan todos los requisitos de audiencia previa, dictamen previo, fundamentación o motivación, etc.: la administración pública nos saldría menos cara si los recaudos previstos en el derecho para evitar su actuar irrazonable o arbitrario, dispendio de fondos públicos al generar responsabilidad del Estado, etc., fueran cumplidamente exigidos por la justicia, condenando siempre al acto con la nulidad y no solamente cuando la cantidad de vicios se ha repotenciado. Es la misma problemática que con la corrupción: la clave está en las medidas preventivas. Es una vez más la aplicación del principio *Melius est intacta iura servare, quam vulneratae causae remedium quære*. Esto es bastante evidente con los vicios indistintamente llamados de forma y/o de

²³⁶ Ver *supra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

²³⁷ Conf. BUJ MONTERO, *op. cit.*, p. 199.

²³⁸ Así STCorrientes, *Benítez de Machado, María C. c. Provincia de Corrientes*, DJ, 1998-2, 61, aplicando normas de la ley local 3460 análogas a las nacionales. Son parecidos los fallos de la CSJN en *Cedale*, año 1998, Fallos, 321-2: 1970, ED, 180: 998 y *Solá*, año 1997, DJ, 1998-2, 231 y ED, 178: 224, con nota de CASSAGNE: “Una sentencia trascendente de la Corte Suprema que declara la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo.”

procedimiento, o vicios de la voluntad previos a la emisión del acto.²³⁹ No hacen falta grandes elucubraciones sobre la razonabilidad para determinar:

- a) si *antes* de dictarse un acto se dió oportunidad de defensa;²⁴⁰
- b) si también *antes* de su emisión se pidieron y obtuvieron los informes necesarios;
- c) si *antes* y no después de emanada la voluntad se pidió dictamen jurídico de los organismos permanentes de asesoramiento letrado;²⁴¹
- d) si el acto tiene o no una fundamentación o explicación razonable, suficiente y adecuada, de cuáles son las circunstancias *de hecho* que justifican o determinan el dictado del acto;
- e) si tiene o no una razonable fundamentación *en derecho*, o pretende en cambio usar fórmulas de vaguedad e imprecisión tales como para que pueda fácilmente señalarse la carencia de fundamentación normativa racional;
- f) si su notificación señala los recursos existentes, su plazo y cómputo;
- g) si tal notificación expresa además el cómputo del acceso a la vía judicial y cuándo se pierde ese derecho, en los actos que pretenden dar comienzo a tales plazos.

Todos esos requisitos son habitualmente incumplidos, o irregular o incompletamente cumplidos. ¿Cómo no sancionar al acto con la nulidad absoluta e insanable, ante tal profusión de vicios?

Si además la decisión no es suficientemente razonable, o se percibe en ella el sello de la desviación; si se la advierte discriminatoria, prejuiciosa; si no se adecua a las circunstancias de hecho; si no tiene probanzas adecuadas en el expediente sino solamente afirmaciones dogmáticas; si avanza sobre la libertad o la propiedad sin sustento suficiente... En todos esos casos, sumar además vicios de forma, procedimiento o preparación de la voluntad, debería no dejar otra conclusión que la nulidad insanable, imposible de ser corregida por más debate judicial que exista.

²³⁹ Es frecuente la asimilación o al menos la mención simultánea, tanto en doctrina como en jurisprudencia, de los vicios de forma y de procedimiento. El origen de la asimilación fue enfatizar a ambos como garantía de la libertad del particular. Pero desde luego es perfectamente posible diferenciarlos: DUPUIS, GEORGES (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, Economica, 1979, pp. 9-11. En la actualidad la garantía se apoya más en el control de razonabilidad en sus diversas manifestaciones (proporcionalidad, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, etc.), el principio de la única solución justa, discrecionalidad cero, principios jurídicos indeterminados, principios generales del derecho, regulación técnica, etc.

²⁴⁰ La cual incluye oportuna citación, vista y fotocopia completa de la actuaciones, etc.

²⁴¹ El cual, lo mismo que una sentencia, debe a su vez no incurrir en inexcusable error de derecho ni en flagrante desconocimiento de los hechos y la prueba del caso, so pena de quedar descalificado como dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento letrado.

CAPÍTULO XI

SISTEMA DE NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

| | |
|--|-------|
| I. <i>Finalidad de la teoría o sistema</i> | XI-1 |
| 1. Las nulidades son sólo relaciones entre otros conceptos | XI-1 |
| 2. Qué debe explicar un sistema de las nulidades | XI-2 |
| 3. Debe analizarse el régimen, no las denominaciones..... | XI-3 |
| II. <i>Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil</i> | XI-3 |
| 4. Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas..... | XI-3 |
| 5. Distintos casos o especies de nulidades. Criterio de comparación | XI-10 |
| 6. Nulidades absolutas y relativas del Código Civil | XI-10 |
| 7. Comparación con el derecho administrativo | XI-10 |
| 8. Actos nulos y anulables | XI-13 |
| 8.1. La solución tradicional | XI-14 |
| 8.2. La solución después del decreto-ley 19.549/72 | XI-14 |
| 8.3. Conclusiones | XI-16 |
| III. <i>Nulidades administrativas en particular</i> | XI-16 |
| 9. Especies de nulidades administrativas | XI-16 |
| 9.1. El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas. | XI-16 |
| 9.2. El supuesto de las sanciones de menor gravedad | XI-20 |
| 9.3. El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio | XI-21 |
| 10. Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo..... | XI-22 |
| 11. La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la admi- nistración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes..... | XI-22 |
| 11.1. Comparación con la nulidad..... | XI-25 |

| | |
|---|-------|
| 11.1.1. La prescripción y la caducidad de la acción..... | XI-25 |
| 11.1.2. La estabilidad del acto..... | XI-26 |
| 11.1.3. La declaración de oficio..... | XI-26 |
| 11.1.4. La competencia judicial | XI-27 |
| 11.1.5. La presunción de legitimidad del acto nulo..... | XI-27 |
| 11.1.6. La audiencia de la administración..... | XI-28 |
| 11.1.7. La elección de vías | XI-28 |
| 11.2. Ejemplos de inexistencia de acto administrativo | XI-28 |
| 11.3. Conclusiones sobre el régimen jurídico de la inexistencia, vías de hecho o meros pronunciamientos sin virtualidad jurídica..... | XI-29 |
| 12. Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo | XI-30 |
| 12.1. Impropiedad de remitirse al Código Civil para construir el sistema de las nulidades de los actos administrativos | XI-30 |
| 12.2. Fundamento lógico-jurídico..... | XI-31 |
| 12.3. Las nulidades como sanciones implícitas del orden jurídico .. | XI-32 |
| 13. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades admi- nistrativas..... | XI-33 |
| 13.1. Actos regulares | XI-33 |
| 13.1.1. Actos válidos | XI-33 |
| 13.1.2. Actos anulables..... | XI-34 |
| 13.2. Actos irregulares..... | XI-34 |
| 13.2.1. Actos nulos..... | XI-34 |
| 13.2.2. Inexistencia de acto; vías de hecho; mero pronuncia- miento de la administración..... | XI-35 |
| 13.3. Concordancias y remisiones..... | XI-36 |
| 14. La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad | XI-37 |
| IV. <i>Vicios que determinan las nulidades del acto administrativo</i> | XI-39 |
| 15. La pretendida solución del decreto-ley | XI-39 |
| 16. Criterio de apreciación | XI-41 |
| 17. Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo | XI-42 |
| 18. La política jurídica de la jurisprudencia | XI-43 |

Capítulo XI
**SISTEMA DE NULDADES
DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

I. Finalidad de la teoría o sistema

1. Las nulidades son sólo relaciones entre otros conceptos

No hay acuerdo en derecho público acerca de cuáles son las nulidades que pueden afectar al acto administrativo: Inexistencia, anulabilidad, nulidad; si se aplica o no el derecho civil en materia de nulidades; cómo se aplica, etc.¹ Para encarar la cuestión debe aquí procederse en igual forma que para obtener la noción de acto administrativo: analizar la finalidad de la investigación, antes de empezar con ella misma. ¿Qué queremos, pues, explicar con una teoría o sistema de nulidades de los actos administrativos? A nuestro juicio, lo que se trata de explicar es *cuáles son las consecuencias jurídicas que habrán de asignarse a un defecto o vicio concreto del acto*. P. ej., si determinada violación de un requisito legal dará por resultado que el acto deba ser dejado sin efecto y/o tratado de determinada manera, a eso lo llamaremos, p. ej., nulidad, etc. Como se advierte, el concepto de nulidad, anulabilidad, inexistencia etc., no constituye sino una relación entre otros conceptos: *la relación en virtud de la cual el derecho asigna a un hecho una determinada consecuencia jurídica*; adviértase que la consecuencia jurídica no

¹ La construcción de este cap., realizada inicialmente en “Teoría de las nulidades del acto administrativo,” *ED*, 2: 1091, año 1962, la hemos mantenido en las ediciones de 1963, 1969, 1979 y 1999 de este libro; sin embargo, se encontrarán ajustes como en toda la obra. Es siempre interesante analizar el derecho comparado, en especial los *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, París, 1965, particularmente GIANNINI, MASSIMO SEVERO, “Rapport général,” p. 759 y ss.; BOLOUIS, JEAN, “Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français,” p. 771 y ss.; CASSETTA, ELIO, “Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit constitutionnel et administratif italien,” p. 793 y ss.; de los trabajos sobre la nulidad en el derecho civil, en el mismo libro, cabe destacar RENARD, CLAUDE y VIEUJEAN, E., “Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge,” p. 521 y ss. Comparar, en nuestro derecho, las construcciones que realizan BARRA, COMADIRA, HUTCHINSON, MAIRAL, etc., en sus respectivas obras que hemos recordado a lo largo de este vol.

es la nulidad o anulabilidad, sino la efectiva supresión o no del acto bajo tales o cuales condiciones; la noción de nulidad o anulabilidad no hace sino *reunir en un concepto unitario todas esas condiciones y características que según los casos deberá adoptar la efectiva supresión del acto.*²

2. *Qué debe explicar un sistema de las nulidades*

El proceso de investigación que nos llevará al concepto y enunciación de las nulidades del acto administrativo, debe pues partir de algunos supuestos que corresponde analizar previamente: *Cuáles son las consecuencias jurídicas concretas que determinados hechos deben acarrear según el orden jurídico.* Luego, la teoría de las nulidades estudia las consecuencias o sanciones que corresponden al acto administrativo antijurídico. Una vez elaborado ese punto de partida, debe tratarse de hallar los principales tipos y peculiaridades que se dan en las consecuencias jurídicas; y en base a los mismos se estudiará y reunirá las consecuencias jurídicas de un tenor similar, bajo un concepto común: Si encontráramos que todas las consecuencias jurídicas son similares, entonces el concepto sería uno solo; si halláramos una enorme multiplicidad, tantos serían los diferentes tipos de invalidez.

Desde luego, la apreciación y elección de cuáles son las principales consecuencias jurídicas a considerarse va a determinar la noción o nociones de invalidez. Si uno toma tan sólo una de las consecuencias jurídicas (verbigracia, que el acto sea susceptible de verse privado de sus efectos jurídicos), la noción de invalidez será demasiado amplia y con ello inútil para explicar suficientemente cómo son las consecuencias de que se trata; si a la inversa uno toma demasiadas peculiaridades existentes en las consecuencias jurídicas, las distintas especies de invalidez que se ofrecerán constituirán un conjunto demasiado complejo para ser realmente práctico y utilizable.

La solución, pues, está en hallar el término medio, tomar el mayor número posible de consecuencias jurídicas fundamentales y dejar de lado las accesorias. Una vez reunidas las que son fundamentales, deben buscarse sus puntos de conexión y reunir las entonces en grupos, de forma tal que se pueda decir que el grupo A de consecuencias jurídicas se da siempre en forma conjunta y así el grupo B, etc.; y que cada uno de ellos responde a un distinto tipo de hechos que afectan al acto administrativo. A ellos, entonces, llamaremos nulidad, anulabilidad, etc.; a su vez, es de señalar que la *denominación* que se adopte carece de toda trascendencia, pues ha de ser simplemente un punto de referencia conceptual entre los hechos y las consecuencias a que los mismos dan lugar.

² Ocorre pues con el concepto de nulidad lo mismo que con cualquier otro término jurídico: como dice ROSS, ALF, *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 32, propiedad, crédito y otras palabras, cuando son usadas en el lenguaje jurídico, tienen la misma función que la palabra *tû-tû*; son palabras sin significado, sin referencia semántica y sólo sirven un propósito como una técnica de presentación.”

3. Debe analizarse el régimen, no las denominaciones

Por un criterio de claridad o comodidad, podrán adoptarse las denominaciones usuales en este tipo de cuestiones (inexistencia, nulidad, anulabilidad), tratando de adoptar los nombres que por su uso anterior en otras disciplinas presentan ya una familiaridad y una identificación genérica con el grupo de consecuencias jurídicas de que se trata; *pero es necesario advertir que no debe darse a esos términos y significados familiares rigor dogmático alguno*; no debe partirse, por lo tanto, de casilleros en los cuales habrá forzosamente que encajar el de los actos administrativos, ni de principios doctrinarios *a priori* que puedan incidir en la apreciación objetiva de dichas circunstancias y desvirtuarlas. Se tratará de ver qué consecuencias se aplican a ciertos actos, pues esto es lo principal y no discutir sobre la denominación que luego podrá asignárseles.

II. Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil

4. Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas³

Antes de entrar al análisis pormenorizado de cómo funcionan las nulidades absolutas y relativas y los actos nulos y anulables del derecho civil en comparación con el derecho administrativo, es conveniente señalar las diferencias generales entre ambos sistemas de nulidades:

4.1. En el derecho civil la nulidad suele concebirse como una sanción por la ausencia o la alteración de un *elemento constitutivo* del acto; en cambio en el derecho administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos, antes que de un *elemento* suyo viciado o faltante.⁴ Esto es así porque en el derecho privado el énfasis sobre la voluntad de las partes (art. 1197 del Código Civil) “contribuye a presentar cada acto como definiendo su propio orden jurídico”⁵ y por ello, si bien existen también nulidades por infracciones al orden público, las principales son aquellas que emanan de una imperfección de los mismos elementos que constituyen el acto.⁶ En cambio, las nulidades administrativas no dependen de cuál elemento del acto está viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico.⁷

³ En sentido similar SABORIO VALVERDE, RODOLFO, *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, San José, SEINJUSA, 1994, 2ª ed.

⁴ BOULOUIS, *op. cit.*, p. 773; GIANNINI, *op. cit.*, p. 760. Si bien la Corte en el caso *Los Lagos, Fallos*, 190: 142, 151, dijo que también las nulidades administrativas se consideran en relación a los elementos del acto, pensamos que esa afirmación no concuerda con el criterio que el tribunal realmente utiliza para valorar los vicios, lo que se evidencia en *Pustelnik*, 293: 133.

⁵ BOULOUIS, *op. loc. cit.*

⁶ BOULOUIS, *op. loc. cit.*

⁷ Conf. SABORIO VALVERDE, *op. cit.*, p. 20 y nota 13.

4.2. En el derecho civil la nulidad es siempre declarada por un órgano judicial, mientras que en el derecho administrativo puede serlo tanto por un órgano judicial como por un órgano administrativo,⁸ aunque esto último es excepcional, no normal, según vimos al explicar la estabilidad o irrevocabilidad del acto individual en sede administrativa.⁹ Por lo demás, mientras que la primera surge usualmente de un proceso ordinario, la segunda puede también producirse en acciones de amparo u otros procesos sumarios o sumarísimos como los de la ley de defensa del consumidor. A la inversa, la potestad aún excepcional de la administración para revocar alguno de sus actos, importa que tanto ella como la justicia se vean influenciados por su propia naturaleza (dependiente, con tendencia al exceso de poder; independiente, con tendencia al exceso del *self restraint*) al pronunciarse sobre la validez o invalidez de un acto.

La administración tiende a ejercer su poder con excesiva autoridad, en tanto que la justicia peca por excesiva autorrestricción en el control. Otra diferencia que surge de la diversidad de órganos que pueden aplicar el sistema de nulidades administrativas, es que en nuestra jurisprudencia los jueces han declarado en el pasado no poder conocer de oficio en las nulidades administrativas (lo que sí pueden hacer en algunas nulidades civiles),¹⁰ al par que los órganos administrativos pueden conocer de oficio en las nulidades —que siempre son, por lo demás, administrativas—¹¹ de aquellos de sus actos no alcanzados por la irrevocabilidad.

Tal como lo destacamos en la “Introducción” de este vol., es llamativo verificar cómo sobreviven innúmeros criterios jurisprudenciales cuyo alcance concreto es negar el acceso a la tutela judicial efectiva a los particulares: La declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio*, la no declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos, la no justiciabilidad de determinados actos, etc. La restitución del derecho administrativo argentino al Estado de derecho (o al *rule of Law*, parafraseando a DICEY), luego de tantos gobiernos de facto en un pasado no tan cercano, está inexplicada e inexplicablemente demorada. No es de

⁸ Claro está, la revocación administrativa está sometida a revisión judicial. Ampliar *supra*, t. 1, cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” a § 22, “Otros problemas;” t. 2, cap. XIII y ss.; *infra*, en este t. 3, cap. XIII, § 3, “Anulación y revocación por ilegitimidad.”

⁹ Ver *supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

¹⁰ D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en la Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, 2ª ed., p.130, expresa que “cuando esa competencia orgánica se actuó, de oficio o a petición de parte, con injerencia en la esfera de derechos de un individuo... el juez juzga plenamente respecto de la actuación, sin límite ni condicionamiento alguno.” Con todo, hay progresos, como el que explicamos en “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3.

¹¹ Nos remitimos a lo dicho *supra*, cap. II, § 10, “Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa,” a § 15, “Conclusión;” esta posición, que iniciamos en 1963, ha sido seguida por CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 177-9, quien además recuerda a BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1992, pp. 224-6 y a VANOSSI, JORGE R., *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1984, p. 226 y ss.; en igual tesitura cabe recordar la clásica posición de BIDART CAMPOS.

extrañar entonces que se produzcan esfuerzos doctrinarios por cuestionar todo el andamiaje y no solamente su perpetuado disfuncionamiento.¹²

Por supuesto, la administración no puede en ningún caso declarar ella misma la nulidad de un acto jurídico emanado de *particulares*, ni entrar a conocer del supuesto vicio de la voluntad del particular. Es cierto que a veces se ha postulado, y no hemos sido una excepción a la regla,¹³ que la administración puede revocar aún el acto estable cuando ha mediado dolo del particular,¹⁴ o aún simplemente conocimiento del vicio del acto que lo beneficia, como así también que algunos ordenamientos consagran esa solución,¹⁵ pero no lo es menos que esto importa que la administración estaría analizando el vicio de la voluntad de un particular, lo cual nos parece hoy resultar en una absoluta invasión de las únicas facultades privativas que existen, precisamente las del Poder Judicial. Sostener lo contrario importa someter a la administración el juzgamiento, así sea provisional, de conductas privadas, lo que no parece admisible en un Estado de Derecho. Algo parecido puede deducirse del fallo de la CSJN en *Ángel Estrada*, del año 2005, donde negó a un ente regulador facultades jurisdiccionales para resolver conflictos entre particulares, con acertado fundamento en su ausencia de independencia.¹⁶

4.3. En el derecho civil los vicios que dan lugar a las nulidades del acto jurídico están en su mayor parte *expresamente* contemplados en el Código Civil, señalándose incluso qué tipo de nulidad corresponde a cada vicio. En el derecho administrativo en cambio, no todos los vicios están contemplados explícitamente en la ley administrativa (ni la ley civil, lógicamente, los contempla por su parte).

¹² Nos estamos refiriendo a nuestros propios intentos en diversos puntos, notoriamente, poder de policía: t. 2, cap. V y nuestro art. "Policía y Poder de Policía," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004, pp. 237-41 y al de MAIRAL en la doctrina hermana del contrato administrativo, que recordamos en la referida "Introducción," nota 3. Ver también las referencias y remisiones que allí hacemos en la nota 1.

¹³ Nos referimos a nuestro proyecto de 1964, que como toda tesis que peque por exceso de autoridad, ha tenido éxito: ha sido receptada tanto por la legislación nacional de 1972 como por la de la Ciudad de Buenos Aires luego de la instalación de su Gobierno Autónomo, a pesar de una Constitución liberal con la cual parece ahora enteramente discordante.

¹⁴ En tal sentido FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 361, a quien también recuerda BARRA, RODOLFO C., "La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración," *ED*, 108: 586.

¹⁵ Así, el del GCBA.

¹⁶ Ver CSJN, *Ángel Estrada, JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, con nuestra nota "Ángel Estrada," pp. 46-48; reproducida en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311. Para que un tribunal administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales, se requiere imparcialidad e independencia, algo que ocurre en muy pocos supuestos. Nos remitimos a "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, 2003, pp. 19-32.

Por otra parte, si bien el decreto-ley nacional de procedimiento administrativo contempla supuestos que fulmina con la nulidad absoluta, no ha sido esa la historia de su aplicación jurisprudencial, en la cual la valoración de cada vicio debe necesariamente hacerse en el caso concreto. Por fin, el vicio por antonomasia es la arbitrariedad de la administración, que surge de innumerables supuestos analizados por la doctrina y la jurisprudencia y se hace imposible reducir a una única fórmula general.¹⁷

4.4. Como consecuencia de lo anterior, mientras que el sistema civil de las nulidades tiene mayor certeza y previsibilidad, el administrativo es más incierto y por ende propenso a la inseguridad jurídica.

4.5. También como consecuencia de lo ya expresado,¹⁸ en derecho administrativo no rige el principio *pas de nullité sans texte*, cualquiera sea su grado de vigencia en derecho privado. Dicho en otras palabras, se mantenga o no en derecho privado aquel clásico principio,¹⁹ en derecho administrativo él es claramente inaplicable.²⁰ Este es uno de los aspectos que a veces cuesta entender a los que no cultivan la disciplina. El derecho privado maneja pocos principios jurídicos indeterminados que llevan a una única solución justa en el caso, p.ej. la buena fe, abuso del derecho, lesión, etc. (es imposible definirlos de antemano a través de un catálogo de actos prohibidos, pero cuando el juez establece que el hecho determinante ha ocurrido, la nulidad deviene su necesaria consecuencia).

En el derecho administrativo hay más, *v.gr.* la publicidad, transparencia, eficacia, justicia, que emergen de la CICC, más el principio cardinal de la razonabilidad en su doble vertiente sustantiva (debido proceso legal, garantía de defensa) y sustantiva (razonabilidad), cuyos múltiples casos y supuestos de aplicación analizamos a lo largo de toda la obra.²¹

4.6. Se ha producido un acercamiento entre las nulidades civiles y administrativas, en cuanto ha pasado a ser corriente en el derecho civil la admisión de que los derechos de carácter constitucional y en general los derechos humanos consagrados en los tratados supranacionales e internacionales constituyen supuestos de antijuricidad en las conductas privadas. (P. ej., discriminación; violación de la

¹⁷Nos remitimos al cap. VIII, § 7, “Imposibilidad de hecho,” a § 9, “Inmoralidad. La ética pública;” cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” a § 8.5, “Otras hipótesis;” y fundamentalmente al t. 1, *supra*, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo” y cap. X, § 15, “Los límites a la actividad discrecional.” Véase también FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.

¹⁸*Supra*, § 4.3.

¹⁹P. ej., la teoría de la inexistencia aparece en el derecho privado, según BOULOUIS, “para liberar al juez de las consecuencias del principio según el cual no hay nulidad sin texto” (*op. cit.*, p. 774). En igual sentido GIANNINI, *op. cit.*, p. 767; SAVORIO VALVERDE, *op. cit.*, pp. 19-20; comparar RENARD y VIEUJEAN, *op. cit.*, pp. 525 y 540.

²⁰WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 19.

²¹Ver las remisiones efectuadas *supra*, nota 17.

privacidad o intimidad, etc.) Esos mismos supuestos vician también y con mayor razón, la conducta administrativa. De todas maneras, si bien a veces el derecho privado recurre a la aplicación de reglamentaciones administrativas para juzgar conductas privadas, esto es más común en el caso de las nulidades administrativas. Las normas cuya infracción puede dar origen a la comisión de vicios del acto administrativo son tanto *internacionales, supranacionales, constitucionales* como *legales o reglamentarias*, precedentes de la propia administración, etc., amén de que hay también vicios no contemplados expresamente en norma concreta alguna pero que devienen de los principios generales del derecho, los principios jurídicos indeterminados, la garantía de razonabilidad, etc. Las fuentes de los vicios del acto administrativo son así múltiples y se encuentran muy dispersas, siendo más fácil no advertir alguno de los vicios de un acto puede padecer. Por ello el análisis de los vicios del acto administrativo requiere mayor investigación que el de los vicios del acto jurídico privado.²²

4.7. Mientras que en el derecho privado no se puede alegar la propia torpeza (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*), en el derecho administrativo antiguo la administración sí podía hacerlo, revocando los actos ilegítimos que hubiera dictado en tanto no afectara derechos de terceros que se estuvieran cumpliendo.²³ En el derecho comparado existe una acción judicial expresamente creada por el legislador a este efecto: La acción de lesividad,²⁴ en nuestro derecho se la incluye dentro de los procesos ordinarios como una de las posibles pretensiones procesales de la administración en juicio, aunque no la usa con la frecuencia que debiera²⁵ y no abundan los casos en los que el Poder Ejecutivo

²² A ese fin hemos dedicado los caps. precedentes: caps. VIII, "Objeto y competencia del acto administrativo," IX, "Vicios de la voluntad" y X, "Formalidades."

²³ Ampliar en COMADIRA, JULIO R., *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1981 y sus muy completas referencias; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 11, § 11.2, p. 190 y ss.; en la actualidad CASSAGNE, t. II, *op. cit.*, p. 182. Es lo que en su momento sostuvimos, interpretando la vieja jurisprudencia. Ahora se enfatiza, incluso para el Estado, la aplicación del principio civilista, lo que coincide con el principio constitucional alemán de la protección de la confianza debida. Ver COMADIRA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37; COVIELLO, PEDRO J. J., "La confianza legítima," *ED*, 177: 894; WEBER, ALBRECHT, "El procedimiento administrativo en el derecho comunitario," en BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 57 y ss., p.77.

²⁴ Ampliar en GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, t. II, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 42 y ss.

²⁵ A pesar del terminante dictamen de la PTN que transcribimos *supra*, cap. VI, § 10.1.1., pp. 19/20. Ver en cambio CNFed CA, Sala II, *Gordillo*, 2006, con nota de VEGA, SUSANA ELENA, "La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la Administración. La agonía de la acción de lesividad," *LL*, 2007-B, 451. Ver BIANCHI, "¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?," *ED*, 132: 808; GAVEGLIO, ADRIÁN J., "Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires," *JA*, 2000-III, 1127, esp. pp. 1128 y 1134. En otro criterio, CRESPO, FERNANDA, "La anulación de los actos administrativos irregulares ¿Resabios de la confusión entre derechos adquiridos y derechos ejercidos," *LL. Sup. Adm.*, en prensa. Ver *supra*, "Introducción," § 4.

mismo recurre a la justicia para interponerla. Prefiere obrar ilegalmente por sí y ante sí en lugar de pedir a la justicia la suspensión de su propio acto; sin embargo, si los órganos de asesoramiento letrado de la administración cumplen como deben el recordado dictamen de la Procuración del Tesoro y aconsejan en consecuencia, la práctica deberá finalmente cambiar.

En todo caso, ese proceder por sí y ante sí revocando su propio acto que reconoce derechos al particular, viola también el principio de congruencia y no contradicción, siéndole de aplicación aquello de que “deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa.”²⁶

Como tiene dicho la CSJN, “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, *sean éstos los particulares o el propio Estado*,” “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa *venire contra factum proprium non valet* que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe;”²⁷ pues “resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro.”²⁸

Puede en verdad apuntarse que estos precedentes implican la reversión del principio clásico, y la Procuración del Tesoro ha sido muy terminante al respecto.²⁹ Hay también precedentes que, aún partiendo de la construcción tradicional,³⁰ la matizan.³¹

Se ha mantenido y ampliado en el sentido que el precedente administrativo obliga a la administración, que no puede en tal caso simplemente invocar que

²⁶ ST. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, *Miranda, LL*, 1998-E, 197, 202, voto de TOMÁS HUTCHINSON, quien cita CSJN, *Fallos*, 7: 138, *Arigós*, 1869; *California S.E.C.P.A.*, 1983, *Fallos*, 305: 1402; CNFed. CA, Sala III, *Casik*, 26-XI-85. SCMendoza, Sala I, *Arrigoni*, 1990, *ED*, 141: 213, con notas de MAIRAL, HÉCTOR A., “Una aplicación de la doctrina de los propios actos a la Administración Pública” y de BIDART CAMPOS, *ED*, 141: 212; BORDA, *LL*, 1991-B, 38 y otros citados en *Spampinato*, SC de Mendoza, Sala I, 1998, *ED*, 181: 113. En contra BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS e IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, “El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum proprium non valet*,” *ED*, 106: 851.

²⁷ *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional, JA*, 1989-IV, 429.

²⁸ *Supra*, el dictamen transcrito en parte en el cap. VI, § 10.1.1, pp. 19/20, y los precedentes que invoca en el mismo sentido, cambiando la jurisprudencia anterior. Ver también CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro, LL*, 1992-B, 216, cons. 4° *in fine*; MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

²⁹ Costa Rica prohíbe en su art. 175.6 que la administración introduzca la pretensión de lesividad por reconvencción. Ver SABORIO VALVERDE, *op. cit.*, pp. 19-20.

³⁰ GRECCO, “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091,” *LL*, 1980-B, 906.

³¹ CNFed. CA, Sala I, *Rava, LL*, 1996-C, 459 y demás fallos aquí citados en el cap. III, nota 33, con comentario en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, § 38, “La práctica administrativa,” pp. 104-6.

fue torpe. En este sentido, lo que fue normal en el pasado, admitirle a la administración invocar su propia torpeza y volver sobre sus propios actos,³² parece cada vez menos admisible en el Estado contemporáneo.³³

Desde otra perspectiva que ilumina el enfoque que nos parece aproximarse al punto de equilibrio, se señala que la seguridad jurídica, tantas veces invocada a favor del acto, es en rigor un principio construido en tutela de los derechos individuales,³⁴ al par que se señala con justeza que resulta entonces absurdo postular la seguridad jurídica como valor oponible por la administración al particular. Es que el juicio de anulación llevará indefectiblemente casi una década durante la cual la norma será, al contrario, la absoluta inseguridad acerca del resultado final de la litis una vez agotadas todas las instancias incluyendo la del recurso extraordinario.³⁵

Estas señales que va dando con frecuencia la jurisprudencia puede ser indicación del futuro abandono definitivo de ese otro “anquilosado paradigma” del pasado,³⁶ máxime ante el categórico grupo de dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que acabamos de mencionar en notas anteriores, que obliga a todos los abogados que dictaminan en la administración pública nacional centralizada o descentralizada.

4.8. Mientras que las nulidades civiles tienden fundamentalmente a custodiar la voluntad de las partes, las nulidades administrativas buscan principalmente reafirmar la vigencia objetiva del ordenamiento jurídico; o, si se prefiere, asegurar el interés público *no en cuanto interés de la administración*, sino en cuanto *interés colectivo* de que *la administración no viole el orden jurídico*.³⁷ Pero esto tiene una dinámica inestable, que lleva con frecuencia a que la realidad signifique una desprotección del interés público representado por la seguridad jurídica de

³² COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa,”* Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1998, 2ª ed., p. 53 y ss.

³³ COMADIRA, *op. ult. cit.*, p. 55 y ss.; *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37; COVIELLO, “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894. CNFed. Civ. y Com., Sala III, *Hendrikse*, *LL*, 1-IX-06, tiene en cuenta el propio proceder del Instituto de la Propiedad Industrial para declarar la nulidad de un acto administrativo por el cual se pretendía declarar la caducidad de una patente. CAPUTI, CLAUDIA, “La coherencia del obrar administrativo,” *RDA*, 16: 879 a 907.

³⁴ CAPUTI, M. CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

³⁵ TAWIL, GUIDO, “El artículo 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” *LL*, 1995-E, 473; “Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa: primera aproximación,” en *RAP*, 133: 11, Ciencias de la Administración; “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial,” *ED*, 128: 958 y sus remisiones.

³⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 1236.

³⁷ Sigue este criterio SAVORIO VALVERDE, *op. cit.*, p. 17. Sobre la distinción entre interés público e interés de la administración pública, ver *supra*, t. 2, cap.VI, § 5.1 y ss.; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, § 468, esp. p. 829; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, Buenos Aires, 1989 y su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, en que sigue nuestra construcción.

los derechos individuales frente a la administración. Dicho en otras palabras, el interés público o bien común, o bienestar general, etc., resultan la mayor parte de las veces meras fórmulas dogmáticas vacías de contenido, de explicación y de sustento fáctico, con las cuales se funda sin argumentación alguna cualquier solución favorable al poder de turno.³⁸

5. *Distintos casos o especies de nulidades. Criterio de comparación*

Las diferencias que hasta aquí hemos señalado indican que se trata de dos sistemas diversos en sus rasgos generales; veremos ahora cómo también en el funcionamiento concreto de los distintos casos de nulidades existen diferencias entre el derecho civil y el derecho administrativo. La distinción entre actos nulos y anulables y entre nulidad absoluta y nulidad relativa del CC, no se presenta con iguales características en el derecho administrativo. Nos referiremos a las *consecuencias jurídicas* que el CC establece para ciertos *defectos* de los actos jurídicos y las diferenciaremos de las *consecuencias* que el derecho público a su vez dispone para similares *defectos* del acto administrativo.

6. *Nulidades absolutas y relativas del Código Civil*

Esta distinción se basa en nuestro Código Civil en que: a) la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, mientras que la relativa requiere petición de parte; b) la nulidad absoluta puede pedirse por todos los que tengan interés en hacerlo y por el ministerio público en el sólo interés de la ley; la nulidad relativa sólo pueden alegarla aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes; c) la nulidad relativa es susceptible de confirmación, la absoluta no: arts. 1047 y 1048.

7. *Comparación con el derecho administrativo*

a) El primer criterio de distinción no existió tradicionalmente en el derecho público argentino, en el cual se entendió que por la presunción de legitimidad de los actos administrativos los jueces no podían en ningún caso declararlos nulos *de oficio*.³⁹ Esta antigua idea jurisprudencial se emparentaba con otras que restringían el

³⁸Lo señala GONZÁLEZ NAVARRO, *op. loc. cit.*, al referirse al “anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro.” Coincide con nuestra antigua prédica en contra de la prevalencia dogmática de un interés público que no se puede definir ni caracterizar, ni menos aún explicar, frente a un concreto cúmulo de intereses individuales coincidentes, como explicamos en el t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” p. VI-31 y ss. y lo sostenemos ininterrumpidamente el año 1962 en nuestro artículo “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *LL*, 106: 1187, hasta el presente. Ver también *supra*, “Introducción,” § 3; cap. IX, § 8.4.1.1., “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.”

³⁹CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*, 1941; BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia,” separata de la *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1946, p. 192 y ss., p. 195; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, pp. 431-2.

control judicial,⁴⁰ p. ej. negando la declaración de inconstitucionalidad de oficio, con lo cual se cometía la peor de las contradicciones: afirmar que el juez conocía y aplicaba el derecho (*iura novit curia*), pero no la Constitución.

El juez no conocía ni aplicaba la Constitución, era lo que surgía de esa absurda negativa. Desde luego que han existido importantes reacciones contemporáneas a esa negación máxima del orden jurídico.⁴¹ Pero falta aún recorrer más camino para que la Constitución se aplique como orden jurídico supremo, junto a los tratados internacionales y no como excepción a la regla de sumisión al ordenamiento legal y reglamentario.⁴²

Con el dictado del decreto-ley 19.549/72, se afirma la idea de que el acto administrativo *nulo* no tiene presunción de legitimidad, pero ¿será ello fundamento suficiente para considerar que los jueces pueden declarar *de oficio* la nulidad de un acto administrativo? La jurisprudencia frecuentemente ha entendido que no, en el pasado, porque a su juicio ello hubiera implicado dictar un pronunciamiento sobre un punto no alegado por el particular y en consecuencia no debatido en el proceso, con posible violación al principio de la defensa de la administración, o del mismo particular, si el acto lo favorece y la administración no ha demandado o reconvenido por nulidad de dicho acto.⁴³

Pareciera pues subsistente en buena parte de la jurisprudencia argentina la vieja regla de que el acto aún viciado de nulidad (según el art. 14 del decreto-ley 19.549/72, de “nulidad absoluta e insanable”), no puede ser anulado de oficio en sede judicial, o sea, sin petición del particular. Esta petición, en todo caso, no tiene ninguna formalidad sacramental salvo el normal cumplimiento de las normas procesales; en otras palabras, basta con que se impugne el acto por

⁴⁰ O, según convenga, ampliándolo cuando se trata de favorecer a la administración. Si ésta no invocó la cosa juzgada, p.ej., hay precedentes que la aplican de oficio. La solución no estaría mal si no fuera por la incoherencia que supone en el sistema, en perjuicio de los derechos individuales y en último análisis del Estado de Derecho.

⁴¹ Además de nuestra propia constante prédica en el sentido indicado, desde las primeras ediciones, cabe recordar con igual criterio a BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 336; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber,” *ED*, 181: 1092 y sus demás referencias. Algunas disidencias en la Corte Suprema habían insinuado un cambio en la materia, al admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio en los votos de FAYT y BELLUSCIO: *Fallos*, 306: 303, *LL*, 1984-B, 426; *Fallos*, 310: 1401, *Peyrú, LL*, 1987-E, 126 a los que se suma BOGGIANO, *Ricci, LL*, 1998-E, 233. La CSJN misma acogió esa tesis a partir de *Mill de Pereyra, Fallos* 324: 3219, año 2001; *DJ*, 2001-3, 807; *LL*, 2001-F, 891; *LL*, 2002-A, 34; *LL*, 2003-A, 234, con nota de GÓMEZ, CLAUDIO D. La solución se afianzó a partir de *Banco Comercial de Finanzas*, año 2004, *LL*, 2005-F, 453, con nota de FIGUEIRA, BÁRBARA y MUSITANI, CHRISTIAN; *LL*, 30/08/2004, 5; *DJ*, 2004-3, 115; *LL*, 2005-B, 842, con nota de BONINA, FERNANDO N. Puede considerársela, pensamos, finalmente *jus receptum* argentino. Constituye, como es obvio, un sensible avance en nuestro derecho viviente.

⁴² Ver GORDILLO, *Cien notas de Agustín, op. cit.*, pp. 189-91, § 91, “Una historia que no cierra: reparación histórica *vs. ultima ratio*,” *LL*, 1998-D, 215, nota a *Ceballos*, Sala V.

⁴³ Un caso así en *Hernández*, con fallo a favor del particular en las tres instancias; BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

ilegítimo para que el juez quede habilitado y obligado a declarar su nulidad o anulabilidad, si ella existe.⁴⁴

En sede administrativa, en cambio, la nulidad del acto administrativo puede excepcionalmente ser declarada de oficio en tanto no se viole la regla de la estabilidad del acto (art. 17 *in fine* y art. 18); dicho al revés, la regla es que el acto es irrevocable en sede administrativa y la administración sólo puede pedir judicialmente su nulidad y que por excepción la administración puede revocarlo ella misma, por sí y ante sí. Sin embargo, la admisión de la revocabilidad —así sea excepcional— del acto administrativo importa una grave e irrazonable desigualdad con los derechos de los particulares, ya que la jurisprudencia ha interpretado que éstos pueden impugnar la nulidad absoluta del acto solamente dentro del plazo de caducidad de la acción y que por ende la nulidad absoluta del acto administrativo no resulta en verdad y para ellos imprescriptible. Muy por el contrario, a la administración le sería al parecer permitido sin límite alguno de tiempo salvo la prescripción de la acción —y en ocasiones puede existir imprescriptibilidad— pedir judicialmente la nulidad de su propio acto.⁴⁵ Aplicado al caso del acto administrativo singular, que es el objeto de este vol., nos parece una solución tan disvaliosa frente a la seguridad jurídica de los derechos adquiridos que la reputamos violatoria de la garantía constitucional de la propiedad, injusta e irrazonablemente discriminatoria. Va de suyo que estas consideraciones no son aplicables al contrato administrativo viciado de nulidad absoluta, p. ej. en materia de licencias o concesiones de monopolios de servicios públicos sin base legal *stricto sensu* (o sea, ley formal del Congreso de la Nación), o renegociaciones que cambian el objeto, el plazo y precio del contrato de concesión o licencia en forma directa, etc.

En estos últimos supuestos reputamos justo que la acción judicial de nulidad del acto administrativo no esté sujeta a plazo de caducidad, primero por no serle de aplicación el decreto-ley de procedimiento administrativo y segundo porque se tratará por lo general de contratos que aún producen efectos jurídicos, con lo cual queda siempre abierta la acción que establece la ley de defensa del usuario y del consumidor, cuya prescripción no comienza a correr mientras los efectos aún perduran. En estos casos de invalidez del contrato la justicia ha aceptado

⁴⁴ La justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires ha producido un importante avance, desde la reforma constitucional y el nuevo código procesal administrativo, aunque recortado éste en cuanto al control por posteriores reformas legislativas. Ha sido fundamental la creación de los nuevos tribunales. No sólo ha declarado la inconstitucionalidad de oficio de la norma que confiere atribuciones a la administración para trabar medidas precautorias sin intervención del poder judicial en el proceso, sino que le ha ordenado que se abstuviera de ejercer tales facultades, anticipándose *de oficio* a la emisión del acto administrativo ilegítimo: SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” *LL*, 2007-B, 435-50.

⁴⁵ Decreto-ley 19.549/72, art. 27; HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 153 y ss.; MURATORIO, “Los contratos...,” *op. cit.*, p. 1211, quien también recuerda a la PTN, *Dictámenes*, 168: 452; 189: 72.

expresamente su revocación en sede administrativa por motivos ciertos de nulidad manifiesta.⁴⁶

b) La segunda distinción tampoco se da con esos caracteres en el derecho administrativo, pues la posibilidad de pedir la declaración de la consecuencia jurídica respectiva está dada por un criterio específico de legitimación procesal: que el impugnante tenga un derecho subjetivo, derecho de incidencia colectiva, o un interés legítimo,⁴⁷ lo que constituye una temática autónoma “que nada tiene que ver con el tipo de nulidad del acto que se impugna.”⁴⁸ Por lo demás, no resulta aplicable al ministerio público la limitación en el caso de la nulidad relativa.

La administración puede pedir ante la justicia la anulación de sus propios actos, a través de lo que en el derecho español, pero también a veces entre nosotros, se llama la acción de lesividad; con la salvedad antes referida a la caducidad y prescripción de la acción. Y es obvio señalar, por otra parte, que la consecuencia jurídica respecto del acto (su extinción) no varía porque deba ser pedida por una persona, o pueda serlo por varias.

c) La tercera distinción existe en el derecho público, en cuanto algunos actos son susceptibles de ser saneados del vicio de que adolecían y otros no. Sin embargo, éste es tan sólo un aspecto de las llamadas nulidades absolutas y relativas y por ende no es suficiente para afirmar que dicha categoría sea aplicable, tal como la da el derecho privado, a los actos administrativos.

8. Actos nulos y anulables

El Código Civil ha centrado hasta ahora la distinción a que ahora nos referimos en que en los primeros (actos nulos) el vicio es *manifiesto*, aparece por sí sólo, a primera vista; y en los segundos no aparece a primera vista, es *no manifiesto* y requiere siempre una investigación de hecho a realizarse por el juez a efecto de determinar la existencia del vicio (arts. 1038 y 1046).

En otras palabras, los primeros adolecen de una nulidad de derecho, taxativa, rígida, “insusceptible de más o de menos,” mientras que los segundos tienen una nulidad “intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial.”⁴⁹ Claro que cuando el juez llega a la conclusión de que los hechos del caso determinan la nulidad, esa apreciación deviene a su vez igualmente terminante en cuanto a que trae aparejada la extinción del acto como solución unívoca.

⁴⁶ CSJN, *OCA S.A. c. SIDE* (“S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado”), ED, 177: 749, año 1998, con nota de COMADIRA, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento.”

⁴⁷ *Supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” a IV, “El interés legítimo.”

⁴⁸ GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, p. 467; 1987, 10ª ed., p. 416.

⁴⁹ LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1953, p. 13 y ss.

8.1. *La solución tradicional*

Esa distinción no existía en el derecho público argentino, porque del ya citado principio amplio de que el acto administrativo se *presume válido* se desprendía que en ningún caso podía decirse que adoleciera de una nulidad manifiesta. Siempre era necesaria una investigación de hecho para determinar la existencia del vicio. Señalaba BOSCH en efecto: “Según la Suprema Corte, en derecho administrativo y en razón de la presunción de validez o legitimidad aneja a los actos administrativos, desaparece, tanto la posibilidad de admitir la existencia de actos manifiestamente nulos, como la posibilidad, correlativa, de que tales actos puedan ser declarados nulos de oficio.”⁵⁰ La afirmación de que el acto administrativo nulo no puede en derecho administrativo adolecer de una nulidad manifiesta, en el sentido del Código Civil, no era pacífica en la doctrina argentina y algunos autores ya habían interpretado el derecho nacional en el sentido de que el acto administrativo podía adolecer de nulidad manifiesta.⁵¹

8.2. *La solución después del decreto-ley 19.549/72*

En el decreto-ley 19.549/72, por su parte, encontramos que el art. 14 habla de que el acto administrativo puede ser nulo de nulidad absoluta, pero no agrega manifiesta. Sin embargo, la fuente del art. puede llevar a sostener que sus autores pensaron que no necesitaban decirlo expresamente, ya que tal era la tesis de MARIENHOFF.⁵² Por lo demás, si apreciamos que la nulidad en derecho administrativo no es absoluta en el sentido del Código Civil, quizás no sea aventurado sostener que el sentido objetivo de la norma es genérico, apunta a una única categoría de invalidez grave, que sería indistintamente llamada absoluta o manifiesta, o absoluta y manifiesta. En apoyo de esta forma de pensar cabe señalar que el decreto-ley recoge expresamente la calificación de *regular* para los actos administrativos válidos y anulables y de *irregular* para los actos administrativos nulos.

De cualquier manera, la CSJN a partir del caso *Pustelnik* de 1975, resuelve expresamente la cuestión en el sentido de que la distinción entre actos nulos y anulables consagrada en el derecho civil constituye un principio general del derecho susceptible de ser aplicado o entendido de manera diversa en el derecho administrativo. Expresa el tribunal “que la invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de la materia iuspublicista sin que a ello se oponga el recurso a las reglas del C. C. en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propios de aquellos actos en modo que

⁵⁰ BOSCH, *op. cit.*, p. 195.

⁵¹ Empezando por la crítica del propio BOSCH, *op. loc. cit.*; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 477; DROMI, en el libro de DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 84. Comp. LINARES, *Fundamentos del derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 230. En contra: la doctrina citada en el cap. V, § 3.1, “Jurisprudencia tradicional.”

⁵² MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 632.

las categorías relativas a la invalidez, oriundas de la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho.” (Cons. 3°)

“Que, de acuerdo con tal criterio, la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico, que sólo requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible.” (Cons. 4°)

“Que una de las categorías de la invalidez de los actos administrativos es la concerniente al acto irregular en el cual luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene.” (Cons. 5°)

De ello se sigue que en derecho administrativo al igual que en derecho civil, se reconoce ahora la existencia de una categoría de actos, tal como los actos nulos del derecho privado, carentes de presunción de validez,⁵³ aquí llamada presunción de legitimidad, circunstancia que se presenta toda vez que se trata de “actos que adolecen de una invalidez *evidente y manifiesta*,” cons. 2°, cuya “ilegitimidad o irregularidad aparece *patente*,” cons. 4°, o “evidente,” cons. 7°. Estos actos son irregulares y específicamente el art. 14 del decreto-ley los denomina nulos, expresión que reiteran, con variantes, los arts. 17 y 20.

Al lado de esta categoría de actos nulos, similares a los de derecho civil, existen también los actos que, aunque viciados, son regulares y que los arts. 15 y 19 llaman anulables. De estos dice la Corte en el caso *Pustelnik*: “Que el acto administrativo regular, en cambio, aún cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad, ostenta empero cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce la presunción de su legitimidad,” cons. 6°; se trata del acto que “no fue manifiesta ni evidentemente inválido,” cons. 17; y que si tenía en todo caso “una causa de invalidez no manifiesta,” cons. 15, ella no le privaba de su calidad de acto regular, pues se trataría de una “invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible,” cons. 4°.

⁵³ HUTCHINSON, TOMÁS, “La teoría de las sanciones al acto administrativo defectuoso,” en HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 435, crítica *Pustelnik*: “la afirmación realizada por la Corte Suprema en el caso «Pustelnik» de que el acto manifiestamente nulo no se presume legítimo es una afirmación sin contenido práctico alguno. Pues si la Administración lo puede hacer cumplir tendrá eficacia práctica y porque además lo «manifiesto» o «no manifiesto» en algunos casos puede ser una cuestión de apreciación de quién resuelve.” En este enfoque empírico, se podría agregar todavía más, que los particulares son muy renuentes a interponer acciones o recursos contra el acto nulo, y aún habiendo hecho y obtenido medidas cautelares con ellos, renuncian a notificarlas o desisten del juicio mismo, ante las promesas de la administración de resolver el asunto y la exigencia de previamente desistir de las medidas judiciales. Increíblemente, hasta las empresas multinacionales a veces actúan de este modo.

8.3. Conclusiones

La legislación administrativa utiliza las expresiones nulidad absoluta y acto nulo:

a) Lo primero no es exactamente asimilable a la terminología civil, por lo ya expuesto;⁵⁴

b) el segundo uso se asemeja en mayor grado al utilizado en derecho privado.

Por ello preferimos hablar de actos anulables y nulos, obviando las expresiones nulidad absoluta y relativa, invalidez absoluta y relativa, actos inválidos e invalidables, etc., todas las cuales inducen a nuestro juicio a confusión.⁵⁵ A los efectos de nuestra legislación y dejando de lado por ahora el caso de la inexistencia, tenemos así dos tipos de invalidez del acto administrativo (actos nulos y anulables), que se asemejan en parte a la distinción civilista comentada, pero que de todos modos tienen su fuente en la interpretación legal y jurisprudencia del derecho público en general (recuérdese que muchos de sus principios vienen de tratados internacionales, supranacionales, constitucionales, generales del derecho, etc.) y administrativo en particular antes que en la aplicación literal del Código Civil.

III. Nulidades administrativas en particular

9. Especies de nulidades administrativas

9.1. *El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas*

La segunda parte de *Los Lagos*, al analizar la invalidez del acto de caducidad de inscripción de un título de propiedad de tierra fiscal en el Registro de la Propiedad, *particulariza el régimen jurídico* y establece ciertas consecuencias que se aplican en este caso en particular, pero no en todas las demás hipótesis de actos viciados.⁵⁶ Surgió así un tipo específico de invalidez, ratificado luego por el decreto-ley 19.549/72, en el que:

9.1.1. La invalidación produce, o puede producir, efectos retroactivos: “la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado.”⁵⁷

⁵⁴ Ver *supra*, § 8, “Actos nulos y anulables.”

⁵⁵ Se trata de la clasificación que hicimos en la 1ª edición de 1963 y mantuvimos en la segunda de 1969. Al dictarse el decreto-ley 19.549/72, luego de muchas dudas resolvimos mantenerla en la 3ª ed. de 1979; transcurridas muchas reimpresiones y mayor reflexión, estamos más seguros de seguir sosteniendo esta forma de clasificar las nulidades, que por lo demás ha recibido consagración en diversas legislaciones provinciales y en la jurisprudencia administrativa.

⁵⁶ Otros fallos en que se aplicaron estos principios en BOSCH, *op. cit.*, p. 243 y ss.; LINARES, *op. cit.*, pp. 27-8. Entre los fallos posteriores, *Román María José de Seze v. Nación Argentina*, 1958, 241: 384, 396, reitera esa doctrina.

⁵⁷ CSJN, *Los Lagos S.A.*, 1941, *JA*, 75: 921, 926, 2ª columna.

Esta primera conclusión clásica de aquel tradicional fallo ha sido cuestionada por MAIRAL y por BARRA.⁵⁸ MAIRAL postula un criterio empírico conforme al cual según el caso, si el particular no participó en las causas de ilegitimidad, las consecuencias pueden “retrotraerse a la fecha de emisión del acto, o a la de notificación al beneficiario del acto de la demanda impugnatoria, o a la de la sentencia definitiva. En muchas ocasiones será más sencillo buscar soluciones por esta vía que derivar al particular afectado por la anulación retroactiva a una acción de enriquecimiento sin causa.”

Señala BARRA, a su vez, que “el texto, bastante imperfecto, del art. 17 [...] no autoriza a suponer que el efecto de la declaración de nulidad, aún la absoluta, sea [necesariamente] *ex tunc*.” “En su parte final el artículo dice que «sólo se podrá impedir (en relación con el acto cuestionado) *su subsistencia* y la de los efectos aún pendientes [...]»; es decir el acto no subsiste, no es más vigente, pero lo fue hasta ese momento, produciendo sus efectos jurídicos y fácticos propios hasta tanto fue extinguido por la declaración judicial de nulidad.” “No hay otra norma en la ley de procedimientos administrativos que permita otorgarle efectos retroactivos a la revocación por nulidad absoluta de un acto administrativo, sino, sólo construcciones doctrinarias.”⁵⁹

Sin embargo, la ley 25.188 de ética pública, al contemplar supuestos que ella subsume en el art. 14 del decreto-ley 19.549/72,⁶⁰ difícilmente podría interpretarse del modo propuesto por BARRA, por el grave cuestionamiento que supone dicho encuadramiento normativo. En ese supuesto normativo la anulación pareciera que debe ser retroactiva, si el reproche ético que la conducta merece es de pareja gravedad. El cuestionamiento de BARRA a la interpretación clásica pierde fuerza en el sistema normativo de nulidades que ahora se integra con la ley 25.188; aunque no el de MAIRAL. Si bien BARRA recuerda a FORSTHOFF cuando éste admite la revocación *ex tunc* para el caso de que la nulidad sea producto del dolo del individuo, concluye que “Sin embargo ello no está autorizado en norma alguna, por lo que el Estado deberá asumir las consecuencias de la normatividad creada, aún de manera irregular. Es decir la declaración de nulidad sólo puede tener efectos *ex nunc*, sin perjuicio de resultar procedente exigir del administrado la reparación de los daños causados con su actitud dolosa [...] [y] sin perjuicio de

⁵⁸ MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 519, p. 906; BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586, 589; BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

⁵⁹ BARRA, *op. loc. cit.*

⁶⁰ Art. 17.- “Cuando los actos emitidos por los sujetos del artículo 1° 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. 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. Las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.”

la eventual sanción penal.”⁶¹ No obstante, cabe destacar que este autor se está refiriendo al supuesto puntual de la revocación en sede administrativa del acto estable que padeciere nulidad. Pues si un acto que pudiese ser nulo es extinguido retroactivamente en sede administrativa, la declaración judicial de la nulidad del segundo acto sí será retroactiva, con el efecto específico de hacer renacer los efectos jurídicos del acto pretendidamente extinguido, lo cual es claramente retroactivo en el ámbito de lo resuelto por la justicia. A su vez y como por lo demás lo recuerda MAIRAL, en el derecho estadounidense es el juez quien resuelve los efectos en relación al tiempo, solución que también parece justa y acertada.

Así ocurre si una alumna se inscribe en primer año sin estar en condiciones reglamentarias de hacerlo y aprueba normalmente las materias de dicho año. No puede luego negársele la admisión al segundo año so pretexto de invalidar retroactivamente el acto de admisión al primero. El segundo acto debe ser extinguido retroactivamente.⁶² Pero esto, en lugar de una regla, es la solución en el caso concreto.

9.1.2. Se sigue de ello, aunque el tribunal no lo dijo en aquel caso expresamente, que el vicio del acto *no es subsanable*, o sea que es *inconfirmable*;⁶³ el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 lo aclara en cambio terminantemente (“nulidad [...] insanable”). Es la misma aclaración que surge del ya citado art. 17 de la ley 25.188 de ética pública, al remitirse expresamente a aquella norma.

9.1.3. La acción para demandar la nulidad del acto era imprescriptible;⁶⁴ con las reformas al art. 4023 del CC pudo discutirse si se aplicaría al acto nulo la prescripción decenal allí creada, o si subsistiría la regla de la imprescriptibilidad.⁶⁵ La respuesta es discriminatoria: la situación empeoró para el particular

⁶¹ BARRA, *op. cit.*, p. 589/90: en el segundo supuesto se está refiriendo a la administración. Agrega a su vez, renglones antes, que “El principio de la no retroactividad del acto de revocación es, además, una solución justa cuando la Administración es la causante del vicio, pues su propia torpeza no puede perjudicar *a posteriori* los derechos de los administrados.” “Es que la no retroactividad de la revocación es jurídicamente lógica por cuanto el acto administrativo es, en definitiva, una norma jurídica, es decir integra el ordenamiento jurídico general del Estado. Su emisión, como en el orden general y abstracto ocurre con las leyes, implica la creación de situaciones jurídicas que gozan, no sólo para la Administración sino para todos los súbditos, de la presunción de legitimidad. El mismo carácter tiene el acto de revocación, es decir es otra norma jurídica de igual jerarquía que la anterior y que sólo puede crear situaciones jurídicas nuevas, puesto que las normas no pueden, en ningún caso, afectar derechos incorporados al patrimonio según la doctrina que emerge del art. 3° del cód. civil.”

⁶² CSJN, *Hernández*, confirmando los fallos publicados en *ED*, 108: 589, con notas de BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

⁶³ LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, pp. 27-8 y los otros fallos que cita.

⁶⁴ Fallo citado, *JA*, 75: 921, 926; LINARES, *Cosa...*, *op. cit.*, p. 27 y 30; DIEZ, *op. cit.*, p. 425.

⁶⁵ La doctrina se orienta a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta aún en el nuevo art. 4023, solución que compartimos desde la 3ª ed., 1979, p. XI-17, siguiendo a SALERNO, *Nulidad absoluta y prescripción*, Buenos Aires, 1978, pp. 43-7 y sus referencias; conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, p. 378 y ss.; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 497 y ss.

con la interpretación jurisprudencial del art. 25 del decreto-ley 19.549/72, ya que si bien no deberían ser aplicables a los actos nulos los términos de caducidad para su impugnación,⁶⁶ la jurisprudencia no lo ha entendido así,⁶⁷ salvo en muy contadas ocasiones.⁶⁸ Conviene pues evitar discusiones e interponer la acción, en el orden nacional, dentro de los términos de este cuerpo normativo. No hay pues diferencias entre actos nulos y anulables a los efectos del plazo de caducidad para la impugnación judicial, lo cual es una solución obviamente disvaliosa para el interés público representado por el derecho a la legalidad de los particulares frente al poder.

Para la administración sigue siendo, al parecer, imprescriptible. Los pronunciamientos de imprescriptibilidad para el Estado no registran quiebre alguno, ni por la modificación del CC, ni por el decreto-ley 19.549/72. Prueba de esta afirmación es la percepción y las citas que transmite la CNFed. Civ. y Com., Sala III, *in re Maruba SCA*.⁶⁹

“Asimismo, la invalidez del acto nulo y la acción para pedirla no está sujeta a ningún plazo de prescripción. Los actos nulos no se consienten, porque su nulidad es de tal carácter que trasciende el puro interés del destinatario de él, y afecta al interés público, al orden público.”

“En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en reiteradas oportunidades que la nulidad absoluta es imprescriptible (conf. Fallos: 179: 250; 278: 278/279; 190: 157/158; 241: 396-La Ley, 8-790; 144-588, 29.489-5; 23-251; 94-241). Como así también, 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 faltas de formas 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» (conf. Fallos: 179: 278).”

No postulamos que las soluciones debieran ser exactamente iguales para administración e individuos, aunque hay más razones para privilegiar el tiempo

⁶⁶ PTN, *Dictámenes*, 83: 115; conf. MAIRAL, *Control...*, t. I, *op. cit.*, § 239, p. 391; GARRIDO FALLA *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 295; *infra*, t. 4, cap. VIII, § 2.3.3, “«Caducidad de instancia» administrativa.”

⁶⁷ CNFed. CA, Sala IV, *Muñoz, José*, 16-IV-98; Sala III, *Padilla*, 13-IV-89; *Álvarez Lancellotti*, año 1988, *LL*, 1988-D, 449; *Ronanduno de Maeso*, *LL*, 1988-B, 442; Sala V, *Chanampa*, año 1997, *LL*, 1997-E, 550 y GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 89, “El incumplimiento del plazo del art. 25 no puede resolverse de oficio,” pp. 187-8, *LL*, 1998-D, 209; CFed. Resistencia, *Pereyra de Ferreyra*, *LL*, 1997-A, 100 y nota en GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 55, “El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial,” pp. 133-4. Comp. REJTMAN FARAH, “El proceso contencioso administrativo. Algunos debates abiertos,” *LL*, 2007-B, 902.

⁶⁸ Sala V, *Nóbile*, *LL*, 1997-C, 831, comentado en GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, pp. 144-5, § 64, “La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños.”

⁶⁹ Año 1997, *LL*, 1998-A, 151, 153.

del particular y no el de la administración,⁷⁰ pero *esta* desigualdad es ya desproporcionada.

9.1.4. Según surge del caso *Pustelnik*, en estos actos el vicio a veces se caracteriza no sólo por su gravedad sino también por su carácter evidente o manifiesto, con lo cual el acto carece también, por lo tanto, de presunción de legitimidad.⁷¹ Sin embargo, bien apunta GAVEGLIO que hay supuestos de nulidad por la gravedad del vicio, que sin embargo no son manifiestos. En otras palabras, la nulidad puede ser manifiesta o no, como también lo apunta COMADIRA.⁷²

9.2. *El supuesto de las sanciones de menor gravedad*

Hay otro grupo de principios específicos que marcan un distinto tipo de invalidez, cuya característica es la menor gravedad del vicio y de las consecuencias que origina. En este grupo de casos:

a) El vicio puede ser subsanado por la actuación posterior de un órgano que haga cumplir el requisito que no se había satisfecho en ocasión de emitirse el acto;⁷³

b) siendo el vicio subsanable, la declaración de la invalidez del acto es constitutiva,⁷⁴ o sea, produce efectos sólo para el futuro (*ex nunc*);

c) la acción para demandar la invalidación del acto prescribe a los dos años por aplicación del art. 4030 del Código Civil referente a los vicios de la voluntad y en particular el error de hecho o leve de derecho;⁷⁵ pero ya recordamos que la jurisprudencia aplica en su lugar los plazos de caducidad de la legislación administrativa local.

d) Según surge de la jurisprudencia y doctrina tradicionales, estos actos tienen, a pesar de su vicio, presunción de legitimidad, derivada del carácter generalmente

⁷⁰ Ver t. 4, cap. VIII, "El tiempo en el procedimiento administrativo," § 1, "Introducción."

⁷¹ La doctrina está conteste: MAIRAL, *Control...*, t. II, p. 810, § 463 y 443, p. 777.

⁷² COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, op. cit., p. 61, con sus referencias; *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. II, § 3.2.2, pp. 75-6; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, op. cit., cap. 5, § 5.2.2, pp. 85-6; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 1.2.2, pp. 291-2.

⁷³ Así ocurre en los supuestos que contempla el art. 19 del decreto-ley, también, p. ej., en algunos casos de defensa en juicio: CSJN, *Echarran*, año 1950, *Fallos*, 218: 535; *Roonez*, año 1948, 212: 456; *Beltrán, Favario*, año 1952, 222: 117. En sentido similar PTN, *Dictámenes*, 61: 164; 58: 325; 46: 71, admite "la convalidación de actos administrativos que padezcan de nulidad relativa." Conf. DIEZ, op. cit., pp. 425-6. Comparar MAIRAL, *Control...*, t. II, op. cit., p. 810, § 463.

⁷⁴ Así LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, op. cit., p. 40, respecto de la revocación; comp. GARRIDO FALLA, op. cit., p. 416; 10ª ed., p. 474.

⁷⁵ *Fallos*, 175: 368, *Carman de Cantón*, 1936; 201: 329, *Nación v. Ascasubi*; 241: 384, *De Seze*, 1958. Conf. BOSCH, op. cit., p. 247 y ss., 257; LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, op. cit., p. 30 y los fallos que ambos citan; DIEZ, op. cit., p. 433; PTN, *Dictámenes*, 68: 191; 74: 238.

no manifiesto del vicio. Este último punto debe ser comparado con el análogo de los actos nulos. Ellos significa que el vicio menos grave, que sólo ocasiona anulabilidad, puede ser manifiesto; incluso los vicios intrascendentes que no afectan la validez del acto pueden ser manifiestos (falta de fecha o lugar de firma del acto). También son manifiestos algunos vicios que, si se presentan aisladamente, parte de la jurisprudencia considera subsanables, como falta de audiencia previa, de dictamen jurídico previo, de fundamentación o motivación, etc.

Estos principios más benignos, han surgido en su casi totalidad de fallos en los cuales se consideraron actos viciados de error de hecho o del llamado error leve de derecho.⁷⁶ En el decreto-ley 19.549/72 son, *a contrario*, los supuestos que no encuadran en el art. 14.

9.3. *El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio*

Se ha observado que el derecho público es más benigno, para juzgar de los vicios que afectan la validez del acto administrativo, que el derecho privado para apreciar los vicios que dan lugar a la invalidez del acto jurídico.⁷⁷ A resultas de ello hay ciertos vicios o irregularidades del acto administrativo que a pesar de constituir infracciones al ordenamiento jurídico vigente, no producen ni siquiera la anulabilidad del acto.⁷⁸ O sea, la validez del acto no se ve afectada por cualquier transgresión al orden jurídico en que el acto haya incurrido, por nimia que sea, sino que se requiere cierta entidad en la misma.

Este criterio lo intentó recoger el decreto-ley 19.549/72 en su art. 15, aunque lo hizo de manera oscura, pues mezcló dos cuestiones en verdad diferentes: El supuesto de infracciones no demasiado graves, pero que tornan anulable el acto y dan lugar en consecuencia a su eventual saneamiento o extinción y el supuesto de infracciones intrascendentes. En este último caso y a pesar de la confusión en que incurrió el art., es obvio que no puede haber sino una conclusión: Si la omisión o transgresión es intrascendente, ella no tiene ni puede tener efecto alguno en cuanto a la validez del acto. Por ello el decreto-ley 21.686/77 acertadamente se suprimió aquella referida afirmación, claramente autocontradictoria, que por error material se deslizó, desde nuestro punto de vista, en la primera redacción realizada por la comisión redactora del anteproyecto que luego se transformara en decreto ley 19.549/72. Un claro ejemplo de trasgresión intrascendente sería el art. 8° en cuanto prescribe que el acto “indicará el lugar y fecha;” la falta de fecha del acto se suple con la fecha de la notificación, la que pasa a ser la fecha del acto y la falta de expresión del lugar no tiene consecuencia jurídica alguna siempre que el autor del acto haya actuado con competencia en razón del territorio.

⁷⁶ BOSCH, *op. cit.*, p. 247 y ss.

⁷⁷ CJ de Salta, *Prov. de Salta c/Batule*, 1965, LL, 120: 559 y 561 y JA, 1966-II, 260.

⁷⁸ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 130; WOLFF, *op. cit.*, p. 271; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, 1974, 4ª ed., actualizada por DANIEL H. MARTINS, p. 504; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 4ª ed., p. 418; 10ª ed., p. 414.

10. *Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo*

De esta forma encontramos inicialmente dos tipos de consecuencias jurídicas a que pueden dar lugar los vicios del acto administrativo: a) unas, más graves, en las cuales el acto es insanablemente inválido, su invalidación produce efectos retroactivos y la acción es imprescriptible o prescribe a los diez años; b) otras, más leves, en las cuales el acto es susceptible de ser saneado, en que la invalidación puede ser constitutiva y la acción prescribe a los dos años. Desde luego, ambos están dentro del principio general común de la invalidación a pedido de parte y no de oficio. A estos dos tipos de consecuencias jurídicas la Corte Suprema las llamó a veces, en el pasado, nulidad absoluta (o actos absolutamente nulos, o actos nulos de nulidad absoluta) y nulidad relativa (o actos nulos de nulidad relativa, etc.)⁷⁹ La doctrina la seguía en buena medida.⁸⁰ La legislación actual, según ya vimos, habla del acto nulo (art. 14; también en el mismo art., nulidad, nulo de nulidad absoluta e insanable; nulo y nulidad absoluta en el art. 17; nulo en el art. 20; nulidad en el art. 16) y del acto anulable (art. 15; igual art.: anulabilidad; anulable, art. 19). En el caso *Pustelnik*, en cambio, la Corte elude el empleo de cualquiera de las expresiones mencionadas y se refiere a la invalidez manifiesta (cons. 4° y 22), como sinónimo de acto inválido (cons. 5°) y de invalidez no manifiesta (cons. 15), para referirse al acto regular que no tiene un vicio manifiesto. Ya hemos dicho que lo manifiesto o no del vicio no puede *per se* resultar tipificante del grado de nulidad.⁸¹ Dada la similitud que ambas categorías tienen con las que el Código Civil llama actos nulos y actos anulables, que son expresiones corrientes en el derecho administrativo comparado⁸² y teniendo también en cuenta que la distinción civilista entre nulidades absolutas y relativas no existe en derecho administrativo, seguiremos utilizando, como lo adelantamos más arriba, estas expresiones y prescindiremos de las restantes.

11. *La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la administración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes*

De lo hasta aquí expuesto tenemos tres situaciones diversas, de las cuales una no afecta la validez de los actos administrativos⁸³ y dos dan lugar a otras tantas

⁷⁹ Esa denominación p. ej. en *Fallos*, 241: 384, 396, *De Seze*, 1958.

⁸⁰ BOSCH, *op. cit.*; LINARES, *Cosa juzgada administrativa, op. cit.*, pp. 27-8; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 425-6. No es ésta una crítica a los autores mencionados, ya que los dos primeros no respaldan expresamente esa terminología y el último la usa sólo incidentalmente, empleando luego el término invalidez. De cualquier modo, lo importante es encontrar una expresión clara que permita a los que hablan del tema entenderse entre sí.

⁸¹ *Supra*, § 9.2, "El supuesto de las sanciones de menor gravedad," *in fine*.

⁸² También en el provincial: C. J. Salta, *Prov. de Salta c/Batule*, año 1965, *LL*, 120: 559; *JA*, 1966-II, 260.

⁸³ Ver *supra*, § 9.3, "El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio."

categorías de invalidez administrativa, que hemos denominado nulidad y anulabilidad.⁸⁴ Debemos ahora agregar una cuarta situación que si bien no figura en el decreto-ley 19.549/72, es de un rigor lógico a nuestro juicio inevitable y debe ser considerada. Se trata de la hipótesis de *inexistencia de acto administrativo*,⁸⁵ o del acto administrativo inexistente como con menos propiedad pero más comodidad se dice a menudo. En definitiva es bastante similar a lo que otros autores y el propio decreto-ley prefieren denominar vías de hecho de la administración.⁸⁶ Se trata tan sólo de determinar si en ciertos supuestos en que no estamos en presencia de una conducta que podamos legítimamente llamar acto administrativo ni siquiera nulo, debemos o no aplicar alguno de los criterios de apreciación que se utilizan en materia de nulidades de los actos administrativos. En otra variante, existe jurisprudencia que desconoce a actos que niegan el pago de deudas que la administración tiene con los particulares, p. ej., *virtualidad jurídica* para modificar la relación jurídica entre las partes: Es un hallazgo verbal para decir, *suaviter in modo*, que no se ha dictado un acto administrativo. Así ocurre cuando la liquidación de un beneficio previsional se modifica sobre la base de instrucciones verbales, lo cual importó un mero comportamiento material carente de juridicidad, generando la responsabilidad de la obligada al pago.⁸⁷

En esta línea MAIRAL propone denominar a estos actos “meros pronunciamientos administrativos.”⁸⁸ Lo mismo sucede a la inversa: Si la administración resuelve ejecutar judicialmente una garantía constituida por un particular por considerar que se ha configurado el supuesto que así lo autoriza, éste no necesita

⁸⁴ Ver *supra*, § 9, “Especies de nulidades administrativas” y § 10, “Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo.”

⁸⁵ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 505; BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1993, p. 83 y ss.; YMAZ, ESTEBAN, “Teoría del acto inexistente,” *LL*, 89: 893; LINARES, “Vía de hecho administrativa y acto inexistente,” *LL*, 1982-C, 889.

⁸⁶ HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., p. 93, recuerda el caso *Fernández* de la Sala II, 1995, aplicando este supuesto; BIELSA, t. V, *op. cit.*, 6ª ed., p. 633 y ss.; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 214 y ss.; COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, Depalma, 1992, p. 65 y ss.; *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario al art. 9º, § 1, p. 216 y ss.; *Derecho...*, *op. cit.*, cap. II, § 3.2.3, pp. 76-7; *El Acto...*, *op. cit.*, cap. 5, § 5.3, p. 86 y ss.; GRECCO, “Vías de hecho administrativas,” *LL*, 1980-C, 1203; CAIO TÁCITO, *Temas de derecho público*, 1º vol., Río de Janeiro, 1997, p. 309 y referencias.

⁸⁷ CNFed. CA, Sala IV, *Ize*, *LL*, 2000-D, 860, año 1999.

⁸⁸ Así lo hizo primero en *Control...*, *op. cit.*, t. I, p. 339. Posteriormente MAIRAL amplía su concepto y dice de las dos primeras concepciones antes expuestas, que “Ahora bien, es previsible la renuencia del juzgador a aplicar con liberalidad estas soluciones, ya que hacerlo implica aceptar la existencia de un verdadero escándalo jurídico causado por la Administración:” MAIRAL, “Los meros pronunciamientos administrativos,” en AA.VV., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 651 y ss. Para solucionar el disvalor de los caracteres que se asignan al acto administrativo, MAIRAL, *op. cit.*, p. 660, propone entonces el concepto de “meros pronunciamientos administrativos,” siguiendo el concepto de la jurisprudencia en el sentido de que en el caso “Aquella resolución administrativa carece de virtualidad para modificar, por sí misma, la situación jurídica de las partes y, por ende, para dilucidar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas.” Ver CNFed. CA, Sala I, *Polledo*, *ED*, 115: 534; CSJN, *Serra*, *LL*, 1995-A, 401, con nota de BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397.

impugnar el acto, ni cabe suponer que lo consiente si no lo impugna. En efecto, la existencia o no de su deber se dirimirá en la instancia judicial que pretende hacer efectiva la garantía. La administración allí actora deberá alegar y probar que existe el supuesto fáctico y jurídico correspondiente, pues su acto no constituye en la especie título ejecutivo.

Obviamente no es el caso de una determinación tributaria, caso en el cual el título jurídico que se ejecuta es el acto mismo, lo que no ocurre en los meros pronunciamientos administrativos como aquél en que la administración anuncia que demandará.⁸⁹ La cuestión se dirimirá en la instancia de la pretendida ejecución de la garantía, si la administración inicia el juicio. La jurisprudencia tiene la potestad de elegir los caminos que estime más adecuados para hacer justicia. Lo importante es que la haga, desconociendo virtualidad jurídica, en esta última terminología, a actos o comportamientos que en la práctica sean susceptibles de ser confundidos, de hecho, con actos administrativos irregulares, con todas las incertidumbres de índole jurídica a que esto puede dar lugar. En tanto se coincide en la carencia de virtualidad jurídica de tales comportamientos, cualquiera de las acepciones mentadas es aceptable.

Sin ánimo de construir muchas alternativas teóricas, lo cierto es que la jurisprudencia comparada y argentina enuncia distintas variantes de no-acto administrativo:

a) El “mero pronunciamiento,” que existe pero no tiene *ninguno* de los efectos del acto administrativo; es el caso de “no voy a pagar la deuda,” “no reconozco la deuda,” etc.⁹⁰

b) El comportamiento administrativo que no llega a la vía de hecho pero igualmente se califica como “carente de virtualidad jurídica.”⁹¹

c) El acto cuyo vicio es tan importante que el tribunal quiere imponerle una sanción “más enérgica que la nulidad,”⁹² con “una particular [o especial] significación peyorativa,”⁹³ que el juez utiliza empíricamente como “una agravante de la sanción.”⁹⁴ Es lo que ocurre en el caso de un decreto que rebaja remuneraciones intangibles equiparadas por la constitución local a la de los jueces.⁹⁵

d) Si se desea, es posible agregar la vía de hecho *stricto sensu*, que se presenta con más frecuencia —pero no únicamente— en materia de fuerzas de seguridad;⁹⁶

⁸⁹ Sin embargo, conviene tener presente que la administración ha recurrido a actos que funcionan como determinaciones de oficio, aún cuando se exteriorizan por una simple nota de gestión recaudatoria, mientras exigen el pago de un gravamen y un periodo que no ha resultado autodeterminado por el individuo: Ver FERRER, FRANCISCO, “La violación al procedimiento reglado como garantía de inmunidad de la administración,” *LL*, 2004-F, 1052.

⁹⁰ MAIRAL, *op. ult. cit., loc. cit.*

⁹¹ CNFed. CA, Sala IV, *Ize*, *LL*, 2000-D, 860, año 1999, recién explicado.

⁹² ISRAEL, *op. cit.*, p. 176.

⁹³ BOULOUIS, *op. cit.*, p. 780.

⁹⁴ ISRAEL, *op. loc. cit.*

⁹⁵ TSJ de Neuquén, *Boselli*, 21-III-2000: *supra*, cap. VIII, § 12.2, nota 233 y texto, p. VIII-40.

⁹⁶ *Supra*, cap. V, § 3.3.

es interesante destacar que la administración contemporánea es cada vez más renuente a aplicar la fuerza física, aún contando con una decisión judicial que la autoriza a hacerlo;⁹⁷ con más razón aún se habrá de abstener de las vías de hecho. El ciudadano de hoy resistiría, con éxito. El funcionario *debe* hacerlo. Dentro de las vías de hecho que no pueden recibir la calificación de acto administrativo están las órdenes para cometer delitos. En algunos casos particularmente atroces, hay normas expresas en tal sentido.⁹⁸

e) Existe todavía un supuesto en que el juez trata al acto como inexistente, en el sentido que no lo aplica, no lo tiene en cuenta, no lo ejecuta, pero tampoco considera necesario pronunciar su nulidad o inexistencia. Es el caso de la inaplicación del acto administrativo.⁹⁹

11.1. Comparación con la nulidad

Existen diversas diferencias:

11.1.1. La prescripción y la caducidad de la acción

Tratándose de actos nulos, mientras que la prescripción aplicable al acto anulable es de dos años, por asimilación a los actos dictados con error (art. 4030 del CC), la acción prescribe para la administración a los diez años,¹⁰⁰ o es incluso imprescriptible *para ella*. A la inversa y por lo que se refiere a los particulares, los tribunales tienden a aplicar indiscriminadamente los plazos de caducidad de la legislación administrativa local, en general extraordinariamente exiguos,¹⁰¹

⁹⁷ ISRAEL, *op. cit.*, p. 191 y nota 86; de 839 demoliciones ordenadas por la justicia francesa, 159 han sido ejecutadas en un determinado período.

⁹⁸ El art. IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ley 24.566, con rango constitucional por la ley 24.820, dispone que “Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.” Ello excluye también la jurisdicción militar: CNFed. Crim. y Correc., Sala I, V, *J.R.*, año 1999, *LL*, 2000-A, 285, 287. En ese sentido la ley 25.779 ha declarado en el art. 1° *insanablemente nulas las leyes* 23.942 y 23.521; nuestro art. “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506. Finalmente la CSJN ha resuelto la inconstitucionalidad de las normas en *Simón*, *LL*, 2005-E, 331, con notas de DIANA, NICOLÁS; KODELIA, GONZALO S.; MOSCARIELLO, FLORENCIA; *LL*, 2005-D, 651, BADENI, GREGORIO; MORENO, FERNANDO R.; *LL*, 2005-D, 520, CALOGERO PIZZOLO, *LL*, 2005-D, 142, BOICO, ROBERTO J.; *LL*, 2005-C, 845, GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; *LL*, 2005-F, 24, MANILI, PABLO L.; *JA*, 2005-IV, 378. Ahora bien, el que no hayan sido producto del ejercicio de las funciones militares a los efectos de la jurisdicción y el derecho penal, no quita el hecho que fueron producidos en ejercicio irregular de la función administrativa, generadora de la responsabilidad del Estado.

⁹⁹ *Infra*, § 14, las referencias de las notas 151 y 152.

¹⁰⁰ Ver, con todo, *supra*, § 9.1.3. y notas. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 114, sostiene que en el caso de la nulidad “La invalidez del acto y los medios para pedirla no están sujetos a ningún plazo de prescripción. Respecto del acto nulo el paso del tiempo y el consentimiento del interesado nada significan, ya que la invalidez es de tal carácter que afecta el interés público, el buen orden general, al orden público,” del mismo autor, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 497 y ss.; MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, t. II, p. 378 y ss.

¹⁰¹ Coinciden en el disvalor de esta solución, si se la aplica al acto nulo, MAIRAL, *op. cit.*, p. 652; HUTCHINSON, *op. loc. cit.* Ver TAWIL, GUIDO S., “El art. 24 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” *LL*, 1995-E, 473, nota a CSJN, *Gypobras S.A.*

aunque aún no han sido declarados inconstitucionales. Es ya bastante firme, pero no por ello menos injusta, la solución que aplica tales plazos de caducidad tanto a los actos anulables como a los absolutamente nulos, de nulidad absoluta e insanable.¹⁰² El carácter inicuo y contradictorio de esa posición es a nuestro juicio patente, aunque no existen por ahora indicios de que pueda cambiar.

Si, en cambio, se trata de una llamada vía de hecho administrativa, o de un supuesto de inexistencia de acto administrativo, o de un mero pronunciamiento administrativo sin virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica entre las partes, en cualquiera de esas terminologías e hipótesis no hay entonces acto alguno respecto del cual pueda empezar a correr el plazo de caducidad. En otras palabras, la acción es imprescriptible¹⁰³ y tampoco se puede aplicar al respecto plazo de caducidad alguno, por lo demás absurdo, de la acción judicial.¹⁰⁴

Hay algunos casos en que la jurisprudencia ha considerado imprescriptible la acción para pedir la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia, lo que parece un progreso, aunque no se extiende a la acción de daños y perjuicios que es consecuencia de esa nulidad por inconstitucionalidad.¹⁰⁵

11.1.2. *La estabilidad del acto*

La segunda parte del art. 17 del decreto-ley 19.549/72 establece que el acto nulo no puede ser revocado cuando de él han nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Si el acto es inexistente, o es una vía de hecho, o un acto sin virtualidad jurídica para producir efectos de derecho, el pretendido reconocimiento de derechos no puede otorgarle estabilidad y puede por lo tanto ser revocado en sede administrativa.

11.1.3. *La declaración de oficio*

Ya vimos que con frecuencia los jueces entienden, lamentablemente, que no pueden declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo, sino que lo hacen sólo a pedido de parte. Si se trata de un acto inexistente, o de una vía de hecho, en cambio, el juez puede de oficio constatar que no existe acto administrativo y así declararlo. Lo mismo ocurre si se trata de actos que el tribunal reputa carecen de virtualidad jurídica y en la hipótesis de inaplicabilidad del acto, sin anulación, que tratamos luego.¹⁰⁶

¹⁰² Entre muchos otros que pueden citarse, CNFed. CA, Sala IV, *Gallegos*, año 1996, *LL*, 2000-A, 550, 42.266-S.

¹⁰³ Salvo para el cobro de sumas de dinero y situaciones análogas.

¹⁰⁴ Conf. MAIRAL, HÉCTOR A., "Los plazos de caducidad en el derecho administrativo argentino," en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo, en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004. En el mismo sentido REJTMAN FARAH, "La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo," *op. cit.*, p. 807 y ss., esp. p. 814.

¹⁰⁵ CNFed. CA, Sala V, *Nóbile*, *LL*, 1997-C, 831, con nota en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, § 64, "La inconstitucionalidad es imprescriptible, no los daños," pp. 144-5.

¹⁰⁶ Ver *infra*, §14, "La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad."

11.1.4. *La competencia judicial*

En este punto había antaño una diferencia entre acto válido y acto inexistente, pero ahora parece haberse desdibujado. Tratándose de actos existentes pero viciados, se postulaba tradicionalmente en nuestra doctrina que debía acudirse necesariamente a la jurisdicción y competencia pertinentes (generalmente la competencia denominada contencioso administrativa);¹⁰⁷ en cambio, cualquier juez pudo siempre constatar y declarar la inexistencia de acto administrativo. P. ej., un juez penal que deba intervenir en un proceso por incumplimiento de los deberes del funcionario público, podía y puede constatar que no ha existido acto alguno cuya obediencia o desobediencia pudiera estar en juego y dar por terminada la causa sin necesidad de un pronunciamiento del juez en materia administrativa respecto a la inexistencia del acto. Ahora bien, si el juez penal hubiera de considerar la nulidad o anulabilidad del acto como eximente de responsabilidad, cabe preguntarse si puede requerirse al efecto, en nuestro sistema, un previo pronunciamiento del juez competente en razón de la materia. MAIRAL se pronuncia por la negativa, por considerar que esa solución sólo corresponde en un régimen de doble jurisdicción.¹⁰⁸ Los precedentes de derecho penal que hemos referenciado en otro lugar sustentan sobradamente su criterio, al que aquí adherimos.¹⁰⁹

11.1.5. *La presunción de legitimidad del acto nulo*

Otra posible razón para formular la distinción entre nulidad e inexistencia ha desaparecido, al parecer, en el derecho administrativo argentino actual, aunque era bastante importante anteriormente. Trátase de la vieja afirmación de que el acto administrativo nulo tiene de todos modos presunción de validez y que debe ser obedecido por el particular en tanto una autoridad competente no declare su invalidez. Si esto es cierto, entonces es inevitable hacer la construcción lógica de la inexistencia, para paliar las consecuencias excesivamente severas de una supuesta necesidad absoluta de obedecer cualquier pronunciamiento, por grosero que fuere, emanado de un órgano de la administración pública. Pero aún en la jurisprudencia del caso *Pustelnik*, tiene importancia saber si el particular desobedece un acto nulo o un acto inexistente. En el primer caso, si la administración aplica una sanción al particular que no cumple el acto nulo, la acción en que el particular impugne la sanción requerirá seguramente un proceso ordinario en que se discutan y prueben tanto la validez o nulidad del primer acto como consecuentemente la validez o nulidad de la sanción. En el caso de una sanción por incumplimiento de un acto inexistente o una vía de hecho administrativa,

¹⁰⁷ Ver DE GREGORIO LAVIÉ, *La competencia contencioso-administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960. Comp. BIELSA, t. V, 6ª ed., p. 636.

¹⁰⁸ MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 740 y ss.

¹⁰⁹ Expresamos distinta opinión en ediciones más antiguas. Esta opinión de MAIRAL a la que en la actualidad adherimos, se ajusta mejor, por lo demás, a lo que sostenemos en el §14.

parecería que la acción de amparo podría ser suficiente para cuestionar la sanción y obtener su extinción, ante lo más grosero de la infracción al orden jurídico.

11.1.6. *La audiencia de la administración*

En cualquier causa, aunque la administración no sea parte, el juez puede constatar que determinada conducta no constituye acto administrativo y negarle los caracteres propios de tal.¹¹⁰ En cambio, la declaración de la nulidad de un acto administrativo no podría efectuarse sin la debida intervención y defensa de la administración pública autora del acto cuestionado, salvo que se resuelva no ya la anulación sino la inaplicación del acto.¹¹¹

11.1.7. *La elección de vías*

Otra posible distinción es ya empírica antes que formal. En la ley de amparo se admite esta vía para los actos administrativos que adolecen de una arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, pero la jurisprudencia viene siendo muy restrictiva para considerar que dicha hipótesis se ha presentado en los casos que le han sido sometidos a decisión.

Si, en cambio, una persona se encontrara ante una vía de hecho administrativa, o un caso de inexistencia de acto administrativo, la elección de la vía del amparo podría parecer *prima facie* más justificada y con mayores posibilidades de éxito. En los meros pronunciamientos administrativos que menciona MAIRAL, por el contrario, parece más lógico esperar la demanda o demandar según sea el caso, pero sin necesidad de cumplir los recaudos de impugnación de los actos administrativos para poder formular o defender la pretensión procesal de que se trate.

11.2. *Ejemplos de inexistencia de acto administrativo*

Desde luego, sólo reviste interés considerar aquellos actos o hechos que no son actos administrativos pero que por alguna relación de tiempo, lugar o forma pueden parecerse a un acto administrativo.

Pueden recordarse aquí, entre otros, los siguientes casos: a) Quien dicta el acto no es un órgano estatal: el caso del disfrazado, el del *Capitán del Köpenick*, una disposición adoptada por algún asesor extraoficial, por un usurpador, etc.¹¹² b) Quien dicta el acto es un órgano administrativo competente, pero sin voluntad evidente de producir un efecto jurídico: ejemplos para la enseñanza, bromas, etc.¹¹³ c) Quien dicta el acto es un órgano estatal actuando con evidente

¹¹⁰ Así p. ej. en el juicio de la víctima de accidente de tránsito contra la empresa automotriz, el juez no aplica un decreto que pretende reducir la responsabilidad de la demandada.

¹¹¹ *Infra*, § 14.

¹¹² WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, t. I, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 271; CASSETTA, *op. cit.*, p. 794. *Supra*, cap. IX, § 3. Puede ser aplicable el proceso sumarísimo, art. 321 del CPCCN.

¹¹³ WOLFF, *op. loc. cit.*

y grosera incompetencia: un profesor adjunto que decida modificar el plan de estudios de la Facultad; una decisión del consejo directivo de una Facultad declarando intervenida a la Universidad; una decisión de la Universidad negando autorización al Poder Ejecutivo para aprobar el presupuesto, etc.¹¹⁴ d) El acto, aún dictado por funcionario competente, es imposible de hecho, absurdo, impreciso, contradictorio.¹¹⁵ En tales casos no puede cumplírsele y no existe como acto administrativo presuntamente válido y exigible. e) El acto es dictado por una autoridad que solamente está fijando su posición en una relación contractual o extracontractual, pero no tiene virtualidad jurídica para alterar el derecho p. ej. crediticio del particular nacido a resultas de ese vínculo.

11.3. Conclusiones sobre el régimen jurídico de la inexistencia, vías de hecho o meros pronunciamientos sin virtualidad jurídica

Toda vez que se encuentre un acto que no es acto administrativo, pero que presenta caracteres externos que podrían llevar a confusión y a hacer creer que se trata en verdad de un acto administrativo aunque inválido, cabe precisar que no cabe aplicarle las consecuencias propias de los actos administrativos inválidos, sino que corresponde tratarlo como un no-acto administrativo, o como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica:

1º) El acto, aunque contenga una decisión destinada a producir efectos jurídicos, no produce esos efectos que por su contenido estaba destinado a producir. Esa inoperancia para producir los efectos jurídicos que por su contenido debía aparentemente producir se advierte en que: a) Los particulares no están obligados a obedecerlo; b) los agentes administrativos tienen el deber de no obedecerlo ni ejecutarlo y si lo hacen incurren en responsabilidad por vías de hecho; a lo sumo pueden tomarlo como la posición de la administración en la negativa al pago o al reconocimiento de un crédito del particular y así no efectuar el pago;

2º) la inexistencia de acto administrativo (o la existencia de un acto inoperante, aparentemente administrativo; o de un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica) significa correlativamente que el acto de que se trate no tiene presunción de legitimidad ni ejecutividad, ni ejecutoriedad, ni menos constituye título ejecutivo judicialmente;

3º) que la verificación de su falta de aptitud para producir esos efectos jurídicos la pueden hacer la administración como los jueces de cualquier fuero;

4º) que los jueces¹¹⁶ pueden declarar de oficio su ineficacia jurídica, pues se trata tan sólo de constatar un hecho negativo;

¹¹⁴ Los casos de grosera incompetencia o grosera irregularidad de actos dictados por órganos administrativos, son los que destaca de antaño la doctrina francesa. Ver DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed., pp. 211-2 e IMAZ, *op. loc. cit.*; *supra*, cap. VIII, § 12 a 14; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 214 y 215.

¹¹⁵ Ver *supra*, cap. VIII, "Objeto y competencia del acto administrativo."

¹¹⁶ También los jueces penales, civiles, etc.: WOLFF, *op. cit.*, p. 341.

5º) que esta comprobación judicial o administrativa de que no hay acto administrativo puede hacerse en cualquier tiempo, sin que quepa hablar de acción imprescriptible, porque se trata de la simple verificación de un hecho objetivo.¹¹⁷

12. *Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo*

12.1. *Impropiedad de remitirse al Código Civil para construir el sistema de las nulidades de los actos administrativos*

No era difícil comprender la vieja trama conceptual de las nulidades de la Corte; pero era difícil determinar con exactitud las aplicaciones a que daba lugar, porque al basarse en una comparación y modificación al Código Civil, carecería de un criterio de análisis específico al derecho público que permitiera estudiar y evaluar los vicios de los actos administrativos en cuanto tales.

No es admisible que para determinar si un acto administrativo está viciado debamos tratar de encontrar entre los vicios del CC alguno que se parezca más o menos al vicio del acto administrativo para tratar de fundamentar la nulidad. El CC, por otra parte, no prevé ni ha podido racionalmente prever todos los casos en que un acto administrativo está viciado, por la sencilla razón de que al referirse al acto jurídico escapan a su visión, necesariamente, todas las peculiaridades que pueden darse en el derecho público.¹¹⁸

Al mismo tiempo, es de observar que no todos los casos en que el CC sanciona al acto con una invalidez, deben ser considerados como inválidos en el derecho público. Decir, p. ej., que un vicio de competencia (capacidad) deba dar siempre lugar a la anulabilidad absoluta del acto (vicio insanable, nulidad retroactiva, etc.), es un exceso: una extralimitación material, temporal o espacial en la competencia administrativa puede en algunos casos carecer de significación y en otros ser de mediana importancia, *v. gr.*, un caso de incompetencia en razón del grado.

Este exceso del principio sentado por la Corte lo demostraba el mismo tribunal al expresar, en algunos casos, que el acto impugnado no contravenía ninguna norma jurídica, a pesar de ser evidente que el vicio existía. Lo que sucede es que el tribunal, confrontado con la atadura de su teoría de las nulidades, encontraba que si afirmaba que el acto comportaba una extralimitación de la competencia debía afirmar que el acto era insanablemente nulo, que la anulación debía ser retroactiva y que la acción para pedirla era imprescriptible (salvo los plazos de caducidad locales). Dado que semejantes consecuencias serían excesivas, la Corte Suprema se veía forzada a optar por decir que el acto carecía de vicios. Esa teoría de las nulidades no podía nunca, con tal orientación, desarrollarse plenamente como sistema. Había en ella una falta de lógica interna, una comunión y colisión

¹¹⁷ Sobre las características precedentes CAETANO, MARCELO, *Principios fundamentais do direito administrativo*, Río de Janeiro, 1977, p. 269.

¹¹⁸ CJS, *Batule*, 1965, LL, 120: 559; JA, 1966-II, 260: "las reglas del Código Civil sobre nulidades, no se han establecido para casos de derecho administrativo, sino de derecho privado."

al mismo tiempo con la teoría de las nulidades del Código Civil, que le impedía obtener una serie de principios coherentes para el derecho público mientras insistiera en referirlos a los artículos y conceptos del Código Civil. A partir de 1972, con la sanción del decreto-ley 19.549/72 corresponde inevitablemente abandonar como primera referencia los conceptos y normas del Código Civil y tratar de denominar de alguna forma propia los principios del derecho administrativo respecto de las consecuencias jurídicas que cabe aplicar a un acto antijurídico. La mención de las nulidades del derecho administrativo en el art. 17 de la ley 25.188 de ética en la función pública no hace sino reforzar esa conclusión. Para ello se hace necesario, asimismo, renunciar a fundar la teoría o el sistema de las nulidades del acto administrativo en las normas del derecho privado; esta actitud —este sacrificio de fundamentación, si se quiere— es común a todos los países y no implica la construcción de teorías antijurídicas, pues una teoría general o sistema de nulidades, según se verá, surge ya de las principios generales del derecho público.¹¹⁹

12.2. *Fundamento lógico-jurídico*

Debe pues construirse una teoría o sistema de las nulidades de los actos administrativos, basándolo en nociones de lógica jurídica cuya aplicación esté consustanciada con el mismo razonamiento jurídico.

Si el orden jurídico exige expresa o implícitamente que los actos administrativos tengan determinadas condiciones, no hace falta que aparezca una segunda norma que disponga que el acto que no cumpla esos requisitos no se ajusta al ordenamiento jurídico. Hemos hablado ya de las sanciones implícitas en las normas jurídicas¹²⁰ y reiteramos ahora que las sanciones en cuanto “específica reacción del derecho ante la violación de un deber jurídico” (MERKEL) no son siempre penas (privación de la propiedad, libertad, etc., a título no de reparación sino de castigo), sino que pueden consistir tanto en el establecimiento de una relación jurídica nueva,¹²¹ como en la extinción de una relación jurídica preexistente,¹²² o la ejecución coactiva de, precisamente, el mismo deber jurídico violado.¹²³ Si

¹¹⁹ Conf. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 503.

¹²⁰ Lo sostenemos desde *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, pp. 68-70; *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., p. 357, etc.

¹²¹ ROGUIN, ERNEST, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 68. En Roma, p. ej., el acreedor impago adquiriría un derecho sobre el cuerpo de su deudor; la destrucción culpable de una cosa origina la obligación de indemnizar el daño causado.

¹²² ROGUIN, *op. cit.*, p. 68. P. ej., el incumplimiento del contrato por una de las partes autoriza a la otra a no cumplir su obligación y producir la extinción del contrato (*exceptio non adimpleti contractus*); el incumplimiento de sus obligaciones por parte de un funcionario público da lugar a la cesantía, o sea a la extinción del vínculo con la administración.

¹²³ ROGUIN, *op. cit.*, p. 69. Así, un deudor que no paga es obligado a pagar mediante coacción, una reunión prohibida es disuelta por la fuerza; un automóvil mal estacionado es retirado por la grúa municipal o policial; una persona que se interna en un lugar prohibido es sacada por la fuerza pública; un testigo que no concurre a declarar es llevado por la fuerza pública, etc..

se quiere, en todos esos casos hay siempre un determinado *aliquid* de castigo,¹²⁴ pero salvo en el caso del derecho penal, lo más importante en la sanción no es el castigo, sino la aplicación forzada del objeto del derecho,¹²⁵ el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido. En la norma “si no pagas, entonces debe ser embargo y remate,” ¿qué es el embargo y remate sino la ejecución forzada del deber de pagar? Por eso y porque no nos hallamos en el campo del derecho penal,¹²⁶ si una norma jurídica (expresa o implícita) establece en forma imperativa un deber jurídico (p. ej., “los actos administrativos deberán ser dictados dentro de la competencia del órgano;” “el objeto de los actos administrativos no podrá contravenir las prohibiciones expresas de la ley;” “el administrador no puede usar de la competencia que le confiere la ley sino con la finalidad de cumplir el objetivo legal,” etc.), no es extraño a ella interpretar que ante el incumplimiento del mismo debe realizarse su ejecución forzada. O sea, negar valor jurídico a lo que no se ajusta a derecho.¹²⁷ Estos y otros aspectos de un sistema de las nulidades administrativas no están claros y sistemáticamente resueltos en el decreto-ley.

12.3. *Las nulidades como sanciones implícitas del orden jurídico*

Sin embargo, es obvio que para aplicar estos principios no hace falta norma alguna que fije un sistema de nulidades. De lo antedicho se sigue entonces que, dado que la norma imperativa establece con esa particularidad (imperatividad) un deber jurídico determinado que debe cumplirse en la emisión del acto administrativo, la existencia y la medida de la sanción para su violación no necesitan ser declarados especialmente por otra norma, desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidos en la existencia y medida del deber mismo.¹²⁸

¹²⁴ Mas aún, es sabido que hasta el no otorgamiento de un premio puede tener connotación sancionatoria o de castigo para aquellos que no han resultado merecedores del premio.

¹²⁵ En el derecho penal, una vez violado el deber, no cabe la reparación o cumplimiento tardío (ejecución forzada) del deber no cumplido. Pero puede haber, a título de sanción de ejecución forzada, la interrupción de la violación del deber jurídico (*v.gr.*, delitos contra la libertad). Se puede, claro está, instituir otro tipo de sanciones que a veces llevan el nombre de reparatorias, como la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y el daño moral. Pero cualquiera sabe que ello no alcanza nunca, ni puede jamás alcanzar, el valor lesionado.

¹²⁶ En el cual el principio *nulla pena sine previa lege penale* se justifica en que la sanción penal difiere del deber violado; pero cuando la sanción es el mismo deber violado, pero aplicado coactivamente, aquel aforismo no rige y la sanción se consustancia con el deber jurídico. De todas maneras ha de advertirse que con la evolución del derecho de gentes existen delitos de lesa humanidad, que han ido incrementando su número, en los cuales no siempre es de aplicación el principio de la ley penal previa, caso típico, el genocidio. Otros casos tradicionales del *ius gentium* son la esclavitud, trata de blancas, piratería. Casos contemporáneos de *ius cogens* son el *apartheid*, la desaparición de personas, la tortura. Casos que quizás traiga el futuro: la corrupción, el lavado de dinero, el narcotráfico. Ver *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo” y sus remisiones.

¹²⁷ En el mismo sentido de este párrafo se ha pronunciado la Suprema Corte de Mendoza, *JA*, 1968-I, 765, *Buschman Garat*, 1967. Ver también WINKLER, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁸ Conf. Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, *JA*, 1968-I, 765; SUNDFELD, CARLOS ARI, *Ato administrativo inválido*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 25.

Al aplicar como sanción la ejecución forzada de la prohibición de la ley —no aplicando el acto que la contravenga, quitándole expresamente la fuerza jurídica que no pudo tener; ergo, anulándolo—, nada se está realizando que la primera norma no haya previsto: Que existía el deber jurídico —imperativo— de realizar tal o cual acción u omisión, de cumplir tal o cual requisito.

Como ya la norma jurídica que establece el primer deber jurídico (el requisito, etc.) tiene por su contenido imperativo la característica de latente coactividad, no es extraño a la misma que ese deber jurídico se realice por la fuerza. Esa es una sanción, una nulidad para el acto administrativo, que surge lógica y necesariamente de la misma norma que establece el requisito.¹²⁹

Ese “rasgo esencial de la sanción jurídica”¹³⁰ que tiene la nulidad justifica una vez más la comparación que distintos autores hacen entre el acto administrativo y la norma jurídica.¹³¹

13. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades administrativas

Reuniendo los elementos de juicio que provienen de la jurisprudencia, a partir de los casos líderes *Los Lagos* y *Pustelnik*, con las modificaciones que el último introduce y de la legislación nacional de actos y procedimientos administrativos, con más lo expuesto sobre el problema de la inexistencia de acto administrativo, podemos encontrar las siguientes categorías:

13.1. Actos regulares

13.1.1. Actos válidos

Están aquí tanto los actos que son enteramente conformes a todo el ordenamiento jurídico, que adolecen de vicios intrascendentes, según la derogada voz del art. 15,¹³² o leves. Se trata del principio *favor acti*, en virtud del cual se prefiere declarar la *validez* antes que la *anulabilidad*, la anulabilidad antes que la nulidad,¹³³ ésta antes que la inexistencia, la constitucionalidad antes que la inconstitucio-

¹²⁹ Conf. en sentido similar FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 309.

¹³⁰ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 15; conf. GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 424. Ver también RENARD y VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 534.

¹³¹ MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, ENAP, 1967; CAJARVILLE PELUFFO, JUAN P., *Invalidez de los actos administrativos*, Montevideo, Editorial Universidad Ltda., 1984, cap. VI, pp. 24-5. Por su parte SUNDFELD, *Ato...*, *op. cit.*, pp. 15 y 27, nota 20, identifica al acto como norma jurídica individual. Este enfoque es retomado entre nosotros por BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980.

¹³² El decreto-ley 21.686/77 modificó la primitiva redacción del art. 15 del decreto-ley 19.549/72, pues éste asignaba impropiaamente la calificación de *anulable*, en lugar de *válido*, al acto afectado de un vicio *intrascendente*. También se los denomina irrelevantes, no invalidantes, etc.: HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 123 y 133; CNFed. CA, Sala III, *Bunge Guerrico*, 1984.

¹³³ Comparar HUTCHINSON, *op. ult. cit.*, p. 123.

nalidad,¹³⁴ etc. Es decir, se prefiere una vez más al poder frente al derecho.¹³⁵ Como se advierte, es un hilo delgado el que separa la “prudencia política” de la complacencia con la sistemática violación del derecho.

13.1.2. Actos anulables

En razón de tener un vicio no demasiado grave, estos actos:

a) Se presumen legítimos y han de ser tratados como si fueran válidos hasta tanto sean anulados o revocados, de oficio o a pedido de parte;

b) se requiere petición de parte para que el juez pueda anularlos, sin perjuicio de que la propia administración puede revocarlos de oficio a favor del interesado, o a pedido de parte;

c) a veces se requiere una investigación de hecho para que el juez pueda determinar su invalidez; o, si no existen hechos controvertidos sino que se trata de una interpretación de derecho, se requiere lo que la Corte llama el “enjuiciamiento previo para que se torne visible” su “invalidez oculta” (*Pustelnik*, cons. 4º). La diferencia entre esta hipótesis c) y su análoga del punto 13.2.1 es una cuestión de énfasis. En ambos supuestos se da lo manifiesto y no manifiesto,¹³⁶ pero mientras que en la anulabilidad es preponderante o más frecuente lo no manifiesto, en la nulidad ocurre a la inversa. En todo caso y como ya lo hemos dicho en otro lugar, el juez vé o no vé el vicio, eso es todo.

d) su vicio es subsanable, art. 19;

e) su anulación o revocación, en caso de que se lleve a cabo, produce por regla general efectos sólo para el futuro, *ex nunc*;

f) la acción para impugnarlos prescribe a los dos años;

g) tienen estabilidad (art. 18), conforme los recaudos ya expuestos.¹³⁷

13.2. Actos irregulares

13.2.1. Actos nulos¹³⁸

En razón de tener un vicio grave y a veces manifiesto, estos actos:

¹³⁴ Ver GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, op. cit., § 91, “Una historia que no cierra: Reparación histórica vs. *ultima ratio*,” pp. 189-91.

¹³⁵ Ver *supra*, t. I, cap. I, § 2 a 6.

¹³⁶ COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, op. cit., p. 61; *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 1.2.2, pp. 291-2; *Derecho Administrativo...*, op. cit., cap. II, § 3.2.2, pp. 75-6; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, op. cit., cap. 5, § 5.2.2, pp. 85-6.

¹³⁷ Ver *supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

¹³⁸ Si bien algunos autores prefieren hablar de nulidad absoluta y anulabilidad, como lo hace el decreto-ley, la jurisprudencia y parte de la doctrina utiliza los vocablos nulidad y anulabilidad: HUTCHINSON, *Régimen...*, op. cit., p. 123.

a) no tienen presunción de legitimidad: *Pustelnik*;

b) por el principio de defensa de la administración, se entiende que los jueces no pueden anularlos de oficio sino que se requiere petición de parte interesada;

c) no se requeriría en todos los casos una investigación de hecho para constatar su nulidad, por cuanto ella puede resultar de la mera confrontación del acto con el orden jurídico. Sin embargo, en muchos casos la apreciación de la gravedad del vicio exigirá la necesaria producción de prueba que permita evaluar la importancia de la transgresión al orden jurídico.

d) su vicio es insanable, art. 14;

e) su extinción puede producir efectos retroactivos, según las circunstancias del caso;

f) la acción para impugnarlos prescribe a los diez años.¹³⁹ En la práctica, le suele ser aplicado el plazo de caducidad del decreto-ley 19.549/72 para la impugnación judicial, con lo cual se lo termina indebidamente asociando con el acto anulable.

g) en principio no tienen estabilidad, salvo que hubieran creado derechos que estuvieren en ejecución, art. 17 *in fine*.¹⁴⁰

13.2.2. *Inexistencia de acto; vías de hecho; mero pronunciamiento de la administración*

Existen supuestos en que no se reconoce a determinada actividad el carácter de acto administrativo, sea por encuadrárselo dentro de los denominados meros pronunciamientos de la administración, que no producen efectos jurídicos directos, sea por tratarse de actos que en razón de no provenir de la administración, o aún proviniendo de ésta por adolecer de un vicio grosero,¹⁴¹ se los descalifica como actos administrativos y por ello:

a) No tienen presunción de legitimidad,

b) pueden ser declarados tales de oficio,

c) no requieren investigación de hecho para producir esta constatación, su vicio es siempre manifiesto;

d) su vicio es insanable,

e) la declaración de su inexistencia es retroactiva,

¹³⁹ Con la salvedad expuesta en § 9.1.3 y notas.

¹⁴⁰ Ver *supra*, cap. VI, § 7.2.1, "Requisitos de la estabilidad del acto nulo."

¹⁴¹ Por supuesto, es ésta una categoría que ha sido y será siempre controvertida, al menos en una de sus facetas terminológicas. SUNDFELD, *Ato...*, *op. cit.*, § 1.2, p. 15, sostiene que "perturba la exposición" "el enmarañado lógico que el lenguaje provoca en este tópico —del género existen actos inexistentes?—," nota 5.

f) no existe prescripción de la acción para constatar su inexistencia, aunque puede prescribir el derecho de fondo que se invoca, *v. gr.* en los meros pronunciamientos administrativos relativos a una deuda que la administración se niega a pagar,

g) no tienen estabilidad alguna.

13.3. *Concordancias y remisiones*

De lo expuesto surge que:

a) Es inaplicable literalmente el Código Civil;¹⁴²

b) es también inaplicable en su texto exacto el decreto-ley 19.549/72; la nulidad absoluta no es de igual alcance que en el derecho civil¹⁴³ y los vicios que dan origen a las nulidades no deben ser apreciados sino conforme a su gravedad en los casos concretos.¹⁴⁴

c) Aunque el decreto-ley no hable de la inexistencia de los actos administrativos, es ésta una categoría de lógica jurídica de todos modos aplicable.¹⁴⁵

d) El acto nulo se caracteriza porque su vicio es grave, pero ello a veces se refuerza porque además es evidente o manifiesto, como surge de *Pustelnik*.¹⁴⁶

e) Consecuentemente, el acto nulo no debiera tener presunción de legitimidad y por una razón de coherencia sistemática, no podría tampoco reconocérsele ejecutoriedad.¹⁴⁷

Por ello, a su vez, el funcionario tendría la obligación y no la facultad de suspender el acto ante la interposición de recursos,¹⁴⁸ como tiene la obligación de revocarlo; no debieran correr frente a él los plazos de caducidad ni prescripción. Pero estas suposiciones no siempre son realidad jurisprudencial y doctrina, las que terminan por equiparar a los efectos prácticos de lo que interesa al particular, al acto nulo y anulable.¹⁴⁹

¹⁴² Ver *supra*, § 4, “Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas,” a § 9, “Especies de nulidades administrativas.”

¹⁴³ Ver *supra*, § 9, “Especies de nulidades administrativas” y § 10, “Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo.”

¹⁴⁴ Ver *infra*, § 16, “Criterio de apreciación,” a § 18, “La política jurídica de la jurisprudencia.”

¹⁴⁵ Ver *supra*, § 12, “Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo.”

¹⁴⁶ Ver *supra*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad,” § 2, “La presunción de legitimidad. Crítica,” a § 6, “Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo.”

¹⁴⁷ Ver *supra*, cap. V, § 9, “La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica.”

¹⁴⁸ Ver *supra*, cap. V, § 10.3.4, “La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta.”

¹⁴⁹ Sorprende a veces que se siga enunciando el viejo y tradicional principio, como afirmación no matizada de la doctrina, pero que no siempre es reflejo de la jurisprudencia y la realidad profesional, que “la regla general de comportamiento ante un acto administrativo nulo es la contraria: es necesario *impugnar el acto*, porque éste no sólo tiene una apariencia de legitimidad, sino que produce efectos como un acto válido.” HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 124-5.

14. *La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad*

Ya hemos expresado que lo que analizábamos eran las consecuencias jurídicas que ciertos defectos del acto producían y que no tenía importancia alguna que la relación entre tales vicios y consecuencias se llamara nulidad, *tû-tû*,¹⁵⁰ etc. Por tal razón hemos tratado en este cap. la inexistencia de acto administrativo, aunque terminológicamente podría argüirse que no sería un caso de nulidad, sino de un acto sin virtualidad jurídica, un mero pronunciamiento de la administración, un no-acto, vías de hecho de la administración, etc., según los distintos enfoques doctrinarios posibles .

Agregaremos ahora otro caso que sin implicar una nulidad en el sentido de extinción del acto bajo determinadas condiciones, es sin embargo un caso en que un vicio del acto acarrea para éste ciertas consecuencias jurídicas de importancia: es la no aplicabilidad del acto.¹⁵¹ Esta categoría existe sólo en derecho administrativo, no así en derecho civil.¹⁵²

Su origen se remonta al régimen de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, antes de la reforma constitucional de 1994 con su introducción de los derechos de incidencia colectiva y los consecuentes efectos *erga omnes* de la sentencia. Así como aquéllas no eran anuladas por los jueces cuando contravenían la Constitución, sino que dejaban de ser aplicadas en el caso concreto ante la impugnación de la parte interesada, así también en materia administrativa los reglamentos recibían tradicionalmente tal tratamiento en sede judicial.¹⁵³

En efecto, cuando los tribunales judiciales se encontraban frente a un reglamento que estimaban viciado, no procedían a extinguirlo sino que lo declaraban inaplicable al caso particular, restándole así eficacia jurídica para ese caso pero no para otros que pudieran haberse dado pero que no fueran objeto de controversia judicial. Sin embargo, la jurisprudencia ha comenzado a evolucionar —especialmente después de la reforma constitucional— y admite los efectos

¹⁵⁰ *Supra*, t. 1, cap. I, § 6.3, “La textura abierta del lenguaje ordinario y del lenguaje jurídico” y 8, “La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico.”

¹⁵¹ Conf. SUNDFELD, *Ato...*, *op. cit.*, p.24 y nota 16. Como expresa FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1964, 2ª ed., p. 195, desaplicarlo es ignorarlo, no tenerlo en cuenta.

¹⁵² GIANNINI, *op. cit.*, p. 770. Ampliar en CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, 1950, p. 50, quien postula que el juez *debe* desaplicar el acto ilegítimo, aunque deba ocuparse del asunto *incidenter tantum*. Ello, según FRAGOLA, *op. cit.*, p. 196, cuando el juez, por no ser competente en materia administrativa, sino civil, penal, etc., no puede *anular* el acto: al menos ha de desaplicarlo. Ampliar en BERRUTI, GIUSEPPE MARÍA, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio civile*, Milán, Giuffrè, 1991.

¹⁵³ Ha dicho la Corte Suprema en *Fallos*, 238: 36 y 43, *Federación Gráfica Argentina*, 1957, que “los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular.” La cuestión de qué constituye caso recibe a veces una respuesta todavía anticuada de la CSJN, no así de los tribunales inferiores. Pero también hay pronunciamientos de la CSJN en la nueva línea jurisprudencial que explicamos *supra*, t. 2, caps. II a IV; entre varios otros, *Asociación Benghalensis*, 2000, allí citado.

erga omnes de la sentencia¹⁵⁴ tanto en materia de actos generales como en otros supuestos. Pensamos que es una solución que terminará por imponerse, por obvia necesidad de economía procesal: Uno y no miles de juicios para obtener la misma sentencia.¹⁵⁵

Este tipo de consecuencia jurídica es principalmente aplicable a los reglamentos, pero podría también darse, en primer lugar, en materia de contratos administrativos, cuando se trata de enjuiciar un acto de aplicación. En tales situaciones, de considerarse que el acto fundamentado en un contrato es ilegítimo por serlo dicho contrato, podría darse la hipótesis de extinción del acto de aplicación (en virtud de la ilegitimidad del contrato), no aplicando así tal contrato pero sin pronunciar su extinción. Ello podrá ocurrir cuando la litis verse no sobre el contrato mismo sino sobre una consecuencia de él (*v. gr.*, una multa). Con todo, pensamos que en materia de servicios públicos y al amparo de la ley de defensa del consumidor, el juez se halla habilitado expresamente para recomponer el contrato con efectos *erga omnes*.

La no aplicabilidad sin extinción puede darse también, en segundo lugar, en materia de actos concretos e individuales; verbigracia, si en un juicio ordinario contra el Estado se cuestiona también la validez de un acto dictado por una entidad administrativa que no ha sido parte en el proceso, podría el juez —en atención a esta circunstancia— no anular el acto pero sí prescindir de su aplicación al caso si lo estima inválido.

Como se advierte, las variantes de no aplicación del acto ilegítimo, como consecuencia específica de la ilegitimidad, se dan fundamentalmente en el ámbito del proceso judicial; en sede administrativa es más raro que pueda producirse este tipo de situación, pues la administración, teniendo indiscutiblemente la potestad de invalidar el acto en cualquier circunstancia ha de encontrar más conveniente revocar el acto antes que no aplicarlo pero dejarlo en vigencia.

¹⁵⁴ Lo hemos tratado *supra*, t. 2, caps. II y III; también en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad.” Cabe destacar los precedentes de la Sala I en *Blas* (LL, 1998-A, 288) y *Barsanti* (LL, 1998-A, 293) y sus múltiples antecedentes (CSJN: *Ekmekdjian*, 308: 647, también en LL, 1992-C, 543), *Monges* (1996), LL, 1997-C, 150; Sala V, *Labatón* (LL, 1998-F, 346); Sala IV, *Youssefian* (cautelar, LL, 1997-F, 270; sentencia en el amparo, LL, 1998-D, 712), *Consumidores Libres, Viceconte* (LL, 1998-F, 102); *Schroder* (Sala III, LL, 1994-E, 449), etc.). Los efectos *erga omnes* de la sentencia, reconocidos en *Barsanti* por la Sala I, fueron confirmados por la CSJN en 1998. Es de lamentar que en la SCJBA se haya seguido la tesis negatoria: *Fernández, Viviana Beatriz*, año 2003, LL, *SJDA*, 21-V-2004, p. 46 y ss. Sin embargo en la misma Provincia los efectos *erga omnes* se encuentran ahora previstos en el Código de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios, ley 13.133, art. 28, inc a): “Cuando se trate de acciones judiciales para la prevención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) Si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños.”

¹⁵⁵ Ampliar y comparar en BIANCHI, “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala,” *RAP*, 235: 13, Buenos Aires, 1998.

No hemos incluido la no aplicación del acto como una categoría dentro de las nulidades del acto administrativo, por cuanto pensamos que si bien participa de las particularidades propias de las nulidades en tanto sanción para el acto viciado, no excluye la aplicación de las demás nulidades (un acto no aplicado puede también ser revocado o en algunos casos anulado) y por lo demás en parte se superpone a ellas; tanto un acto anulable como nulo puede ser dejado de aplicar por un tribunal en razón de su vicio. En otras palabras, la no aplicación es una especie de funcionamiento debilitado de las nulidades, en razón de principios o criterios procesales que excluyen en casos concretos la extinción del acto ilegítimo.

Finalmente, conviene aclarar que la estabilidad del acto administrativo y la prescripción de la acción son elementos que limitan la no aplicación de un acto administrativo, del mismo modo que limitan la extinción del acto anulable; es decir, no puede el juez dejar de aplicar un acto estable si no se lo ha impugnado en tiempo. Desde luego, esta limitación no rige si el acto es inexistente o carente de virtualidad jurídica y tampoco rige respecto de los reglamentos, que en su carácter de normas generales pueden ser impugnados y en su caso revocados, anulados o no aplicados sin limitación temporal alguna.

IV. *Vicios que determinan las nulidades del acto administrativo*

15. *La pretendida solución del decreto-ley*

El decreto-ley pretende hacer una clasificación de los vicios de los actos administrativos, para asignar a cada uno una consecuencia jurídica determinada. Sin embargo se trata de una tarea absolutamente fuera de la realidad, condenada *ab initio* al fracaso.

Por de pronto, es patente que el decreto-ley no tiene siquiera lógica interna, pues enumera como causal de nulidad prácticamente a todos los vicios posibles del acto administrativo, tanto que introduce una cláusula residual por la cual cualquier “violación de la ley aplicable” (inc. *b*) del art. 14 sería causal de nulidad. A ello cabe agregar que a pesar de no incluir en el art. 7° a la forma dentro de los requisitos esenciales del acto administrativo, en el art. 14 inc. *b*) la considera causal de nulidad cuando se tratare de una forma esencial. Al mismo tiempo, cuando en el art. 15 trata de contemplar las causales de anulabilidad, no intenta siquiera enumerar cuáles serían estos vicios, distintos de los anteriores que determinan la nulidad, sino que se limita a sentar un criterio cualitativo, de que el vicio —cualquiera— no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales. ¿Cuándo un vicio no llegará a impedir la existencia de algún elemento esencial? Suponiendo que los elementos esenciales sean los requisitos esenciales del art. 7°, entonces la respuesta no puede ser sino que la existencia del elemento no estará impedida siempre que el elemento no se encuentre demasiado gravemente viciado como para poder sostener que en realidad

ha sido enteramente incumplido y por tanto no se encuentra presente en el acto. Ya tuvimos oportunidad de señalar esto en relación a la competencia en razón del territorio: Siendo como es una medida exacta y por lo tanto el elemento que mejor debería permitir una clasificación rigurosa como la que el decreto-ley se propone, resulta de todos modos imprecisa como toda regla. Supongamos el caso de un agente de tránsito de la Provincia de Buenos Aires que sanciona por una infracción a un automovilista cuyo paragolpe delantero ha sobrepasado dos centímetros el límite de demarcación de la Ciudad de Buenos Aires y se encuentra en dicha medida en la referida Ciudad. Parecería razonable afirmar que en tal supuesto el agente provincial no actúa con incompetencia en razón del territorio. Habría allí un vicio no impedimento de la existencia del elemento o requisito esencial y el acto sería válido. ¿Si en vez de dos centímetros son las dos ruedas delanteras del coche, qué decir? ¿Y si es más de la mitad del coche? ¿Tendremos, acá sí, segura la hipótesis de que el elemento esencial no existe, o todavía podremos discutir que en realidad el elemento existe, pero está viciado? Aún para el caso de que el coche en infracción esté totalmente fuera del territorio de la Provincia, todavía podría argüirse la tesis de la persecución razonable y si la infracción fue cometida en la Ciudad de Buenos Aires, el infractor huye a la Provincia, el agente de tránsito lo persigue y le da alcance apenas un centenar de metros luego de haber traspasado éste el límite de la Ciudad, podría sostenerse que está actuando todavía con competencia en razón del territorio y el acto es en consecuencia válido. De donde surge que la validez o invalidez no depende en absoluto de dónde haya puesto a este vicio el decreto-ley 19.549/72, ni de si el elemento esencial falta o deja de faltar, sino de una apreciación concreta, caso por caso, de la gravedad de la infracción de que se trate al orden jurídico.¹⁵⁶

Por lo demás, la falta de división de los posibles vicios, en diferentes listados, algunos de los cuales se enumerarán como causales de nulidad y otros como causales de anulabilidad o por fin de inexistencia, es una nueva demostración que estamos en realidad en presencia de un criterio cualitativo: *Todos* los vicios enumerados y los demás no enumerados pueden ser, según los casos, intrascendentes, o dar lugar a la anulabilidad o nulidad del acto; todos pueden en alguna situación excepcional presentarse como groseros y producir la inexistencia o la vía de hecho administrativa.

Esta afirmación es demasiado categórica, quizás y nosotros mismos en esta obra intentamos dar criterios aproximativos de cuáles vicios dan lugar en qué situaciones a determinada consecuencia. Pero es una tarea que debe tomarse como

¹⁵⁶ Como dice la CNFed. CA, Sala II, *Silva San Martín*, “el vicio del acto puede provenir, no tanto de que le falta un «elemento esencial», cuanto de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico que significa el requisito concretamente violado. O sea, la importancia que concretamente tenga el vicio de que se trata,” sentencia del 20-X-1994, cons. VI, causa 4.725/90. Conf. SABORIO VALVERDE, RODOLFO, *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, San José, Seinjusa, 1994, 2ª ed., p. 20 y nota 13.

lo que es, un intento de reflejar empíricamente la jurisprudencia y la realidad administrativa y de clasificarla y ordenarla metodológicamente, pero sin llegar a la formulación de otro criterio genérico y abstracto que no sea el de tener en cuenta la mayor o menor importancia de la transgresión al orden jurídico.

16. *Criterio de apreciación*

Entendemos que lo que funciona y lo único que puede racionalmente funcionar, es lo que dijo acertadamente FORSTHOFF: La distinción entre los tipos de vicios que darán lugar a las consecuencias señaladas es una cuestión de práctica jurisprudencial y de política jurídica;¹⁵⁷ un problema de evaluación concreta a resolverse más o menos elásticamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

También la Corte en el caso *Pustelnik* abandona la antigua pretensión de clasificar los vicios y sus consecuentes efectos sobre las nulidades según una remisión a vicios parecidos del derecho privado (incapacidad, etc.) y correctamente evita la tentación de aplicar analógica o supletoriamente este aspecto del decreto-ley 19.549/72. (Cosa que podría haber hecho, a pesar de tratarse en aquel entonces de un caso de derecho municipal, por lo dispuesto en el decreto-ley 20.261/73, que dispuso que aquél era de aplicación supletoria a la entonces Municipalidad.)¹⁵⁸ La Corte, en cambio, opta por el criterio de apreciar la *importancia o gravedad* del vicio de que se trata y dice así expresamente que para concluir en que nos encontramos ante una invalidez manifiesta debemos hallarnos no sólo ante un vicio evidente, sino también dotado de *gravedad*, cons. 5°. Sostiene también, *a contrario sensu*, que se tratará de un vicio no manifiesto cuando no nos encontremos p. ej. ante un “*grosero* error de derecho que superara lo meramente opinable” (cons. 17), o un “*grave* error de derecho” (cons. 5°) y encuentra que en el caso *sub examine* los vicios de que el mismo hubiere podido adolecer no revestían evidencia ni “*gravedad* jurídica suficiente para ser calificado como acto irregular” (cons. 7°). La Procuración del Tesoro de la Nación también ha adoptado el criterio de “la gravedad o importancia del vicio” como criterio distintivo entre actos nulos y anulables.¹⁵⁹

Resumiendo, creemos que lo más que puede decirse es que en general los vicios determinan las consecuencias que a continuación se expresan, conforme a un criterio cualitativo, de práctica jurisprudencial y política jurídica: a menor entidad del vicio, el acto puede tanto ser válido como anulable; si el vicio es grave o muy grave el acto será nulo y sólo en casos de grosera violación del derecho o

¹⁵⁷ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 314; CJ Salta, *Prov. de Salta c. Batule*, 1965, LL, 120: 559 y 561 y JA, 1966-II, 260.

¹⁵⁸ Tales normas están desde luego derogadas desde la creación del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, que dicta sus propias leyes administrativas.

¹⁵⁹ *Dictámenes*, 198:115,116 vta., entre muchos otros; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, 1966, p. 496. O como dice la CNFed., CA, Sala II, *Silva San Martín*, “Las nulidades en nuestro derecho no están tasadas ni enumeradas taxativamente.”

falta de seriedad, inexistente. En caso de duda, se está por el vicio y la consecuencia menor.¹⁶⁰

17. *Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo*

En el derecho administrativo hay mayor reticencia que en el derecho privado para invalidar un acto en virtud de las irregularidades que el mismo contenga. En la práctica no ocurre que el vicio leve haga anulable el acto, el grave nulo y el gravísimo inexistente; sino que el vicio leve de hecho no suele afectar la validez del acto, el vicio grave lo hace anulable, el vicio muy grave lo torna nulo y sólo el vicio de excepcional gravedad lo hace inexistente.¹⁶¹

En otras palabras, cuando en materia de consecuencias jurídicas podíamos llamar leves a las sanciones que correspondían en el caso de los actos anulables y graves a las propias de los actos nulos, en materia de vicios encontramos que no se da la misma relación y que los vicios leves —no sólo los intrascendentes— no producen en la práctica ninguna consecuencia; los vicios graves producen consecuencias leves, los muy graves apenas producen consecuencias graves y así sucesivamente, sin correlación lógica entre los elementos del sistema.

Esto es otra prueba más, en nuestro derecho viviente, de la constante complacencia con el poder, aquí manifestada en la poca severidad con que se juzgan los actos emanados de la administración pública. Por supuesto, ello va en detrimento del interés público que el sistema de nulidades está llamado a preservar.¹⁶²

No damos con esto, pues, nuestro propio concepto acerca de lo que debe ser la valoración de los vicios del acto administrativo, sino que entendemos reflejar el pensamiento dominante en la materia, esencialmente contrario a la aplicación de severas consecuencias por el incumplimiento que del orden jurídico haga un acto administrativo. Tampoco damos con ello, por lo tanto, la orientación que creemos debe adoptarse para estudiar estas cuestiones. Por el contrario, lo hacemos como llamado de atención a fin de que no se cometan excesos de indebida condescendencia con los vicios del acto administrativo y se haga respetar el derecho de los habitantes a que los actos públicos se produzcan acordes al ordenamiento jurídico.

Cuando hay un sólo vicio y él no es realmente grave, se resolverá que el acto es anulable y que el vicio ha quedado saneado por las diferentes circunstancias

¹⁶⁰ PTN, *Dictámenes*, 146: 364; 198: 115.

¹⁶¹ Comp. LINARES, *Cosa Juzgada Administrativa*, *op. cit.*, p. 43, quien interpreta la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que la irregularidad leve da lugar a la nulidad relativa y la irregularidad grave a la nulidad absoluta (en la terminología de la Corte Suprema) y que sólo tiene validez perfecta el acto totalmente regular. Entendemos nosotros que aunque ello represente las expresiones jurisprudenciales, no constituye en verdad el criterio subyacente con que los tribunales juzgan de los actos administrativos, al menos en nuestro país. Hace falta que el acto administrativo incurra en demasiados vicios para conmover a la *deference* de la justicia con la administración.

¹⁶² Que no es, repetimos, el interés de la administración pública: *supra*, t. 2, cap. VI, § 5 y ss.

que en cada caso se explican (dictamen o explicación posterior, audiencia y prueba posterior), o por el mero transcurso del tiempo.

Sólo si se suman diversos vicios estos parecen repotenciarse y llevar a la nulidad, que será entonces absoluta y retroactiva, pero no plenamente reparadora. Al que ha sido privado de su cargo o de la función pública por un pretendido acto de reorganización, ordenamiento, razones de servicio, se le podrá anular el acto si además convence al tribunal que aquel acto, dictado sin audiencia previa ni motivación razonable, es desviado o persecutorio y constituye en verdad una sanción encubierta que es una censura a su conducta, una injuria en cuanto no se le dió oportunidad de defensa. Se dispondrá entonces la nulidad absoluta y el reintegro al cargo con más una suma en concepto de daño moral, pero no se le pagarán salarios caídos. Todo ello, siempre que tuviera estabilidad en el cargo y ella haya sido de tal modo, asimismo, lesionada: Pues si era un empleado transitorio no parece que tales otros vicios lleven a la nulidad del acto.¹⁶³

18. *La política jurídica de la jurisprudencia*

El comisario de Gobierno LASRY en el caso *Baillet* del Consejo de Estado de Francia, señaló en 1956 que si la jurisprudencia admitiera la validez de decisiones formadas sin cumplir determinadas reglas de forma y de procedimiento, estaría animando a la administración a obrar de ese modo, obviamente en desmedro de la función garantista y protectora para los particulares de aquellos recaudos.¹⁶⁴

Sería paradójal, en efecto, que después de quedar establecidos en la norma, con sólido fundamento, los recaudos que debe cumplir la administración para emitir un acto válido, la justicia resuelva que puede incumplirlos, lisa y llanamente, sin que el vicio resultante sea insanable. Está claro que esto es una reprochable decisión de política jurídica.

El mensaje para la administración es que puede normalmente incumplir cada uno de los recaudos de legitimidad del acto sin responsabilidad ni consecuencia alguna. Si llega a existir un cuestionamiento por el interesado, recién entonces procede a hacer lo que no hizo oportunamente. Si no hubo audiencia, la da; si no hubo prueba, la recibe; si faltó dictamen jurídico previo, obtiene con presiones uno *ad hoc*, de favor y a la medida;¹⁶⁵ si no existió motivación del acto, ofrece una explicación o justificación ulterior.

¹⁶³ Así CS Salta, *Pescaretti de Fernández, Ana M.v. Prov. de Salta*, sentencia del 7-III-1988.

¹⁶⁴ Ver y comparar HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, París, LGDJ, 1975, p. 240 y nota 11.

¹⁶⁵ En efecto, el *lobby* que se puede hacer desde adentro de una organización contra uno de sus miembros es considerable. Máxime si quien pide el dictamen tardío es una autoridad superior. La dependencia orgánica de los abogados del Cuerpo de Abogados del Estado, lamentablemente, no es a dicho cuerpo sino al ministerio, secretaría o ente descentralizado en que prestan sus funciones, perciben su salario, reciben servicios administrativos, etc.

CAPÍTULO XII

MODIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

| | |
|---|--------|
| 1. Introducción. Se deben analizar los actos a modificarse o extinguirse, no los llamados medios de modificación o extinción..... | XII-1 |
| 2. Extinción y modificación..... | XII-2 |
| 3. Modificación de actos válidos y nulos o anulables..... | XII-3 |
| 4. Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material..... | XII-4 |
| 5. Aclaración..... | XII-6 |
| 6. Reforma..... | XII-8 |
| 7. Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento..... | XII-8 |
| 7.1. Saneamiento administrativo y judicial..... | XII-10 |
| 7.2. Explicar al otro..... | XII-10 |
| 8. Ratificación..... | XII-11 |
| 9. Confirmación..... | XII-12 |
| 9.1. La confirmación en derecho privado y en derecho administrativo..... | XII-12 |
| 9.2. Lo atinente a la prescripción..... | XII-13 |
| 9.3. La confirmación en el decreto-ley 19.549/72..... | XII-13 |
| 10. Comparación entre saneamiento, confirmación y ratificación..... | XII-14 |
| 11. Conversión..... | XII-15 |
| 11.1. Conversión por circunstancia sobreviniente..... | XII-19 |
| 12. Sustitución y reforma..... | XII-20 |
| 13. Improcedencia de la sustitución..... | XII-22 |
| 14. La orden judicial de sustitución..... | XII-24 |
| 15. La sustitución judicial a la ejecutoriedad administrativa..... | XII-25 |
| 16. La reelaboración del acto..... | XII-26 |
| 17. El acto expresamente sujeto a sustitución o reforma..... | XII-27 |

Capítulo XII

MODIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. *Introducción. Se deben analizar los actos a modificarse o extinguirse, no los llamados medios de modificación o extinción*

Es frecuente encontrar una gran diversidad e imprecisión en la terminología utilizada para referirse a la modificación y extinción del acto administrativo: Los autores se refieren a un mismo tipo de modificación o extinción con denominaciones diversas y total o parcialmente superpuestas, lo que crea dificultades al lector. La extinción de un acto, dispuesta por la propia administración por motivos de legitimidad, es llamada por algunos autores invalidación, por otros anulación, por otros revocación por razones de ilegitimidad,¹ etc., con lo cual iguales palabras son utilizadas con distinto alcance según el autor de que se trate, sin que ello importe necesariamente diferencias en cuanto a la interpretación del orden jurídico. Lo mismo ocurre en materia de convalidación, saneamiento, ratificación, etc., de los actos administrativos.

Creemos preferible evitar ese tipo de enfoque, que sólo puede agregar confusión cualquiera sea la terminología adoptada, y enunciar en cambio los actos que se extinguen y las razones por las cuales son extinguidos, como así también los efectos de la extinción, y finalmente el órgano que la dispone. Hecha esa sistematización puede pasarse a elegir alguna cualquiera de las denominaciones en boga, según parezca más conveniente para referirse a lo que la sistematización haya dado como resultado. El procedimiento inverso, seguido por parte de la doctrina, puede llevar a errores: P. ej., se sostiene a veces que la revocación por razones de oportunidad produce efectos *ex nunc*, y la revocación por razones de legitimidad produce efectos retroactivos, *ex tunc*,² cuando en verdad, en el segundo caso, si

¹ Ver *infra*, cap. XIII, § 2, "Distintos supuestos."

² BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 129; GRAU, ARMANDO, "Resumen sobre la extinción de los actos administrativos," en los trabajos del *Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política*, Buenos Aires, 1960, p. 77 y ss., p. 83; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 438.

la ilegitimidad del acto revocado no es grave (nulidad) sino leve (anulabilidad), su declaración necesariamente produce efectos sólo para el futuro (*ex nunc*), y en modo alguno efectos retroactivos. Pensamos que esto muestra suficientemente la conveniencia de hacer el estudio de la extinción del acto no a partir de los llamados “medios” de extinción (revocación, anulación, etc.), sino a partir de los actos extinguidos, para luego clasificarlos de la manera que resulte más conveniente, *ex post* y no en forma apriorística.

Por ello hemos preferido, como se verá, distinguir la revocación por razones de ilegitimidad (y dentro de ella de los actos nulos —*ex tunc*— o anulables —*ex nunc*—) o por razones de oportunidad, ambas en sede administrativa; y la anulación en sede judicial, tanto de actos nulos —*ex tunc*— como anulables—*ex nunc*. Es la terminología que parece hoy prevalente.³

También es común encontrar que los autores dividan la extinción de los actos administrativos según que sea *a*) por motivos de legitimidad o *b*) por motivos de oportunidad (o mérito o conveniencia). Sin embargo, ello nos parece insuficiente e inadecuado para describir el tema. Ocurre que a más de esos dos motivos de cesación de efectos del acto, la extinción también puede producirse, *sin* mediar fundamento de ilegitimidad del acto *ni* invocación de razones de oportunidad, cuando el particular renuncia a un acto o lo rechaza, en los casos en que ello es posible. También puede extinguirse el acto por incumplimiento, por imposibilidad de cumplirlo, etc. Querer reunir todos esos casos en la extinción por motivos de ilegitimidad o de inoportunidad nos parece forzado. Si distinguimos, al margen de la extinción, el agotamiento del acto, tampoco es ello suficiente, pues en los casos de imposibilidad de hecho, p. ej., el acto no se extingue por agotarse. La denominación, por ende, no debe hacerse apriorísticamente, sino que debe primero distinguirse los actos de que se trata y los diversos procesos de extinción, en forma sistemática, para elegir denominaciones sólo *después* de haber efectuado una clasificación metódica de los diversos supuestos a calificar.⁴

2. Extinción y modificación

Dentro de este planteo, se advierte inicialmente que tan importante como la extinción del acto es su modificación, que puede asumir diversas facetas y consecuencias.

No es solamente de saneamiento o convalidación y extinción del acto que ha de hablarse, sino que deben tenerse en cuenta también una serie de hipótesis en las cuales no hay saneamiento pero sí *modificación*, en uno u otro sentido, del acto: aclaración, reforma, sustitución, conversión, etc.

³ HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 126, considera que ésta es la terminología elegida por el decreto-ley 19.549/712.

⁴ Es el mecanismo clasificatorio que surge de emplear los criterios de la filosofía y el método analítico, que explicamos en el cap. I del t. 1 al cual siempre nos remitimos.

El defecto, a nuestro modo de ver, reside en el enfoque asistemático que se da a la cuestión. Se parte, una vez más, de los medios de extinción o convalidación, en lugar de partir del acto a tratar. Invirtiendo también el enfoque, fácil es comprender cómo hay una primera y necesaria sistematización a realizar, de la cual fluirán después los demás casos específicos. En efecto, si distinguimos según se trate de la modificación o de la extinción de los actos administrativos, y subdistinguimos a su vez según que se trate de la *modificación* o *extinción* de actos *válidos*, *nulos* o *anulables*, encontramos cuatro grandes categorías claramente definidas.⁵

1° *Modificación*:

- a) De actos válidos,
- b) de actos nulos o anulables.

2° *Extinción*:

- a) De actos válidos,
- b) de actos nulos o anulables.

A esto podemos agregar la extinción de los actos inexistentes, aunque se trata de una categoría que no presenta problemas (no hay modificación ni extinción, pues no existe acto que modificar o extinguir), y que por razones metodológicas ya hemos expuesto en el cap. precedente. También se hace necesario introducir nuevas distinciones y clasificaciones en cada una de estas grandes divisiones, a las que nos referiremos en este cap. y el siguiente.

En algunos de los casos que incluiremos dentro de esta clasificación es posible utilizar denominaciones que no ocasionen confusión; en otros será necesario prestar atención preferentemente al contenido —cómo y por qué se modifica o extingue el acto— a fin de evitar dudas con relación al vocablo que se utilice para designar el caso.

3. *Modificación de actos válidos y nulos o anulables*

3.1. Dentro del *primer* grupo —modificación de actos *válidos*— podemos encontrar tres situaciones: a) Que el acto sea modificado porque se han encontrado errores materiales en su confección o transcripción: Es la denominada corrección material del acto; b) que el acto sea modificado en una parte, por considerarla inconveniente o inoportuna, lo que llamaremos reforma del acto; c) que el acto requiera aclaración, en relación a alguna parte no suficientemente explícita del mismo, pero sin que estemos estrictamente en la situación de oscuridad total, que torna inexistente al acto. En esa hipótesis se hablará de aclaración del acto.

⁵Que a su vez se subdividen en múltiples grupos diversos, según veremos *infra*, § 3, y cap. XIII, § 2, “Distintos supuestos” y § 6, “Extinción de pleno derecho de actos ilegítimos.”

3.2. Dentro del *segundo* grupo —modificación de actos *nulos* o *anulables*— cabe encontrar los siguientes casos: *a)* Supresión de las causas que viciaban el acto, restituyéndole en consecuencia plena validez; aquí se habla de saneamiento o convalidación; *b)* Supresión de la posibilidad de operar u oponer el vicio; es la ratificación; *c)* Renuncia a oponer el vicio: algunos autores la llaman confirmación; *d)* Transformación del acto viciado en un acto nuevo y distinto, que aprovecha elementos o partes válidas del primer acto y las incorpora en el nuevo acto, eliminando las inválidas.⁶

Antes de analizar los casos de *extinción* del acto administrativo, corresponde referirse a las diversas hipótesis de *modificación* que pueden darse, las que metodológicamente aclaran el camino para explicar luego las situaciones de extinción.

4. *Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material*

La corrección material del acto administrativo o rectificación en la doctrina italiana,⁷ se da cuando un acto administrativo válido en cuanto a las formas y al procedimiento, competencia, etc.,⁸ contiene errores materiales de escritura⁹ o transcripción, expresión, numéricos, etc. Debió expresar algo e inadvertidamente expresó otra cosa; o la voluntad real del agente fue una y la expresión externa de su voluntad consignó sin quererlo otra. También aparecen errores de transcripción en el Boletín Oficial respecto del texto que le fuera enviado, que requieren entonces fe de erratas. Pero no se puede rectificar y con ello sanear un acto irregular,¹⁰ p. ej. incluir en una supuesta fe de erratas la motivación que el acto no tuvo.¹¹ No constituye extinción, ni tampoco modificación sustancial del acto, pues la corrección supone que el contenido del acto es el mismo¹² y que sólo se subsana un error material deslizado en su emisión, instrumentación o publicidad (notificación o publicación).¹³ Sus efectos, en consecuencia, son *retroactivos*¹⁴ y se

⁶ Es lo que se llama conversión del acto, que tratamos *infra*, § 11.

⁷ SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, t. I, Nápoles, Jovene, 1984, p. 312; STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 244.

⁸ HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975, p. 277.

⁹ El *lapsus calami*. Ver p. ej. *B.O.*, 27-X-2000, pp. 1-2, res. TAOP 48/2000.

¹⁰ Conf. BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Principios de Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 58: señala que es un principio general en las leyes de Latinoamérica.

¹¹ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 277. La rectificación mantiene intactos los efectos del acto anterior, pues sus efectos son los que el autor tuvo en mira y no los que por error aparecieron expresados: DE ANDRADE, ROBIN, *A revogação dos atos administrativos*, Coimbra, Atlántida, 1969, p. 41.

¹² WOLFF, *op. loc. cit.*

¹³ Ver *infra*, t. 4, cap. V, “Notificación y publicación.” ABERASTURY, PEDRO (H.) y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 115, consideran que la notificación es otro acto administrativo distinto, en cuyo caso la corrección material no afectaría el acto principal. Pero pensamos que el acto del que se trata es el que produce efectos jurídicos directos e inmediatos, lo que no ocurre sin notificación o publicación.

¹⁴ WOLFF, *op. loc. cit.*; SANDULLI, *op. cit.*, p. 313.

considerará al acto corregido o rectificado como si desde su nacimiento hubiera sido dictado correctamente.¹⁵ El decreto 1759/72 dice que procede sin limitación temporal,¹⁶ pero ello se interpreta restrictivamente.¹⁷

Si el error, siendo numérico, está en los cálculos o informes que preceden al acto y éste se dicta en su consecuencia, no procede la corrección material, sino que entramos en el campo de error de la voluntad y demás vicios del acto.¹⁸ Para que proceda la corrección o rectificación, entonces, se requiere que se trate efectivamente de un simple error material de copia, publicidad, transcripción, etc. De tal modo su función es restablecer en forma efectiva la intención real de formas y formalidades inicialmente respetadas.¹⁹ Fuera de tales casos se tratará de una modificación o extinción del acto, según las situaciones y serán de aplicación los principios atinentes a ellos, que más adelante expondremos.

En suma, la corrección material es excepcional: ha de admitirse sólo con criterio restrictivo²⁰ y no podrá encubrirse bajo tal denominación, a actos que constituyen una verdadera revocación del acto original. Sólo puede ser dispuesta por el mismo órgano que dictó el acto, ya que él es el único que puede dar fe²¹ de que lo que se modifica es tan sólo un error material o de transcripción y no un error de concepto o una decisión equivocada. Por ello, cuando el error es declarado por una autoridad superior o por la justicia, ya no será una rectificación sino que podrá tratarse de una extinción, sustitución, etc., según cual sea la actitud que tome el órgano y cómo valore el error material. Si es obvio y mínimo probablemente interpretará que el acto quiere decir lo que literalmente no dice; si es una discrepancia numérica y no resulta del mismo acto que es un error de suma o transcripción, corresponderá revocarlo, sustituirlo o modificarlo en la parte que se considera viciada. Si el error es en la persona sólo el órgano que dictó el acto puede aducir que es un error material y corregirlo:²² el superior²³ o el juez necesariamente deben *extinguir* dicho acto²⁴ en forma retroactiva.

¹⁵ STASSINOPOULOS, *op. loc. cit.*, quien agrega que por ello no se reabre el término de impugnación del primer acto, a partir de la rectificación; desde luego, el acto rectificatorio mismo sí puede impugnarse.

¹⁶ Decreto 1759/72, art. 101: "Rectificación de errores materiales: En cualquier momento podrán rectificarse los errores materiales o de hecho y los aritméticos, siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión." En igual sentido Bolivia, art. 31; Comunidad Andina, art. 35; Costa Rica, art. 157; Honduras, art. 128; Perú, art. 201.1 y Venezuela, art. 84.

¹⁷ Como recuerda HOSTIOU, *op. cit.*, p. 277, los tribunales son "muy desconfiados a este respecto y ponen condiciones particularmente restrictivas a su empleo."

¹⁸ *Supra*, cap. IX, § 11, "Dolo, violencia, simulación."

¹⁹ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 278.

²⁰ Cfr. LAVILLA ALSINA, LANDELINO, "La revisión de oficio de los actos administrativos," *RAP*, 34: 53, 98, Madrid, 1961.

²¹ Ver *supra*, cap. VII, § 4, "La «plena fe» del instrumento público y el acto administrativo."

²² Salvo la estabilidad del acto, *supra*, cap. VI.

²³ PTN, *Dictámenes*, 141: 68, 71. La autoridad que cometió el error ya no desempeñaba el cargo. Correspondía entonces declarar la nulidad absoluta del acto.

²⁴ Si el acto tiene estabilidad se aplican los principios expuestos en el cap. VI, § 3, "Requisitos de la estabilidad," y siguientes..

La rectificación normalmente sólo es procedente dentro de un período razonable de dictado el acto,²⁵ salvo a) que el interesado mismo solicite la corrección; b) que se trate de actos certificantes, en los que la rectificación es admisible sin limitación de tiempo.²⁶ Ya vimos que en el decreto 1759/72 no existe limitación temporal a su procedencia, lo cual puede tener sentido si la corrección del error material es a favor del interesado, pero parece un exceso de inseguridad jurídica si con ello se pretende ampliar retroactivamente la esfera de sus obligaciones. Téngase presente que estamos refiriéndonos a los actos unilaterales e individuales, ya que tanto en materia reglamentaria como contractual existen reglas propias.

5. Aclaración

Cuando el acto, en lugar de contener simples errores materiales producidos en la emisión o transcripción del acto, puede presentar dudas en cuanto a la interpretación que corresponde otorgarle, el órgano que lo dictó puede producir un segundo acto, ahora de carácter aclaratorio del primero, el cual tendrá efectos retroactivos²⁷ salvo los derechos adquiridos durante la vigencia del primer acto. Si el acto ha producido efectos bajo una de sus interpretaciones posibles, la aclaración produce en tal caso efectos sólo para el futuro²⁸ a menos que la aclaración sea más favorable al interesado.²⁹

Sólo el órgano que dictó el acto puede formalmente aclararlo y que si el sentido del acto es precisado, desentrañado o establecido por un órgano superior o por la justicia, estamos ante un caso de *interpretación*, la cual por su naturaleza es siempre retroactiva. Con todo, el órgano que lo interprete puede también admitir que si el acto dejaba margen a dudas, puede ser legítimo el incumplimiento, o el cumplimiento en otro sentido, efectuado por el particular.³⁰ Al igual que la corrección material, la aclaración tiene por efecto modificar el acto, precisándolo en un sentido determinado. Se diferencia en ello de la interpretación, pues esta última no se incorpora al contenido del acto sino que opera en su *funcionamiento*. Con todo, a veces la ley delega a la administración la facultad de interpretar u aclarar

²⁵SANDULLI, *op. cit.*, p. 313. ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1965, p. 573, explica que el art. 111 de la ley española la admite "en cualquier tiempo" en tanto que la anterior legislación sólo lo permitía dentro de un lapso de cuatro años.

²⁶SANDULLI, *op. loc., cit.*; ver *supra*, cap. III, § 6.

²⁷Comp. DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., pp. 406-7, respecto a la "interpretación auténtica" del acto; más adelante indicamos que la aclaración importa una *modificación del acto mismo*, que se integra con el acto aclaratorio, mientras que la interpretación, aún siendo auténtica, implica tan sólo que se ejecuta o hace funcionar el acto en un cierto sentido, pero sin modificar el acto en sí mismo.

²⁸STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 244. Comp. MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 172, p. 269; BOTASSI, CARLOS, "Retroactividad del acto administrativo," en *Ensayos de Derecho Administrativo*, La Plata, Platense, 2006, p. 162.

²⁹Por las mismas razones expuestas en el cap. IV, § 5.9 y 5.10.

³⁰*Supra*, cap. VIII, § 6, "Imprecisión u oscuridad;" FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 304.

alguna disposición de la ley, caso en el cual la integra;³¹ salvo ese supuesto, la interpretación o aclaración por el inferior no vincula a los tribunales en la interpretación de la norma superior.³² Por ello, la interpretación puede variar según el tiempo y el órgano que la efectúa y puede haber así múltiples interpretaciones divergentes, mientras que la aclaración es una sola.³³

Por último, cabe aclarar que si el acto es completamente oscuro e impreciso, en cuanto a qué clase de acto es o qué personas o cosas afecta, es un acto inexistente³⁴ insusceptible por tanto de aclaración; si se dictara un acto que pretendiera denominarse aclaratorio, él sólo puede valer como un acto *nuevo*, por tanto únicamente para el futuro.

Cabe por fin distinguir el *acto* administrativo de aclaración de un acto anterior, del *recurso* administrativo llamado de aclaratoria;³⁵ en el segundo caso nos encontramos ante el pedido formulado por un particular, para que la administración emita el acto aclaratorio. En el decreto 1759/72 aparece previsto el recurso de aclaratoria y pareciera que se ha introducido una innecesaria confusión, pues el derecho a pedir aclaratoria queda contemplado *prima facie* para ciertos supuestos precisos (contradicciones u omisiones), que resultan ser menos que aquellos sobre los cuales puede posiblemente versar una resolución administrativa aclaratoria. Desde un punto de vista conceptual, *cualquier* punto oscuro puede ser aclarado; desde un punto de vista procesal, el decreto parece limitar el derecho a pedir formalmente aclaratoria del acto, a los casos en que “exista contradicción en su parte dispositiva, o entre su motivación y la parte dispositiva o para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas.” Parece claro que si hay contradicción no se trata de un supuesto de necesidad de aclaración, sino de arbitrariedad del objeto³⁶ y que el vicio es insanable. El acto que salva la contradicción es un acto nuevo, con efectos solamente para el futuro.

Con todo, no debe atribuirse mayor significación a esta aparente limitación a la procedencia del recurso de aclaratoria, ya que en realidad contra los actos definitivos procede siempre también, de todas maneras, el recurso de reconsideración (art. 84 y concordantes del decreto 1759/72) y en su interposición podrá pedirse igualmente la aclaración de cualquier punto oscuro, esté o no pedida aclaratoria.³⁷ Va de suyo que la cuestión procesal en nada influye sobre el fondo y que, sea cual fuere el criterio que se adopte sobre el recurso previsto en el procedimiento para

³¹ VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *El mito y la realidad en las disposiciones aclaratorias*, Madrid, ENAP, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965, p. 49, nota 47: es la excepción.

³² VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 48.

³³ Puede además darse una interpretación del aclaratorio, no así, por supuesto, de otra interpretación anterior. Ver además *supra*, nota 27.

³⁴ *Supra*, cap. VIII, § 6, “Imprecisión u oscuridad.”

³⁵ Ver *supra*, t. 4, cap. IX, § 16, “Reconsideración y aclaratoria.”

³⁶ Como explicamos *supra*, cap. VIII, § 8.1, “La contradicción del acto.”

³⁷ Nos remitimos al t. 4, cap. IX, § 16.

el particular afectado por un acto oscuro, la potestad administrativa de rever el acto oscuro existe siempre de manera amplia, con el límite de no lesionar derechos adquiridos al amparo de la estabilidad de los actos administrativos.

6. Reforma

Así como la administración puede —bajo ciertos límites— extinguir un acto por razones de conveniencia, oportunidad o mérito,³⁸ así también puede, con iguales limitaciones, modificarlo por tales motivos: la modificación, según los casos, puede importar una extinción parcial o la creación de un acto nuevo en la parte modificada³⁹ o ambas cosas.

En el caso de un permiso de uso del dominio público otorgado con relación a un espacio determinado, si tal espacio es disminuido posteriormente por razones de mérito, el acto habrá sufrido una extinción parcial a través de la modificación; si además se otorga al permisionario un nuevo espacio adicional, en compensación del primero, aparecerá aquí también una parte *nueva* del acto originario, y con ello la creación parcial de un acto.

La reforma produce efectos sólo para el futuro. Su procedencia, y la necesidad o no de indemnizarla, se rige —en los casos en que importe una extinción parcial del acto— por los mismos principios que la extinción por razones de oportunidad, que ya hemos tratado.⁴⁰ Si la reforma solamente implica la ampliación del acto, o la creación de una parte nueva, se rige por los principios atinentes al *dictado* de actos administrativos, no por los referentes a su *extinción*.

En ambos casos, sea que se trate de revocación parcial por inoportunidad y/o creación parcial de un acto nuevo, sus efectos son constitutivos.

7. Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento

Vimos que si el vicio no es muy grave es posible mantener la vigencia del acto, suprimiendo o corrigiendo el vicio que lo afecta: esto es lo que según los casos y los autores se llama saneamiento,⁴¹ perfeccionamiento,⁴² confirmación, convalidación,⁴³ ratificación, etc.; el decreto-ley 19.549/72 adopta en su art. 19 la

³⁸ Ampliar *supra*, cap. VI, § 10, “Excepciones a la estabilidad.”

³⁹ SANDULLI, *op. cit.*, p. 312, habla respectivamente de reforma “sustitutiva” e “innovadora.”

⁴⁰ Ver *supra*, cap. VI, § 10, “Excepciones a la estabilidad.”

⁴¹ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 644.

⁴² DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 453 y ss.

⁴³ FIORINI, *op. cit.*, t. I, p. 390; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, 1953, p. 511; LANDI-POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1978, 6ª, p. 282. No utilizamos el término convalidación, a pesar de hallarse muy difundido, porque en la práctica es frecuente que se lo interprete no como la eliminación del vicio por cumplimiento efectivo de la norma, sino como una suerte de potestad que tendrían los superiores de “perdonar” los vicios cometidos por sus inferiores, lo cual no parece razonable. Estimamos que el término saneamiento se presta menos a ese tipo de confusión. En sentido similar, ver lo que decimos sobre la confirmación, *infra*, § 9, “Confirmación.”

terminología de que el género es el *saneamiento* y sus especies la ratificación y la confirmación.⁴⁴ La forma más natural y lógica de purgar el vicio es solucionando las causas que lo originaron. Si un acto fue publicado por menos días de los requeridos, publicarlo por los que faltan; si una notificación fue efectuada sin entregar copia auténtica del acto, entregarla. En ocasiones se llama a esto renovación del acto,⁴⁵ lo cual configura una categoría intermedia entre la modificación *stricto sensu* y la extinción lisa y llana del acto originario y dictado de un acto nuevo en su lugar. Sin embargo, no siempre es esto posible, sea porque la importancia del vicio no hace recomendable permitir su fácil corrección —lo que de hecho es justificar siquiera en parte su comisión—, sea porque por su naturaleza el vicio no puede solucionarse tardíamente. Si un contrato debía realizarse previa licitación pública, y ella ha sido totalmente omitida, es claro que la licitación —que es procedimiento de selección del contratista— no puede ya realizarse en relación a ese contratista. En tal caso no procede pues el saneamiento, sino la extinción del acto. Lo mismo debiera ocurrir, a nuestro parecer, si no se dio oportunidad previa de defensa y prueba al interesado. Si no se dio oportunidad previa al acto para que el interesado ejerza su defensa, hay que darla, pero entonces corresponde dictar un nuevo acto fundamentado debidamente con ponderación de las argumentaciones y pruebas del interesado y dictamen jurídico previo sobre ellas. El mismo criterio se aplica en España cuando el acto ha sido dictado omitiendo informes preceptivos,⁴⁶ pero en esto tampoco nuestro derecho se luce.

En los casos en que el saneamiento es posible, sus efectos son a su vez retroactivos.⁴⁷ Ello hace que exista gran coincidencia entre el saneamiento y los actos anulables:⁴⁸ de éstos se dice que su vicio no es muy grave y que son susceptibles de ser subsanados; que tienen “si no validez, por subsunción específica normal, validez por habilitación”⁴⁹ y que en consecuencia la autoridad competente puede, llegado el caso, sea declarar el vicio y extinguir el acto con efectos constitutivos, sea subsanar el vicio con efecto retroactivo, si ello es posible y deseable. En consecuencia, la autoridad que se encuentra frente a un acto anulable puede optar por sanear el vicio, dando validez plena al acto, o extinguirlo, manteniendo la anterior validez por habilitación y dejándolo sin ninguna para el futuro. Precisamente la existencia de esta opción muestra que el saneamiento no siempre es posible o recomendable. Hay casos en que, a pesar de no ser el vicio de mucha gravedad, de todos modos no cabe ya respecto de él el saneamiento y sólo procede

⁴⁴ En esto la norma sigue a MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 644 y ss.; con posterioridad al decreto-ley DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 339 y ss., sigue también la misma terminología.

⁴⁵ Así HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 1248 y el precedente que cita de la PTN, B.O. 26-IX-90, dictamen 63/90.

⁴⁶ GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1987, 10ª ed., p. 451.

⁴⁷ Así lo resuelve expresamente el art. 19 *in fine* del decreto-ley 1.959/72.

⁴⁸ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 645; BOTASSI, *op. cit.*, p.162.

⁴⁹ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 29.

la extinción para el futuro; también hay casos en que puede sanearse el vicio, pero es más recomendable pronunciar su extinción para que el acto se produzca nuevamente con los debidos recaudos desde su inicio.

Cuando el saneamiento no es posible puede asimismo optarse por elegir otras alternativas, p. ej. *convertir* el acto anterior en uno distinto válido. La conversión tendrá efectos para el futuro, sin sanear el vicio precedente pero también sin implicar una extinción total del acto.⁵⁰

7.1. *Saneamiento administrativo y judicial*

Dependiendo de la índole del vicio, pueden a veces sanearlo no sólo el órgano que dictó el acto, sino también sus superiores o incluso la justicia. Si se sostiene, p. ej., que la indefensión es siempre un vicio leve (lo cual no es nuestro criterio, de cualquier manera, para un Estado de Derecho), entonces puede pensarse que ese vicio queda saneado en el acto originario si el superior da luego la debida audiencia y oportunidad de prueba al interesado. Incluso, que el vicio queda saneado por la ulterior defensa del particular en el ámbito judicial, lo cual produciría el caso aparentemente extraño de un órgano judicial que en lugar de sancionar la ilegitimidad producida por el órgano administrativo, se dedicara a hacer los pasos que éste ha omitido, para así eliminar el vicio por él cometido.⁵¹ A pesar de lo anómalo del concepto hay pronunciamientos en tal sentido.⁵² Con todo, en lo que respecta a la necesidad de audiencia pública se ha señalado que no corresponde la intervención saneadora del Poder Judicial ante la indefensión de los particulares en sede administrativa.⁵³

7.2. *Explicar al otro*

Hay así vicios que no puede sanear un órgano distinto al propio autor del acto, la falta de motivación de los hechos, sin que ello implique que se admita que el acto inmotivado fácticamente tiene anulabilidad y no nulidad.⁵⁴ En nuestro concepto, es impropio de un Estado de Derecho fundado en la razón, admitir el acto que no dá razones de sí como un acto meramente anulable: es la antítesis de todo cuanto el Estado de Derecho supone. Por eso la *Introducción* de este vol. 3. La explicación es personal, propia. Suena un poco extraño que alguien “explique” los fundamentos o las razones fácticas que *otro* tuvo para actuar, si *éste* no las expresa. Cuando ello ocurre es la defensa profesional que un abogado hace de

⁵⁰ Desarrollamos el punto *infra*, § 11, “Conversión.”

⁵¹ Lo advierte con claridad la CNFed. CA, Sala IV, *Uromar S.A.*, *DJ*, 2000-3, 257, cons. VIII, que transcribimos parcialmente *supra*, cap. IX, § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.”

⁵² Ampliar *supra*, cap. IX, § 4.1, “La garantía de defensa. El sumario previo.”

⁵³ Se trata del caso *Youssefian*: “Los grandes fallos de la actualidad,” en el libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; *supra*, t. 2, cap. II.

⁵⁴ Ampliar *supra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

su cliente, p. ej. un procesado que usa su derecho a no declarar y en su lugar habla el abogado penalista. Parece osado sugerir que la justicia pueda ocuparse de ser oficialmente el penalista defensor de la administración, que explica lo que ésta calla y fundamenta aquello para lo cual su autor no tuvo fundamento que expresar. El juez debe actuar de oficio para sustituir un acto o declarar su inconstitucionalidad, no para explicar lo inexplicado, algo así como la freudiana interpretación de los sueños.

8. Ratificación

La ratificación, en sentido similar al derecho privado, sería el acto por el cual la autoridad competente (el mandante, en derecho privado) reconoce como propios actos jurídicos realizados por *otra* autoridad incompetente (otra persona que no tenía mandato suficiente, en el derecho privado).⁵⁵ Sólo es admisible, lógicamente, en los actos anulables respecto de los cuales la incompetencia no es muy grave.⁵⁶ Si un decreto invadiera atribuciones legislativas en un punto que no es muy grave o clara la invasión, podría el legislador ratificarlo; si un ente autárquico dictara un acto que podría entenderse de competencia del Poder Ejecutivo (*v.gr.*, realizar una obra que en verdad debiera haber sido decidida por aquél), el Poder Ejecutivo puede ratificar dicho acto;⁵⁷ si un inferior jerárquico dicta un acto de competencia del superior, fuera de los casos de delegación, también podría el superior ratificar el acto del inferior.

Pero hay hipótesis en que la ratificación o saneamiento no corresponde, p. ej. cuando el Poder Ejecutivo dicta un reglamento de necesidad y urgencia en una de las materias que la Constitución expresamente le prohíbe.

Si el inferior se excede del ejercicio de la facultad delegada que se le ha otorgado, también puede ratificarse dicho acto si es de competencia del superior. Como se advierte, la ratificación puede aplicarse tanto en los casos de incompetencia en razón del grado como en los demás supuestos, siempre que el acto no sea nulo; lo más frecuente, con todo, es la ratificación por el superior jerárquico. La ratificación se asemeja a la *aprobación* en que es posterior al acto, pero se diferencia en que en el acto sujeto a aprobación es tan sólo un proyecto de acto, pues no produce aún efectos jurídicos (o como dice una parte de la doctrina, es un acto perfecto pero no eficaz), mientras que el acto necesitado de ratificación es un acto administrativo, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado. Ese vicio es eliminado por la ratificación.⁵⁸ En consecuencia,

⁵⁵ Con todo, las opiniones son diversas al respecto. Ver DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 460. Seguimos aquí a ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 330.

⁵⁶ DIEZ, *op. cit.*, p. 462; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 649, etc.

⁵⁷ Así PTN, *Dictámenes*, 104: 23.

⁵⁸ En contra FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1964, 2ª ed., p. 185, quien asimila ambos conceptos.

la ratificación mantiene los efectos ya existentes y los legitima para el futuro, mientras que la aprobación recién hace nacer por primera vez los efectos jurídicos del acto.⁵⁹ En el caso de los actos dictados *ad referendum* teóricamente la situación sería semejante al acto sujeto a aprobación, pero en ocasiones se ha considerado válido el primer acto, operando el referendo no como una ratificación o saneamiento sino como una suerte de condición suspensiva, lo que parte de la doctrina no acepta.⁶⁰

La ratificación difiere de la *autorización* en que ésta es anterior al acto que se va a dictar; los actos que requieren autorización y son dictados sin haberse obtenido ésta previamente, no son a nuestro juicio susceptibles de ratificación, por cuanto la exigencia legal es de un requisito anterior al acto y él no puede suplirse posteriormente por una manifestación tardía de la autoridad que debía haberlo hecho,⁶¹ llámesela autorización o ratificación.⁶² Dado que la ratificación opera sobre actos anulables, sus efectos son retroactivos. No parece admisible la ratificación tácita de actos viciados de incompetencia, por la regla de que los actos deben ser expresos y más aún escritos y que en la especie se trata de corregir un vicio del acto, lo cual parece aconsejable que sea fruto de una decisión expresa.

9. Confirmación

9.1. La confirmación en derecho privado y en derecho administrativo

Algunos autores admiten la confirmación como un medio de sanear actos administrativos,⁶³ e incluso sostienen que es el único o principal medio de saneamiento, por el cual el órgano administrativo autor del acto viciado, o uno superior, disponen mantener su vigencia. Sin embargo, considerando que la confirmación es una decisión de parte de la persona que puede invocar la nulidad, renunciando a oponerla o pedirla,⁶⁴ estimamos que ella es inaplicable en el derecho administrativo, en cuanto medio de saneamiento que la administración pueda utilizar respecto a los actos administrativos.

⁵⁹ Según lo explicamos *supra*, cap. IX, § 5.4, “Actos que requieren aprobación.” Pero hay autores, que allí mencionamos, que dan a la aprobación carácter retroactivo.

⁶⁰ Lo explicamos *supra*, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico,” y notas 19-20.

⁶¹ Ampliar *supra*, cap. IX, § 5.3, “Actos que requieren autorización.”

⁶² Asimila ambos supuestos DIEZ, *op. cit.*, p. 461. Por su parte ALESSI, *op. cit.*, p. 318, llama saneamiento a la autorización tardía, criterio éste que es común en la doctrina italiana.

⁶³ BIELSA, t. II, *op. cit.*, p. 96; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 648 y ss.; FIORINI, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, 2ª ed., pp. 392-3 (asentimiento) y p. 396, aunque con limitaciones; DIEZ, *op. cit.*, p. 463; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. II, § 3.2.4, p. 78: “La confirmación, a su vez, ostenta la calidad de medio residual de saneamiento porque, con exclusión de la incompetencia —regulada por el art. 19, inc. a)—, ella aparece en la ley como un instrumento utilizable respecto de cualquier otra clase de vicios.”

⁶⁴ BIELSA, *op. loc. cit.*; CRETTELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Río de Janeiro, Forense, 1966, p. 398; comp. DIEZ, *op. cit.*, p. 464.

La Corte Suprema ha dicho, p. ej., que “hay entre la confirmación [...] y la prescriptibilidad de la acción de nulidad una correlación estrecha, ya que la confirmación y la prescripción extintiva de la acción dependen de la voluntad expresa o tácita de la parte damnificada;”⁶⁵ como se advierte, si la confirmación depende de la voluntad de la parte damnificada por la ilegitimidad del acto, mal puede pensarse que sea la propia administración la que pueda confirmar un acto suyo viciado, ya que no es ella la damnificada directamente por él, salvo que el acto reconozca ilegítimamente deberes o prestaciones de la administración o los individuos. Con este alcance, sólo el particular a través de un acto jurídico de derecho privado podría confirmar el vicio de un acto administrativo; pero como a su vez las nulidades administrativas no sólo se dan en el interés de las partes sino también en el interés público, resultaría que la administración tendría de todos modos la posibilidad de extinguir o pedir judicialmente la extinción del acto (salvo la doble limitación de la cosa juzgada administrativa y de la prescripción de la acción), si él está viciado, a pesar de que el damnificado haya renunciado a oponer el vicio. Por ello consideramos que la confirmación no es aplicable como medio de saneamiento de los actos administrativos unilaterales e individuales.

9.2. *Lo atinente a la prescripción*

Por lo demás, no creemos que sea necesario hablar de categoría jurídica alguna para los casos de prescripción de la acción o caducidad del término de impugnación del acto.⁶⁶ en primer lugar porque no se dicta aquí acto alguno de convalidación o confirmación (ni sería ella posible, según vimos), ni se subsana el vicio,⁶⁷ sino que solamente deja de ser oponible bajo ciertas circunstancias.

Aún así, si un particular deja transcurrir el término de prescripción de un acto, y lo ataca tardíamente, la administración puede perfectamente hacer lugar al recurso o denuncia de ilegitimidad, aunque haya prescripto la acción. La estabilidad del acto, como ya hemos visto, no juega en contra sino a favor del interesado.⁶⁸

9.3. *La confirmación en el decreto-ley 19.549/72*

Pensamos que el decreto-ley 19.549/72 se hizo cargo de las críticas que anteceden pero optó por tomar una solución ecléctica, en lugar de la que se deriva de la

⁶⁵ *Fallos*, 179: 249, *Schmidt*.

⁶⁶ La hipótesis del texto a su vez no debe ser confundida con la prescripción o el desuso del ejercicio de algún derecho que el acto puede acordar, a lo que nos referimos *infra*, cap. XIII, § 7.2, “Desuso.”

⁶⁷ En contra, ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativos*, t. I, Madrid, 1979, 6ª ed., p. 675. “La convalidación comporta la verificación de un hecho jurídico... en cuya virtud el acto *anulable adquiere validez plena*,” FIORINI, *op. cit.*, p. 394: “una adquisición definitiva de su legitimidad.” La diferencia resultante de uno y otro criterio la exponemos a continuación en el texto.

⁶⁸ Ver *supra*, cap. VI, § 5.3; HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimiento administrativo. Ley 19.549*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 422.

aplicación del punto de vista expuesto. El decreto-ley, en efecto, expresa que la confirmación procede como forma de saneamiento del acto administrativo, siempre que el órgano autor del acto viciado proceda a subsanar su vicio: “subsanado el vicio que lo afecte,” en otras palabras, subsume a la confirmación dentro del saneamiento. Va de suyo que para poder el autor del acto viciado sanear dicho vicio, debe tratarse de un acto anulable y no nulo y ser un vicio que por su naturaleza es todavía susceptible de ser corregido. Debe también tratarse de un vicio que está al alcance del órgano emisor corregir.

Ahora bien, si lo que el decreto-ley llama confirmación no es sino un caso más de saneamiento, y no constituye confirmación en el sentido del derecho civil sino en un sentido propio de la norma de derecho administrativo, ¿conviene aceptar y utilizar esta terminología? Pensamos que no, no sólo porque contraría el sentido usual de la expresión en derecho privado, sin tener un sentido propio razonable de derecho público, sino también porque no sería la confirmación, a estar a esta norma, el único caso de saneamiento además de la ratificación. En efecto, de seguir esta terminología tendríamos que a más de la ratificación deberíamos hablar de confirmación cuando el propio órgano corrige el vicio de su acto y de saneamiento cuando otro órgano corrige el vicio del acto, no tratándose de la hipótesis de ratificación. Nos parece una confusión innecesaria, y creemos por ello preferible retener una sola palabra para la corrección del vicio —saneamiento— distinguiendo dentro de ella el supuesto de la ratificación y eliminando como supuesto autónomo la confirmación, ya que ella es lo mismo que saneamiento, sin especificidad alguna que justifique explicar nada separadamente.

10. *Comparación entre saneamiento, confirmación y ratificación*

De lo dicho resulta que el saneamiento es la corrección de un defecto del acto, mientras que la confirmación implicaría la renuncia a oponer un vicio que de todos modos sigue existiendo, y la ratificación es la aceptación por una autoridad de un acto dictado por otra en su nombre.

La ratificación es siempre de *otro órgano*; el saneamiento puede provenir de otro órgano o del mismo autor del acto,⁶⁹ aunque a veces debe ser del mismo autor del acto, exclusivamente.⁷⁰ La ratificación no *corrige* el vicio del acto originario, sino que crea condiciones para que él no sea ya oponible, al proporcionar un elemento que sustituye el requisito omitido o el vicio incurrido. En el saneamiento hay una supresión del vicio; en la ratificación hay una nueva manifestación de voluntad, esta vez del órgano competente, que produce efectos válidos para el futuro, y que al eliminar para el futuro las consecuencias del vicio existente en el acto originario hace ya imposible su anulación. Los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos (pues la anulación, en caso de dictarse, sólo hubiera

⁶⁹ DIEZ, *op. cit.*, p. 469.

⁷⁰ Ver *supra*, § 7, “Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento.”

producido efectos para el futuro), y a partir de la ratificación son inatacables, ahora por razón de haberse dictado aquélla: pero el vicio no fue suprimido.⁷¹

La distinción tiene importancia por cuanto, según dijimos, la ratificación sólo la puede efectuar la autoridad que tenía competencia para dictar el acto,⁷² mientras que el saneamiento lo pueden realizar diversos órganos de la administración. Dado que el alcance de la omisión de defensa previa en sede administrativa a veces se considera subsanable en sede judicial, se sigue de *ese* criterio que habrá de admitirse que si un funcionario dicta un acto sin haber oído al interesado, sin haberle permitido ver las actuaciones o producir todas las pruebas, cualquiera de estos defectos podría ser corregido posteriormente, sea por el mismo funcionario⁷³ o por otro superior; incluso por un funcionario inferior.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, si el saneamiento produce por efecto eliminar el vicio, a diferencia de la confirmación y la ratificación, debe buscarse en la medida de lo posible purgar, corregir o enmendar los vicios, antes que pretender *ratificar* o *confirmar* los actos viciados, como si el vicio fuera incompetencia en razón del grado dentro de una misma organización jerárquica y no la transgresión de un principio constitucional tan básico como el derecho de defensa previa. No se puede ratificar ni confirmar lo que no era conforme a derecho por haberse conculcado las garantías básicas del procedimiento y del acto administrativo.

A su vez, comparando el saneamiento con la extinción, puede haber casos en que sea recomendable sanear el vicio antes que extinguir el acto, pero ello no es de ninguna manera una regla absoluta. A nuestro modo de ver hay supuestos como la falta de audiencia previa, falta de motivación del acto, falta de dictamen jurídico previo, en que no corresponde en derecho proceder al saneamiento, ni por el órgano que cometió el vicio ni por un superior jerárquico o la justicia, pues es mejor para la vigencia del Estado de Derecho que se extinga el acto, ya que ése es el único modo de que el inferior tome conciencia de que no pudo válidamente adoptar la decisión que tomó, del modo que lo hizo.⁷⁴

11. *Conversión*

Así como la reforma es la modificación por razones de oportunidad, y puede constituir en parte extinción parcial del acto y en parte creación parcial de un acto

⁷¹ Por ello no creemos que el órgano que ratifica tenga a su alcance la opción de ratificar solamente para el futuro, o también para el pasado, como da a entender FIORINI, *op. cit.*, pp. 395 y 396, pues siendo el acto anulable, al producirse la ratificación aunque sea solamente para el futuro, los efectos anteriores del acto no son ya impugnables. La opción que el órgano tiene es la de revocar (*ex-nunc*); o ratificar (*ex-nunc*); por ser el acto anulable no puede revocar retroactivamente, ni necesita por ende ratificar retroactivamente. Para MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 661, la ratificación es retroactiva; igualmente DIEZ, *op. cit.*, p. 463.

⁷² CAETANO, MARCELO, *Princípios fundamentáis do direito administrativo*, Río de Janeiro, 1977, p. 281.

⁷³ En el decreto-ley 19.549/72 esto podría encuadrarse como un supuesto de "confirmación," aunque ya dijimos que la terminología no parece adecuada, y la solución de fondo tampoco.

⁷⁴ *Supra*, cap. IX, § 4.1.

nuevo, así también la conversión es una modificación del acto; se diferencia en que ella es por razones de ilegitimidad del acto inicial, en la parte modificada.⁷⁵ Su fundamento se encuentra en el principio de la conservación del acto, cuando es posible eliminarle realmente el vicio que lo afectaba; ello es más conforme con los valores jurídicos.⁷⁶ En caso que la parte inválida del acto sea extinguida y no se sustituya por una parte nueva, entonces se trata simplemente de una extinción parcial (revocación o anulación, según los casos), regida por los principios generales de ésta.⁷⁷

En cambio, se da la conversión cuando a más de extinguirse la parte inválida se agrega una parte o una calificación nueva válida. Esto se presenta como una transformación⁷⁸ o sustitución parcial, en la cual se toman los elementos o aspectos del primer acto que en su forma original resultaban inválidos y se los incorpora a un acto distinto, en cuyo contexto adquieren validez. Un acto ilegítimo de designación de un funcionario estable puede así convertirse en una designación interina.⁷⁹

Por eso se ha podido decir también que la conversión es una reutilización del acto inválido,⁸⁰ requiriendo la conformidad del interesado.⁸¹ Pero es cuestión sólo verbal establecer si se necesita siempre la conformidad: en un sentido sí, siempre que se trate de conversión en cuanto forma de saneamiento de actos inválidos que confieren derechos, son favorables o ampliatorios de derechos e intereses. Es la misma regla que hemos explicado en otras partes de esta obra.

Al lado de ese supuesto, por ello, existe otra categoría de reforma o saneamiento del acto que se aplica a actos de gravamen, limitativos de derechos del individuo, en los cuales su voluntad interviene en la interposición del recurso o acción judicial por considerar excesiva o improcedente la sanción o el gravamen. Esa voluntad individual que puso en movimiento el sistema judicial no es en cambio apta para impedirle que el tribunal le asigne la razón parcial o diferentemente,

⁷⁵ Conf. HUTCHINSON, *Régimen...*, op. cit., p. 148. Por ello pensamos que no es adecuado considerarla un supuesto de saneamiento: lo viciado, en el caso, no se sana; se extingue. Comp. BODDA, PIETRO, *Studi sull' atto amministrativo*, Turín, Giappichelli, 1973, pp. 170-1, distingue la conversión, que opera sobre el contexto esencial del acto, de la eliminación de las partes separables inválidas, en que el acto, aún mutilado, es el mismo, por el principio *utile per inutile non vitiatur*.

⁷⁶ Aunque éste, a su vez, no ostenta otra fundamentación que el sempiterno paradigma. Ver, en todo caso, BODDA, PIETRO, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milán, Giuffrè, 1935, pp. 9-18, reproducido en su libro *Studi...*, op. cit., p. 117 y ss.

⁷⁷ CAETANO, op. cit., p. 282, la llama reforma, diferenciándola también de la conversión. Una discusión semántica de interés en GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, "La conversión del acto administrativo," en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 645 y ss.

⁷⁸ Como dice BODDA, *La conversione...*, op. cit., p. 103, "haciéndolo mutar de categoría en la clasificación de los actos administrativos," *Studi...*, op. cit., p. 203.

⁷⁹ PERINI, MICHELE M. G., *Osservazioni sull' accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1953, p. 63.

⁸⁰ FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, op. cit., p. 182; o reaprovechamiento, al decir de CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., t. II, p. 330.

⁸¹ HUTCHINSON, op. cit., p. 146 y los precedentes que cita de la Sala III, *Griboaud*, 1989 y otro de la SCJBA.

aplicándole sea una sanción menor, sea una sanción distinta.⁸² Se trata de una categoría jurisprudencial muy asentada y de claras ventajas de economía procesal y buena administración, como veremos. Para no introducir una cuestión terminológica superflua, denominaremos a tales supuestos no ya conversión, sino reforma o sustitución del acto.

Limitando pues en este acápite el análisis a la conversión de actos atributivos o ampliatorios de derechos, cabrá concluir en que no se trata de imponerle al particular un acto distinto,⁸³ sino de ofrecerle un modo de obtener parte de los beneficios que el acto viciado le otorgaba, en aquello que no estaba en contra del ordenamiento. Pero por supuesto que él está en su derecho de rechazar la conversión. El profesor que considera haber ganado un concurso para profesor titular y ha sido designado de tal modo, tiene pleno derecho de rechazar una retrodesignación interina en caso de anularse el concurso.

Los efectos de la conversión son en principio para el futuro⁸⁴ en la parte en que implica creación parcial de un nuevo acto;⁸⁵ en la parte en que implica revocación parcial del acto anterior, sus efectos serán retroactivos o no según la gravedad del vicio. Si el vicio era muy grave y el acto nulo,⁸⁶ entonces la conversión produce efectos válidos para el futuro⁸⁷ y extintivos en forma retroactiva para el pasado.⁸⁸ Si el acto era anulable, la conversión en realidad no purga el vicio, pero al eliminarlo para el futuro de todos modos impide ya su declaración (pues ella sólo podía ser constitutiva y no retroactiva) y el acto produce efectos plenos desde su dictado original hasta la conversión y lógicamente también después, por efectos de ésta.⁸⁹ El art. 19 del decreto-ley no distingue entre estos supuestos⁹⁰ y le asigna efecto constitutivo en todos los casos. Sin embargo esta regla parece excesivamente genérica. Una concesión de uso inválida puede convertirse en permiso precario válido y ello sana los efectos de la ocupación

⁸² Se puede convertir la exoneración en cesantía: CSJN, *Nassiff*, 1964, *Fallos*, 259: 268; *Molinelli*, 1967, *Fallos*, 267: 77; *JA*, 1967-III, 186. El Consejo de Estado de Italia ha resuelto, en un caso en que el funcionario estaba sujeto a confirmación en el cargo, que su exoneración se convirtiera en denegación de la confirmación: BODDA, *Studi...*, *op. cit.*, p. 204, nota 135.

⁸³ En contra, MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 656.

⁸⁴ En contra, MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 656.

⁸⁵ FRAGOLA, *op. cit.*, p. 184; comp. BODDA, *La conversione...*, *op. cit.*, pp. 92-95.

⁸⁶ En contra FRAGOLA, *op. cit.*, p. 183, quien no admite la conversión del acto nulo. ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 568: "la conversión [...] entra en juego también respecto de los actos *nulos de pleno derecho*." Esta solución es congruente con lo ya expuesto en el cap. XI, siguiendo a MAIRAL y BARRA, que la extinción del acto nulo no debe tampoco, necesariamente, ser retroactiva.

⁸⁷ HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁸ HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁹ Por ello muchos autores le asignan carácter retroactivo: LANDI-POTENZA, *op. cit.*, p. 284. Cfr. ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 320.

⁹⁰ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 148. La legislación española, que antes contemplaba solamente la conversión del acto nulo, hoy la admite tanto del acto nulo como anulable: GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Organización y procedimiento administrativo*, Madrid, 1975, p. 657 y ss. Creemos que la falta de previsión en el decreto-ley argentino sobre la reforma del acto anulable no impide esta forma de saneamiento, máxime que ella está admitida para el supuesto de mayor gravedad del vicio.

previa; una designación *ad honorem* que genera incompatibilidad puede, si se dan las circunstancias del caso, transformarse en una designación honorífica;⁹¹ un préstamo puede convertirse en donación y una donación en préstamo y así sucesivamente. Esos efectos son retroactivos.

Incluso es posible la conversión de un acto válido para evitar que devenga inválido, como ocurre p. ej. con un profesor designado por concurso cuyo nombramiento expira el 31 de marzo del año siguiente al que cumple los 65 años. En este supuesto, de continuar en el cargo sería un funcionario de facto, pero nada impide a nuestro juicio interpretar que se ha transformado de pleno derecho en profesor interino hasta tanto el cargo sea provisto nuevamente por concurso. En tal hipótesis la conversión funcionaría *ope juris* ante la omisión de la Facultad o la Universidad de designar un nuevo profesor regular o interino en su cargo.⁹² Otra forma de expresar la misma idea es sostener que debe dictarse el acto administrativo de conversión, el cual en la especie tendrá efecto retroactivo a la fecha en que expiró el nombramiento como profesor regular.

Generalmente la conversión aparece mediante el cambio de una figura jurídica por otra⁹³ con los mismos elementos de hecho. Se recuerda en tal sentido el ejemplo de la designación de un funcionario que debía ser hecha por concurso público, sin cumplirse tal requisito. La designación no es válida como nombramiento de funcionario regular, pero puede convertirse en una designación como funcionario interino, en cuyo caso adquiere validez.⁹⁴ Dicho en otras palabras, aquella designación produce efectos para el futuro (como acto nuevo, en cuanto designación interina); en cambio, en lo que hace a la revocación parcial del acto anterior, sus efectos dependen del vicio cometido en dicho acto precedente: si el concurso de antecedentes y oposición fue omitido totalmente, pensamos que en buen derecho el nombramiento es nulo y por lo tanto la extinción debe ser retroactiva; aunque dudamos que ésta sea la solución que empíricamente se elija en el caso concreto, en el caso empírico de nuestra administración.

Si hubo concurso, pero tuvo algunos vicios, podría tratarse de un acto anulable y, en consecuencia, la extinción en rigor no sana el vicio del acto anterior.⁹⁵ Empero, al extinguir el acto sólo para el futuro convirtiéndolo en otra figura jurídica nueva, produce de hecho el mismo efecto: el vicio por una parte no existe ya más para el futuro y por la otra tampoco puede ser declarado para el pasado.

⁹¹ Según la alambicada distinción que analizamos *supra*, t. 1, *Parte general*, *op. cit.*, cap. XIII, § 6.

⁹² Hay autores que señalan, con acierto, que esto requiere la conformidad del interesado, pero no parece derivarse de ello que no sea admisible la conversión de pleno derecho, como explicamos en la nota anterior. Comp. MARIENHOFF, t. II, p. 656.

⁹³ BODDA, *La conversione...*, *op. cit.*, p. 103; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 652; FIORINI, *op. cit.*, p. 395.

⁹⁴ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 332; DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 554; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 653; CRETTELLA JÚNIOR, *op. cit.*, t. II, p. 330; el mismo ejemplo en GUAITA, citado por GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 647.

⁹⁵ MARIENHOFF, *op. loc. cit.*; en contra FIORINI, *op. cit.*, p. 394.

En materia de contratos, una concesión o licencia ilegalmente conferida, extendida o renegociada puede transformarse en un permiso precario hasta que se realice nueva licitación.⁹⁶ De igual manera, un contrato de arrendamiento sobre un bien del dominio público puede convertirse en una concesión de uso.⁹⁷ Allí sus efectos pueden ser retroactivos. Algunos autores entienden, de modo a nuestro juicio excesivamente restrictivo, que la conversión solamente la puede realizar el mismo órgano que dictó el acto.⁹⁸ Otra parte de la doctrina incluye al Poder Ejecutivo o en general a los superiores del autor del acto;⁹⁹ pero nada impide tampoco que la disponga la justicia a petición del interesado,¹⁰⁰ o de oficio si es un acto sancionatorio que se convierte o sustituye por una sanción de menor gravedad.¹⁰¹ La ley española es muy amplia al respecto, permitiendo una conversión de pleno derecho, declarada por la justicia o la administración: “Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto, producirán los efectos de éste” (art. 65);¹⁰² lo que, *mutatis mutandis*, es más o menos lo mismo que lo que expresa la legislación argentina con su correspondiente interpretación.¹⁰³

La conversión no tiene por objeto anular o extinguir un acto, sino modificarlo para evitar que se lo declare nulo o anulable;¹⁰⁴ pues su fundamento es un principio de economía procesal.¹⁰⁵ Sólo es procedente cuando mediante ella se procura eliminar un vicio del acto originario a través de su transformación en un acto distinto pero que conserva elementos del acto anterior; si el acto inicial no está viciado, por lo tanto, la conversión no procede.

11.1. *Conversión por circunstancia sobreviniente*

Puede ocurrir que el acto nazca válido, pero de efectos limitados. Es el caso de una acreditación universitaria que no habilita para el ejercicio de la profesión en

⁹⁶ Esa conversión no constituye un supuesto de “contratación directa” pues no se establece un vínculo jurídico nuevo, sino que se muta o modifica uno anterior existente.

⁹⁷ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 512; CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 331; CAETANO, *op. cit.*, p. 283; etc.

⁹⁸ FIORINI, *op. cit.*, p. 395; CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, t. II, p. 332.

⁹⁹ DIEZ, *op. cit.*, p. 459.

¹⁰⁰ Comp. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 333, quien también la admite de un órgano jurisdiccional, pero con competencia de mérito. En el derecho alemán lo admite, entre otros, MÜLLER, HANSWERNER, “Unter welchen Voraussetzungen ist der Verwaltungsgericht befugt, einen feststellenden Verwaltungsakt zu ändern?,” *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, 1: 23.

¹⁰¹ Así los casos señalados *supra*, nota 82.

¹⁰² La redacción de la ley española ha permitido sostener la tesis de que la conversión se produce *ministerio legis*: BELADIEZ ROJO, MARGARITA, *Validez y eficacia del acto administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 315. En contra de esta tesis, GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 649.

¹⁰³ O sea, las diferencias son menores que las semejanzas. La ley española menta el acto nulo, pero comprende según la doctrina el anulable; la argentina contempla ambos; la ley española no menciona la voluntad o consentimiento del interesado, pero la doctrina aclara que hace falta; la ley argentina lo estipula expresamente. No hay en verdad diferencia.

¹⁰⁴ BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, *op. cit.*, pp. 457-8.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 645; ver también la cita de una sentencia del Tribunal Supremo español que realiza en la p. 438 y reproducimos *infra*, nota 111.

el país. Producida la naturalización, “independientemente de la validez constitucional de las normas implicadas y del acto dictado en su consecuencia, lo cierto es que actualmente la *ratio* que los pudo haber justificado resulta, relativamente al actor, inconcurrente [...] En las condiciones aludidas [...] se encuentra desprovista de fundamento racional alguno.”¹⁰⁶ Como se advierte, la conversión del acto es en este caso realizada por la justicia.

12. *Sustitución y reforma*

La conversión del acto administrativo por la justicia puede presentarse como sustitución, incluso de oficio,¹⁰⁷ para darle una sanción menor o distinta a la recibida de manos de la administración. Si al interesado no le satisface la nueva sanción menor puede seguir apelando en instancias judiciales sucesivas, más no simplemente rechazar el acto como en la conversión de oficio *stricto sensu* en sede administrativa.

En el caso *Molinelli* el tribunal dejó sin efecto una exoneración dispuesta por la administración, convirtiéndola en cesantía.¹⁰⁸ Como dijo la CSJN en este caso, “aún revocada la exoneración, no es necesario ordenar que se reincorpore al agente afectado, cuando la sentencia comprueba la existencia de sanciones que por sí solas autorizan a que se lo separe. En este caso, el acto administrativo debe limitarse, en cuanto hubo exceso, para adoptar la solución que adecuadamente corresponda nada impide, entonces, que se aplique la sanción prevista por la ley.” En otras palabras, la Corte Suprema modifica retroactivamente la exoneración en cesantía, fundándose en la ilegitimidad del acto de exoneración (por excesivo en relación a las faltas cometidas) y manteniendo, en un acto distinto, el contenido expulsivo —en ese aspecto válido— del acto ilegítimo en su versión primera.

Tanto puede la justicia reducir una sanción administrativa excesiva a otra menor, sea del mismo rango (una multa menor,¹⁰⁹ suspensión menor, que constituyen reforma del acto), sea convertirla en otra distinta. Puede así darse la sustitución de un acto por otro diferente, que no conserva ni mantiene ningún elemento del acto anterior: una sanción que la justicia considera excesiva o desproporcionada, pero no estima que los hechos del caso justifiquen una sanción menor *de la misma índole*, sino menor y *distinta*. Es así el caso de una multa desproporcionada en relación a la falta, que se anula y sustituye judicialmente por un apercibimiento.¹¹⁰ En este caso la infracción se constituyó por una prenda

¹⁰⁶ F.A., J.F., 1998, CNFed CA, Sala V, LL, 1999-B, 537.

¹⁰⁷ La sustitución de oficio es la norma en la jurisprudencia, como explicamos *supra*, “Introducción,” § 8.2. “La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo.”

¹⁰⁸ CSJN, *Molinelli, JA*, 1967-III, 186, año 1967; *Nassiff, Fallos*, 259: 268.

¹⁰⁹ MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. II, 1984, p. 659, nota 281 y jurisprudencia que cita; p. 909: “el Poder Judicial que puede anular dicho acto puede, *a fortiori*, modificarlo eliminando el vicio de que adolecía. En el caso de sanciones ello implicará reducir su monto o modificar su tipo.” El destacado es nuestro.

¹¹⁰ CNFed. CA, Sala II, *Lavadero de Norma R. González*, 1997, LL, 1998-E, 533.

que resultó descolorida en un lavadero; se había efectuado la restitución del valor de la prenda, aunque con posterioridad al tiempo previsto por la norma. No había existido ganancia alguna del lavadero y dado que la multa no puede superar el triple de la ganancia obtenida, *cualquier* multa resultaba desproporcionada. La única solución justa era el apercibimiento, como resolvió la Sala.

En el sistema de protección de los derechos del usuario y del consumidor, como vemos, se consagra un sistema de resarcimiento vinculado a la ganancia obtenida o esperable del acto punido. Es un criterio que algunos magistrados de otros fueros piensan acertadamente que debería emplearse para fijar algunas indemnizaciones, p. ej. cuando un medio de prensa ocasiona un daño. Se considera que la reparación no puede ser menor que la ganancia obtenida con el daño, pues de otro modo será siempre más barato cometer el daño y pagar la multa que abstenerse de cometerlo. Lo mismo ocurre por cierto en materia de daños al medio ambiente y multas resarcitorias: nunca deben ser inferiores a la ganancia que produzca el evento dañoso.

Por otra parte, cada vez que se puede llegar a la solución denominada de discrecionalidad cero o única solución justa, la sustitución judicial del acto administrativo es no sólo admisible sino más bien necesaria.¹¹¹ Con igual criterio se sustituyó un acto administrativo universitario de anulación de un concurso de Profesor Titular y se ordenó su designación.¹¹² En el caso, se trataba de un único concursante, que era ya titular de la cátedra; dos de los jurados eran de reputación internacional, uno fallecido a la época de la decisión judicial. Era un desatino anular el concurso y no designar a quien tal jurado había propuesto para seguir en el cargo por otro período académico.¹¹³

La situación se repite, en el caso del C.P.A.C.F., cuando la justicia cambia sus sanciones por otras distintas:¹¹⁴ p. ej. una sanción de suspensión en la matrícula que el tribunal judicial sustituye por una sanción de apercibimiento público

¹¹¹ Es la solución española, que recuerda GONZÁLEZ NAVARRO, *El acto y el procedimiento administrativos*, op. cit., p. 438: es que como dice el Tribunal Supremo español, “En tales casos la sustitución no sólo será posible sino *imprescindible* «por exigencia del principio de efectividad de la tutela judicial que quedaría claramente burlado si los tribunales no decidieran respecto de aquello que la Administración pudo y debió resolver»”; GARCÍA TREVILIANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 256. Ver también *supra*, “Introducción” y cap. IX, § 8.

¹¹² *Cipriano*, CFed. Mar del Plata, LL, 1998-F, 356 y GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 100, “Control de razonabilidad,” p. 202.

¹¹³ Hay muchos supuestos en que un profesor titular designado por concurso, que renueva su designación, es el único candidato. Las normas favorecen su permanencia en el cargo. El sistema supone no ya un exhaustivo examen de sus méritos (ya hecho en el concurso en que se lo designó) sino más bien si existen causales que aconsejen su no renovación por igual período.

¹¹⁴ Sala III (por error material en la publicación que luego se cita aparece como Sala II), *C., O. O., LL*, 1998-A, 299 y GORDILLO, *Cien notas...*, op. cit., § 80, “La sustitución de la voluntad del órgano controlante en una sanción disciplinaria,” p. 174-5: sustitución de suspensión de la matrícula por un año, por advertencia ante el Consejo Directivo; *Grittini*, LL, 1998-C, 338, sustitución de la sanción de *exclusión* por la de un año de suspensión, con nota de PARDO, JUAN ÁNGEL, “Ética profesional. Errónea interpretación judicial,” que critica la apreciación de los hechos y entiende que no había, en los supuestos que analiza, arbitrariedad manifiesta.

ante el Consejo Directivo del C.P.A.C.F.; una exclusión de la matrícula —*ergo*, definitiva— que se sustituye en suspensión por uno o dos años; una suspensión por dos años que se sustituye por suspensión de seis meses, etc.

Lo mismo ocurre con todas las sanciones administrativas en general, especialmente las de multa cuando se las disminuye en el ámbito jurisdiccional por considerarlas excesivas pero no totalmente incausadas. Es lo que autores como MARIENHOFF o COMADIRA¹¹⁵ llaman exceso de punición como vicio del acto administrativo: Su saneamiento está en la reducción o sustitución de la punición. Allí no existe en todos los casos, en verdad, conversión, pues no se aprovechan elementos del acto extinguido; sino sustitución, pues se dicta un acto nuevo en lugar del anterior.

En supuestos como los aquí considerados es claro que la única solución justa y dotada de economía procesal, incluso de racionalidad, es la mentada, a menos que la justicia considere que no corresponde aplicar sanción *alguna*, en cuyo caso se limitará a declarar la nulidad sin convertir ni sustituir el acto.

Se puede discrepar con la solución que se produzca en el caso concreto, desde luego, pero es obvio que carecería de sentido que la administración tuviera que dictar un nuevo acto que luego la justicia nuevamente anulara, sin llegar la administración a acertar con la única solución justa a criterio del tribunal. La solución que utiliza la CSJN, de mandar al tribunal inferior dictar un nuevo fallo con arreglo a los lineamientos de su propia sentencia, nos parece de irrazonable aplicación por tribunales inferiores en materia administrativa.¹¹⁶

Como todo lo irrazonable, existen ejemplos de ello y así es como en cierta concesión de servicios públicos la Secretaría a la que el Poder Ejecutivo designara como Autoridad de aplicación del contrato ordenó al ente regulador realizar determinada cuenta o cómputo para aumentar la tarifa del servicio, en un obvio intento de que pareciera que no era la Secretaría la que disponía el aumento, sino el ente regulador.

13. *Improcedencia de la sustitución*

Si un agente de la administración pública renuncia y la renuncia al cargo le es aceptada válidamente, no puede luego la administración pretender transformar, convertir o sustituir esa aceptación de renuncia, en cesantía.¹¹⁷

Sin embargo, la administración ha ideado una categoría empírica: Hacer el “sumario” al funcionario ya separado del cargo, para en caso de considerarlo punible transformarle la aceptación de renuncia en cesantía o exoneración. Dado que la

¹¹⁵ COMADIRA, *Derecho Administrativo...*, op. cit., cap. III, § 1 y ss., p. 83 y ss.

¹¹⁶ Y tampoco acepta la Corte que la utilicen tribunales inferiores: *Instituto de Vivienda del Ejército c. Empresa Constructora Indico S.A. y otros*, LL, 2000-C, 747, con nota de MORELLO, AUGUSTO MARIO, “La contribución de la Corte Suprema a repensar la eficacia de las cámaras de Apelación. La corruptela del reenvío innecesario.”

¹¹⁷ CSJN, *Fallos*, 251: 368, *Magallanes*, 1961.

jurisprudencia no admite, por imposible, la cesantía o exoneración de quien no es agente público, la administración inventó otro supuesto: la cesantía virtual. Es dejar constancia en el legajo de la sanción que *hubiere* correspondido. La justicia ha negado admitir la impugnación de ese acto con los recursos previstos para la cesantía o exoneración, con lo cual de hecho la administración ha adoptado esta regla impunemente. En tales casos, sin obrar a nuestro juicio lealmente, se deja constancia en su legajo que, de no haberse aceptado antes la renuncia, le hubiera correspondido la cesantía o exoneración.

La justicia no ha admitido siquiera la oposición del ex funcionario a que se le tramite un sumario en el que no desea ni tiene el deber de intervenir, bajo el argumento de que su agravio es hipotético o eventual, ya que sólo si le dictan un acto lesivo a sus derechos tendrá un interés actual y directo en la impugnación judicial, siendo mientras su perjuicio meramente conjetural. Claro está, esa solución no considera el agravio moral que supone el sumario mismo a quien no pertenece a los cuadros de la administración pública.¹¹⁸ Es como si lo consideraran miembro de las fuerzas armadas, que en condición de baja o retiro aún voluntario mantiene de todas maneras, por texto expreso de la norma, un vínculo disciplinario con el Estado.¹¹⁹ Son demasiados años de uso de sistemas no democráticos de gobierno. La verticalidad deviene norma.

Se encuentra claramente establecido que no puede convertirse una baja dada al agente por razones presupuestarias, en un acto disciplinario y sancionatorio tal como la cesantía o la exoneración.¹²⁰ El supuesto más sencillo es cuando el acto es formalmente calificado como cesantía o exoneración. Sin embargo, los casos suelen ser más complejos y el carácter sancionatorio del acto puede resultar de otros aspectos, como ya explicamos.¹²¹

Sin embargo, existen casos que tienen alguna semejanza y han recibido soluciones diferentes. En tal sentido, en algún supuesto en que la administración ha transformado una aceptación de renuncia en cesantía o exoneración, la justicia nacional no declaró la nulidad de la sustitución administrativa, quizás por considerar —sin en rigor decirlo, pues el sumario no había terminado— que había en todo caso sustento fáctico suficiente para la sanción mayor. El afectado queda así librado a la búsqueda de tutela en un juicio ordinario, que no ofrece una razonable garantía temporal. Como se advierte, el panorama en la materia no es muy alentador en cuanto a la certidumbre de haber dejado la administra-

¹¹⁸ La decisión de no controlar tales actos no se ajusta, por lo demás, a otros precedentes que admiten tanto el agravio moral como el eventual: *supra*, t. 2, cap. IV, § 12, 17, 18, 19.

¹¹⁹ La reglamentación de Justicia Militar, aprobada por decreto 23.056/28, establece en su art. 232 que “todo militar que se hallare de baja o en situación de retiro al tiempo de ser procesado por delitos cometidos mientras revistaba en servicio activo deberá ser reincorporado, al sólo efecto de su enjuiciamiento, a la situación de actividad con el grado que investía con anterioridad a la concesión de la baja o a su pase a la situación de retiro.”

¹²⁰ CSJN, *Fallos*, 254: 88, *Paz*, 1962. Otros casos *supra*, cap. VIII, § 7, nota 98 y texto.

¹²¹ *Supra*, cap. IX, § 4.1 y 4.7; § 6 y 6.3, notas 6.5, 6.6, 6.7, 6.13; cap. XI, § 17.

ción. Es que los tribunales procuran dar la solución que satisface su sentido de justicia en la apreciación de los hechos, más allá de si ello supone sustituirlo o reformar el acto ella misma. La coincidencia de las tres instancias en este caso recuerda igual solución, en aquel caso favorable al particular, en que se anulara retroactivamente un acto revocatorio de un acto estable.¹²²

14. *La orden judicial de sustitución*

Con todo, es posible señalar casos en que el tribunal no se encuentra en condiciones materiales de emitir él mismo *el instrumento* del acto debido, p. ej. la confección de un diploma, caso en el cual el reconocimiento del derecho por el tribunal (que una persona es acreedora al título) puede incluir el dictado del acto administrativo pero no la confección material del diploma en sede judicial, cuyo cumplimiento debe ser ordenado a la administración.¹²³ Nada impediría, en cambio, que en otros supuestos el tribunal ordenara la producción de los efectos jurídicos correspondientes, p. ej. ordenando al colegio profesional pertinente la inscripción en sus registros del actor al cual se reconoce su derecho al título.¹²⁴ Funciona habitualmente y sin inconvenientes la orden judicial al Registro de la Propiedad para la realización de las anotaciones correspondientes en materia civil y también procesal administrativa, al Registro Civil por los jueces civiles en cuestiones de esa naturaleza, etc.

En cualquier caso, es claro que ninguna ley puede constitucionalmente limitar o eliminar la facultad del juez de hacer cumplir sus sentencias. Una de tales facultades, de probada eficacia en la experiencia, es la de imponer multas personales o *astreintes* a los funcionarios que tienen a su cargo la realización de la actividad material necesaria para cumplir la sentencia.¹²⁵ Claro está, las *astreintes* deben guardar alguna razonable proporción con el sueldo o los bienes personales del agente para no caer en desproporcionalidad. En los sueldos del magro comienzo del siglo XXI en la Argentina, en la Provincia de Buenos Aires, suele observarse que \$ 50, o sea alrededor de 16-18 € o U\$S de multa diaria para el caso de incumplimiento de la decisión judicial por un funcionario determina-

¹²² CSJN, HERNÁNDEZ, *ED*, 108: 586, con notas de BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

¹²³ Comp. MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, t. II, p. 910. Lo mismo ocurriría si se impidiera a una persona ejercer la profesión mientras se discute el ámbito de aplicación del título, como lo resolvió la CCivil, Com. y Laboral de Rafaela, en *Enrique de Tita, Daniela c. Colegio de Psicopedagogos de la Provincia de Santa Fe, LL Litoral*, 1997: 1015, que hemos incluido con otras medidas autosatisfactivas en “Los grandes fallos de la actualidad,” *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, 2ª ed., cap. XI.

¹²⁴ Si es que todavía subsiste el sistema de reconocer a los títulos profesionales directo carácter habilitante *ad vitam*, contra toda la cambiante realidad que indica a las claras la irrazonabilidad y el disvalor de semejante alcance. Pero eso, claro está, es otra cuestión.

¹²⁵ Ver nuestro artículo “Hay jueces en la Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.”

do, es suficiente para lograr el efecto deseado de que el acto sea materialmente cumplido por el funcionario que debe hacerlo. Que la multa diaria sea chica es una garantía de cumplimiento; si es muy grande, incita a mayor desobediencia y eventual revocación en instancias superiores. Hemos visto así incumplida una multa diaria de \$ 3.000, o sea aproximadamente mil euros o dólares. Cuando la *astreinte* no logra el objetivo buscado de hacer cumplir la decisión judicial, es que se ha errado por lo alto o por lo bajo en la fijación de la multa. Como se trata de medidas provisionales, nada impide ajustarlas en uno u otro sentido hasta lograr el efecto deseado.

Otra forma de ir cambiando de a poco la cultura autoritaria de la administración es incrementando el número de tribunales administrativos que ejercen la facultad de dictar el primer acto administrativo.¹²⁶

15. *La sustitución judicial a la ejecutoriedad administrativa*

El derecho va evolucionando lentamente, en nuestro país, hacia el cambio de algunos paradigmas de antaño. Algunas afirmaciones dogmáticas y autoritarias de larga data van poco a poco sufriendo la erosión que la realidad y la razón les van mostrando. En este caso se trata de la supuesta ejecutoriedad genérica que algunos autores postulan como facultad administrativa, sin intervención judicial.¹²⁷

Existe un caso, en efecto, en que la administración, en lugar de dictar un acto de remoción de un ex concesionario, con fuerza ejecutoria propia,¹²⁸ se presenta a la justicia solicitando que ella dicte el acto.¹²⁹ No hay estrictamente sustitución de un acto administrativo, pues el acto administrativo no se dicta: se le pide a la justicia el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva,¹³⁰ sea que lleve esa denominación o no.

¹²⁶ Ya existen algunos, como el tribunal administrativo de la navegación, el de defensa de la competencia, los de defensa del consumidor, etc. Hemos hecho la propuesta en nuestro art. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo”, en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

¹²⁷ *Supra*, cap. V, § 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción.”

¹²⁸ Utilizando el postulado doctrinario de la autotutela del dominio público.

¹²⁹ En el orden nacional existe un procedimiento específico al efecto, el decreto-ley 17.091, aplicable a las concesiones y permisos. Ver GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992. La CSJN lo consideró constitucional, a pesar de que el juez ordena el desalojo sin dar traslado a la contraparte: *Fallos*, 271: 229; 283: 231; 295: 1005; 301: 1028; 302: 998; 305: 932; 307: 1173. Para los intrusos se aplica el interdicto de recobrar: CNFed. CA, Sala III, *FE. ME. SA., LL*, 1995-E, 491. Ver GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 14, “Intrusos y ex concesionarios en inmuebles del Estado,” pp. 59-61.

¹³⁰ Ver *Ente Administrador Puerto de Rosario c. Puerto Rosario S.A. o Enapro c. Prosa*, año 2000, Juzg. Civil y Com. n° 1, Rosario, firme, *LL*, 2000-C, 766, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “La extinción concesional con fundamento en la realidad social.”

Es un camino a seguir cuando el poder concedente considere necesario rever algunos aspectos de la concesión. Si lo hace unilateralmente en sede administrativa y resuelve que su acto sea inmediatamente operativo, el afectado puede obtener una medida cautelar en una acción ordinaria o en un amparo. Aunque en segunda instancia se revoque, es un revés político que puede incluso influir en los mercados. Si en cambio el poder concedente o el ente de control pide exactamente lo mismo en sede judicial y lo obtiene, ello carece de repercusión bursátil. Es la justicia que así lo ha resuelto, en el normal funcionamiento de un Estado de Derecho.

El interesado puede sin duda apelar¹³¹ pero no puede en cambio pedir una medida cautelar ni interponer una acción de amparo contra la medida judicial. Lo cual demuestra una vez más la prudencia de no postular una ejecutoriedad genérica del acto administrativo, tal como ya explicamos.¹³² Es un recargo de tareas para el Poder Judicial, pero ello fortalece el régimen democrático.

16. *La reelaboración*¹³³ *del acto*

Puede ocurrir que la administración siga considerando, después de la anulación de su acto, que subsisten motivos suficientes para haberlo dictado.

Nada le impide volver a hacerlo, siempre que ahora sí cumpla adecuadamente con todos los pasos que antes incumpliera. No se aplica a ello el límite de la cosa juzgada, ni hay tampoco un principio, como en derecho penal comparado, de interdicción de la *double jeopardy*. Si la decisión se fundó en un motivo erróneo o insuficiente, puede después fundarse en un motivo válido,¹³⁴ previa audiencia del interesado, dictamen jurídico previo y con adecuada motivación o fundamentación en el instrumento mismo del acto.¹³⁵ Habrá que cuidar, por supuesto, no incurrir en desviación del poder; un nuevo incumplimiento de formas o de procedimiento puede ser generalmente una confesión de parte.

El caso guarda similitud con otras situaciones posteriores a la sentencia judicial. Se ha dicho que si la justicia rechaza la impugnación contra el acto, ello hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia de los vicios considerados, pero que no impide una ulterior revocación por ilegitimidad dimanada de *otros* vicios.¹³⁶ Y

¹³¹ Y hasta es posible que no lo haga, como en el caso relatado en la nota precedente.

¹³² Ver *supra*, cap. V, § 7, § 7.1, § 7.2, § 7.3, § 7.4, § 7.5, § 7.6.

¹³³ Hay distintas formas de denominar situaciones de esta índole: reproducción, renovación, *réfection*, etc., aunque no son todas equivalentes. Ver ARGENIO, C., "Rinnovazione dell'atto amministrativo in sede di ottemperanza in relazione al giudicato di annullamento dei provvedimenti negativi," en AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, Milán, Giuffrè, 1994.

¹³⁴ El cual puede tanto ser preexistente al primer acto como posterior a él, ya que ahora se dicta un acto nuevo.

¹³⁵ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 278, nota 8; *Clinique du Chablais, RDP*, 1964, 705, con nota de WALINE; conclusiones de BRAIBANT en *Mailloux, AJDA*, 1959, II, 261; WEIL y LIET-VEAUX, *JCA*, 665, § 137 y ss., "Ce que l'Administration a la faculté de faire ou de ne pas faire après annulation."

¹³⁶ FRAGOLA, *Gli atti amministrativi, op. cit.*, p. 196.

está también la controversia que surge del art. 18 del decreto-ley, en el sentido de si el acto que confiere derechos y tiene estabilidad también se puede revocar por motivos, sobrevinientes o no, de inoportunidad,¹³⁷ o distinta evaluación de las circunstancias de hecho originarias.

17. *El acto expresamente sujeto a sustitución o reforma*

Un caso distinto del explicado en el punto anterior es aquel en que un funcionario es dado de baja invocando normas sobre racionalización administrativa, pero sujeto expresamente a la condición de que el pago de la indemnización queda supeditado a las resultas del sumario administrativo que se instruye y de la causa penal en trámite. Una vez terminado el sumario —con participación del interesado— la administración, si considera que el ex agente estaba incurso en las causales de cesantía, puede transformar el primer acto en la segunda. Ello es así por cuanto el primer acto dictó una separación *sub conditione*, y fue consentido por el interesado. Lo que estaba resuelto era la separación del cargo, quedaba pendiente determinar si era como medida de economía administrativa o como sanción disciplinaria: En el primer caso se pagaría la indemnización prevista en la norma, en el segundo no. Concluido el sumario la administración resolvió, en un caso confirmado por la justicia, que le hubiera correspondido la exoneración y en su consecuencia no pagar la indemnización por baja presupuestaria. Es de hacer notar, en todo caso, que este tipo de medida posterior a la separación del cargo es impugnabile en sede judicial y, a diferencia del caso anterior, el tribunal entra al fondo del asunto.¹³⁸

¹³⁷ *Supra*, cap. VI, § 10, “Excepciones a la estabilidad.”

¹³⁸ CNFed CA, Sala I, *Fedullo, LL*, 2001-C, 342, año 2000.

CAPÍTULO XIII

EXTINCIÓN

SUMARIO

| | |
|---|---------|
| I. <i>Introducción</i> | XIII-1 |
| 1. Concepto de extinción | XIII-1 |
| II. <i>Extinción de actos ilegítimos</i> | XIII-2 |
| 2. Distintos supuestos..... | XIII-2 |
| 3. Anulación y revocación por ilegitimidad | XIII-3 |
| 3.1. Terminología | XIII-3 |
| 3.2. La suspensión como extinción..... | XIII-5 |
| 4. La ilegitimidad sobreviniente | XIII-6 |
| 4.1. Por cambio en el ordenamiento..... | XIII-6 |
| 4.1.1. Límites de la ilegitimidad sobreviniente..... | XIII-7 |
| 4.2. Por un cambio en la realidad | XIII-7 |
| 4.3. Necesidad de pronunciamiento expreso | XIII-8 |
| 4.4. Comparación con la revocación por inoportunidad..... | XIII-9 |
| 4.4.1. Autoridad competente..... | XIII-9 |
| 4.4.2. Caducidad y prescripción..... | XIII-10 |
| 4.4.3. Indemnización | XIII-10 |
| 4.5. Efectos en relación al tiempo | XIII-10 |
| 4.6. El caso de los actos precarios | XIII-11 |
| 4.6.1. Cambio normativo | XIII-11 |
| 4.6.2. Cambio fáctico | XIII-12 |
| 4.7. El caso de los actos de conocimiento..... | XIII-12 |
| III. <i>Extinción de actos legítimos</i> | XIII-12 |
| 5. Distintos supuestos..... | XIII-12 |
| 6. Extinción de pleno derecho de actos legítimos | XIII-13 |
| 6.1. Cumplimiento | XIII-13 |

| | |
|--|---------|
| 6.1.1. Cumplimiento del término | XIII-13 |
| 6.1.2. Cumplimiento del objeto | XIII-13 |
| 6.1.3. Cumplimiento de la condición | XIII-14 |
| 6.2. Imposibilidad de hecho | XIII-15 |
| 6.2.1. Falta de sustrato personal | XIII-16 |
| 6.2.2. Falta de sustrato material | XIII-16 |
| 6.2.3. Falta de sustrato jurídico..... | XIII-17 |
| 7. Extinción de actos legítimos dispuesta por acto administrativo..... | XIII-17 |
| 7.1. Caducidad..... | XIII-17 |
| 7.2. Desuso..... | XIII-19 |
| 7.3. Revocación por razones de oportunidad..... | XIII-21 |
| 7.4. Rescate..... | XIII-22 |
| 8. Extinción por el particular de actos legítimos..... | XIII-23 |
| 8.1. Renuncia..... | XIII-23 |
| 8.2. Rechazo..... | XIII-25 |
| 8.3. Actos contractuales | XIII-26 |

Capítulo XIII EXTINCIÓN

I. Introducción

1. Concepto de extinción

La suspensión del acto acarrea la cesación sólo provisional¹ de sus efectos jurídicos. En cambio la extinción implica la cesación definitiva de ellos y del acto. La modificación del acto,² por su parte, no hace cesar los efectos sino que los transforma o cambia en algún sentido determinado. Dado que lo tipificante del acto administrativo es su calidad de producir efectos jurídicos,³ no parece que puedan imaginarse casos de actos que subsistan sin producir efectos jurídicos. A la inversa, puede ser posible encontrar efectos ultraactivos de actos ya desaparecidos del mundo jurídico.⁴ Pero un acto sin efectos jurídicos no existe ya en el mundo jurídico. Cabe por fin preguntarse si un acto puede encontrarse en una suerte de vida vegetativa,⁵ de la cual pueda o no surgir. Es el interrogante que se les plantea a muchas administraciones públicas cuando advierten, tar-

¹ Por ello una suspensión indefinida o muy prolongada constituye una extinción encubierta del acto: STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, *op. cit.*, p. 246; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, 19ª ed., p. 341. La Procuración del Tesoro de la Nación en *Dictámenes*, 82: 298, ha dicho que no era admisible la suspensión *sine die* de una decisión: *infra*, § 3.2, "La suspensión como extinción," p. XIII-5.

² Lo tratamos *supra*, cap. XII. Es un tema con progresivo desarrollo judicial, p. ej. a) invalidando cláusulas desproporcionadas en un contrato: *supra*, t. 2, cap. III, § 6.6, "El caso del ciudadano Gambier. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos," caso *Torello*, b) reduciendo multas y otras sanciones administrativas: *supra*, "Introducción," § 8.3. "La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo," notas 100 a 104, etc., p. Int-20/2.

³ Ver MEDAUAR, ODETE, *Da retroatividade do ato administrativo*, San Pablo, Max Limonad, 1986, p. 15 y sus referencias comparadas.

⁴ Ver FERNANDEZ DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Ato administrativo*, San Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, pp. 85-6. Es el caso de una designación honoraria, una mención, un premio.

⁵ El recurso al concepto de vida biológica es una licencia que también utilizan PICCININI GARCÍA, DORIS, *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 63; FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1964, 2ª ed.; ALESSI, RENATO, *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1956, 2ª ed., pp. 105-6.

díamente, que adjudicaron a la oferta económica más conveniente pero resulta luego ser una oferta aventurera, no sería. Al poco tiempo deben extinguir por caducidad el vínculo con la empresa incumplidora. Allí se preguntan si pueden tardíamente adjudicar a la siguiente oferta en el orden de méritos, si ésta todavía mantiene su oferta originaria. Una situación parecida se presenta cuando adjudican a la mejor oferta sólo parcialmente y luego piensan que podrían con provecho adjudicarle el resto, a veces casi pasado un año de la primigenia adjudicación. Si no hay elementos de juicio para dubitar la sinceridad y honestidad de la administración, la respuesta afirmativa se impone.⁶ Un acto que designa a una persona para una función pública, puede dejar de producir ese efecto en forma definitiva y por lo tanto extinguirse, por exoneración, cesantía, renuncia, muerte, incapacidad, revocación, anulación, supresión del cargo, etc. Estos supuestos deben ser distinguidos entre sí, pero tienen un vínculo común. En todos esos casos el acto queda extinguido y deja de producir efectos jurídicos. Sea que se lo pronuncie extinguido o no por acto expreso, al terminarse sus efectos jurídicos él carece de vida desde el punto de vista del derecho y debe por tanto considerarse extinguido desde un punto de vista práctico. Lo mismo si el acto ha agotado sus efectos jurídicos por cualquier otro motivo. Con todo, ha de advertirse que para algunos autores la extinción se refiere a los casos en que el acto es voluntariamente *retirado* (es decir, retirado por acto de la administración) del campo jurídico, por circunstancias no consideradas ni advertidas en el momento de emisión del mismo; en ese criterio la extinción del acto se diferenciaría de la cesación de los efectos, p. ej., cumplimiento del término o del objeto. Pero no creemos que sea una distinción vital. Por fin, ya vimos que la división usual en extinción por *razones* de legitimidad y de oportunidad es por sí sola insuficiente,⁷ puesto que hay otros supuestos que no encuadran en esa división; en consecuencia, consideramos preferible clasificar la extinción según que afecte a actos ilegítimos y legítimos, como se verá a continuación.

II. Extinción de actos ilegítimos

2. Distintos supuestos

La extinción de actos ilegítimos puede referirse a una ilegitimidad originaria del acto, o a una ilegitimidad sobreviniente, por un cambio en el ordenamiento jurídico que torna inválido un acto que nació válido bajo un régimen anterior. A su vez, en cada caso y dependiendo de la gravedad de la infracción al ordenamiento jurídico, podemos distinguir:

⁶ Dice PICCININI GARCÍA, *op. cit.*, p. 74, refiriéndose a otro supuesto, “el acto sólo puede viciarse en el momento de su emisión,” “una vez emitido, queda estático y solamente son sus presupuestos y sus efectos los que, por ser esencialmente dinámicos, pueden variar, dada la ocurrencia de determinadas circunstancias supervinientes.”

⁷ Cap. XII, § 1 y 2.

A) *Ilegitimidad originaria*: a) actos anulables; b) actos nulos; c) actos inexistentes. B) *Ilegitimidad sobreviniente*: a) actos anulables; b) actos nulos.

La clasificación se puede efectuar a la inversa, sin alterar su significado: A) *Actos anulables*: a) ilegitimidad originaria; b) ilegitimidad sobreviniente. B) *Actos nulos*: a) ilegitimidad originaria; b) ilegitimidad sobreviniente. C) *Actos inexistentes*: la inexistencia es siempre originaria, como regla de carácter general. Ya hemos visto que los actos inexistentes son constatados o declarados por cualquier autoridad, judicial o administrativa, lo que no tiene término ni prescripción y es retroactiva. Hemos visto que los actos anulables, si reúnen los requisitos de la estabilidad, en ciertas circunstancias⁸ no pueden ser revocados por la administración pero sí anulados por la justicia, si son impugnados por el particular dentro del término de caducidad o detectados por la administración dentro del término de prescripción de dos años; en caso de declararse la extinción ella es constitutiva y produce efectos sólo para el futuro. Los actos nulos pueden ser extinguidos tanto por la propia administración (si no han comenzado a producir efectos, art. 17 *in fine*) como por la justicia, antes sin término y por el nuevo art. 4023 del Código Civil con un término de prescripción de diez años;⁹ los efectos de la anulación pueden ser retroactivos.

3. Anulación y revocación por ilegitimidad

3.1. Terminología

Existe mucha divergencia terminológica en cuanto al sentido con el cual cabe utilizar las expresiones revocación y anulación. A nuestro modo de ver, no puede con la sola utilización de tales expresiones pretenderse abarcar tanto lo referente al órgano que emite el acto, los motivos porque lo hace, el efecto que tiene en relación al tiempo el acto de extinción, etc. En efecto, existen por lo menos tres grandes grupos de estipulaciones existentes en derecho administrativo, a más de la que adoptamos en el texto. a) Si se toma en cuenta únicamente el fundamento de la extinción, se llamará revocación a la extinción dispuesta por razones de *oportunidad* y anulación a la dispuesta por razones de *legitimidad*, sean cuales fueren los órganos que las dispongan. En esta terminología, si la administración extingue un acto suyo inválido, ello es anulación o invalidación.¹⁰ b) Si se toman en cuenta simultáneamente las *causas* de la extinción y el *momento* en que se dan, puede decirse que revocación es el retiro de un acto que *nació válido* (y

⁸ Que explicamos *supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

⁹ Como el lector recordará, no estamos incluyendo a los reglamentos en este análisis. Para ellos no hay plazo de impugnación dado su carácter general. También se aplican al acto singular los plazos de caducidad cuando el impugnante es un particular, como vimos en el cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

¹⁰ GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 4ª ed., 1966, pp. 543-4; MEEHAN, JOSÉ HÉCTOR, “Revocación de los actos administrativos,” *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXI, p. 168.

que, entonces, se revoca por inoportunidad originaria o sobreviniente, o porque luego se tornó inválido) y la anulación o invalidación el retiro de un acto que *nació inválido*.¹¹ c) Pueden hacerse otras combinaciones y decir que anulación es la extinción de un acto por una causa originaria, sea ella de legitimidad o de mérito y revocación la extinción por una inoportunidad sobreviniente.¹² Dentro de ese complejo sistema de opiniones preferimos decir, con una parte importante de la doctrina, que la revocación es la extinción por la propia administración y anulación la extinción por la justicia;¹³ ésta es también la terminología legal.¹⁴

Distinguimos luego, al igual que el art. 18 del decreto-ley 19.549/72, según que la revocación (dispuesta entonces por la administración) se fundamente en razones de legitimidad o de oportunidad; la anulación, desde luego, sólo procede por motivos de legitimidad,¹⁵ aunque existen normas supranacionales que hacen de la eficiencia del gasto público una condición de su validez.¹⁶ Dentro de cada situación se distingue si la ilegitimidad o inoportunidad es originaria o sobreviniente, es decir, si nació con el acto o luego de entrado él en vigencia.

¹¹ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, p. 303; pero modifica este concepto en *Derecho administrativo, op. cit.*, t. II, 1ª ed., p. 304.

¹² ALESSI, RENATO, *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1956, p. 28 y ss., especialmente p. 31. Para este autor, *op. cit.*, pp. 33-9, la inoportunidad originaria del acto es un vicio de mérito y por ello habla de anulación en tal caso, limitando la revocación a la inoportunidad por motivos surgidos posteriormente al acto. En sentido similar, CAMPAZ, WALTER, *Revogação dos atos administrativos*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1983, pp. 56-7.

¹³ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 518; BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 97 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, "Extinción del acto administrativo creador de derechos," trabajo presentado al *Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política*, Buenos Aires, 1960, p. 61 y ss., p. 64 y ss.; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, 2ª ed.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 569 y ss. Sobre el concepto de administración reiteramos que lo usamos en el sentido de órgano que actúa en ejercicio de la función administrativa: t. 1, cap. IX, "Las funciones del poder." Ver también BREWER CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 141; LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975, 3ª ed., p. 205.

¹⁴ Nuestra opción terminológica fue recogida por el decreto-ley 19.549/72. Ver también CANDA, FABIAN OMAR, "La suspensión del acto administrativo estable," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 106 y ss., p. 108, nota 6.

¹⁵ Pero ello comprende tanto las facultades regladas como las discrecionales (control de la razonabilidad, desviación de poder, etc.), según hemos explicado *supra*, t. 1, cap. X, "Clasificación jurídica de la función administrativa," secc. II, "Facultades regladas y discrecionales de la administración," § 10, "Introducción" y ss.

¹⁶ Nos remitimos a nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091, reproducido con modificaciones en "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

A la revocación por razones de oportunidad ya la tratamos;¹⁷ la revocación y anulación por motivos *originarios* se analizó¹⁸ referente a las nulidades del acto administrativo; toca ahora considerar la revocación y anulación por vicios *sobrevenientes*, aclarando que se trata ya de formas de menos importancia práctica.

Lo sustancial es en realidad la anulación o revocación por inexistencia, nulidad o anulabilidad *originaria*, lo que ya fue explicado en su lugar.

3.2. *La suspensión como extinción*

Ya hemos visto que la administración gusta de algunas formas de desviación de poder y de simulación. No pudiendo dejar cesante a un agente, lo declara prescindible por razones de reorganización administrativa, con indemnización. Si la maniobra es muy clara, la justicia lo anula.¹⁹ Si es prolija, se dirá que bastó con *invocar* razones de servicio, no siendo necesario alegarlas ni probarlas.²⁰ Otra forma desviada de comportamiento que ha sido admitida, es declarar, cuando el agente ya no es empleado público, que si lo fuera lo dejaría cesante.²¹ Una variante de estos comportamientos la da el caso en que el orden jurídico le prohíbe revocar el acto en sede administrativa.²² No es uniforme la opinión acerca de si no pudiendo revocar puede en cambio suspender.²³ Claro está, si la suspensión es *sine die* es demasiado obvio que constituye una extinción bien poco encubierta del acto estable y por ende nula.²⁴ Se propone entonces que, dado que para ser válida debe tener plazo, éste sea el genérico del decreto-ley 19.549/72, o sea diez días hábiles administrativos.²⁵ En tal criterio, parecería de todos modos que la suspensión sólo puede ser dispuesta una única vez. Vencido el plazo de la suspensión, el único modo de suspenderlo nuevamente es iniciando la acción judicial contra el acto que declara derechos subjetivos.

¹⁷ Ver *infra*, § 7.3, “Revocación por razones de oportunidad;” *supra*, cap. VI, § 10, “Excepciones a la estabilidad.”

¹⁸ Ver *supra*, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

¹⁹ *Supra*, cap. IX, § 6, “Desviación de poder” y notas 6.5, 6.6, 6.7 y 6.14.

²⁰ Ver *supra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación,” nota 6.28.

²¹ Ver CNFed. CA, Sala I, *Etchegaray, LL*, 1975-B, 769; *supra*, cap. VIII, § 7, “Imposibilidad de hecho,” pp. VIII-20/1.

²² Es la estabilidad del acto administrativo, que explicamos en el cap. VI.

²³ Nos hemos pronunciado por la negativa en el cap. VI, § 7.2.2, “La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable” en cuya nota 60, p. VI-13, hacemos una reseña de los criterios.

²⁴ En este punto hay unanimidad: PTN, *Dictámenes*, 82: 298; 114: 84; CNFed. CA, Sala I, *Vizcarra, LL*, 1995-E, 486, con nota en igual sentido de REJTMAN FARAH, MARIO, “Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita (una sentencia saludable);” CANDA, FABIÁN OMAR, “La suspensión del acto administrativo estable,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 106 y ss., pp. 116-8 y desde luego, los demás autores citados en la p. VI-13, nota 60.

²⁵ CANDA, *op. cit.*, p. 120. Este autor agrega que ello no amenaza las garantías del individuo, porque el acto debe cumplir los requisitos que le manda el decreto-ley. Pero esto no es una garantía fuerte cuando solamente se anula el acto cuando tiene varios vicios y además graves.

4. La ilegitimidad sobreviniente

4.1. Por cambio en el ordenamiento

Un acto que nació válido puede tornarse inválido por un cambio en el ordenamiento jurídico.²⁶ un permiso para portar armas, si luego la portación de armas es prohibida; un registro de conductor expedido a una persona de determinada edad, si luego se prohíbe conducir a personas de esa edad; un nombramiento vitalicio, si más tarde la ley limita su duración; la habilitación de un negocio para vender artículos de estruendo, si después se prohíbe su fabricación y venta; la autorización para instalar determinado comercio, si luego la zona se declara destinada a vivienda, etc.

Algo parecido ocurre en ordenamientos normativos *de facto*, que son ilegítimos *ab initio*, aunque se les reconozca eficacia. Cesado el gobierno *de facto* y restablecido el orden constitucional, la jurisprudencia clásica de la CSJN les reconocía ultraactividad hasta que una norma superior los derogara. Distinta ha sido la solución en el orden local con motivo de la usurpación de las atribuciones legislativas de los Consejos Deliberantes por el Poder Ejecutivo provincial y su delegación a los intendentes locales: se ha considerado “que como consecuencia de ese restablecimiento institucional ha sobrevenido la derogación tácita de esa normativa *de facto*,” pues aquella “normativa propia no puede tener ultraactividad a partir del restablecimiento de las instituciones de nuestro régimen republicano de gobierno.”²⁷ Otras veces la ilegitimidad sobreviniente aparece por una nueva visión política y jurídica sobre un fenómeno acaecido antes de la nueva norma.²⁸

Hay otra situación en que se ha resuelto que el acto nacido válido deviene posteriormente ilegítimo y se considera extinguido. Se trata del nombramiento de un agente de planta estable, que se extingue cuando el funcionario acepta un cargo superior que carece de estabilidad (en la especie, Secretario Tesorero de un Municipio), si la nueva designación se hace sin reserva del cargo anterior. Se ha entendido en tal caso que dado que atenta contra la prohibición de acumulación de cargos, el primer nombramiento se extingue con la aceptación del segundo.²⁹

²⁶ PTN, *Dictámenes*, 89: 446, ha dicho que no por un cambio en los hechos, sin perjuicio de que pueda extinguirse *ipso jure* (*infra*, § 7) o en su caso revocarse por inoportunidad (*infra*, § 7.3; cap. VI). Con todo, la premisa de la PTN es errónea, como se advierte *infra*, § 4.2, “Por un cambio en la realidad” y lo vimos antes en el cap. VI, § 10.2.6, “La revocación de la autorización para funcionar.”

²⁷ Fallo del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires, *in re Servicios Sanitarios de Quilmes*, ejercicio de 1983, transcripto en SALOMONE, RICARDO L., “Las ordenanzas generales,” *RAP*, 139: 25, 28, Buenos Aires, 1990.

²⁸ Es lo que ocurre con los actos constitutivos de delitos cometidos en ocasión del ejercicio de funciones militares, que antiguamente conllevaban la jurisdicción administrativa castrense (CSJN, *Fallos*, 304: 637 y otros) pero que para algunos delitos la tienen luego prohibida: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de Personas, art. IX; CNFed. Crim. y Correc., Sala I, *Videla*, año 1999, *LL*, 2000-A, 285, 287.

²⁹ ST Misiones, *Acuña*, 1998, *LL Litoral*, 1999-343; *LL*, 2000-A, 575.

La solución es clara en un ascenso en la carrera. Lo mismo ocurre si un profesor adjunto gana un concurso de profesor titular y es designado: El segundo nombramiento en la misma materia, con más jerarquía y estabilidad, extingue el primero. Sin embargo, pareciera que si un profesor adjunto regular, por concurso, acepta su designación como profesor titular interino, no necesita que el nuevo nombramiento haga expresa reserva para retener el cargo anterior y volver a él en caso de cesar en el interinato. Lo que suele hacerse en la administración es pedir y obtener licencia en el cargo estable “por función de mayor jerarquía.” Pero si esto no se hace y la nueva designación no efectúa la expresa reserva del cargo, es innecesario rigor formal resolver que el primer acto queda extinguido de pleno derecho. La solución debiera haber sido que el acto quedaba suspendido de pleno derecho mientras durara la nueva función, o que el nuevo nombramiento importaba el otorgamiento implícito de una licencia en el anterior.³⁰

4.1.1. *Límites de la ilegitimidad sobreviniente*

No toda modificación posterior del ordenamiento jurídico es apta para afectar a los actos o situaciones jurídicas nacidos al amparo de normas anteriores. Si una persona tenía, conforme a las normas de la ordenanza general universitaria, un derecho adquirido a la entrega de una medalla de oro y un diploma, que fué reconocido mediante resolución del Consejo Directivo de la Facultad, es nula la resolución del rector que le niega la medalla fundándose en una posterior resolución del Consejo Superior que reemplaza aquel derecho por la simple entrega de un diploma de distinción.³¹

4.2. *Por un cambio en la realidad*

Hemos visto el supuesto de un acto que nació válido pero luego deviene ilegítimo por un cambio en el orden jurídico. Pero la ilegitimidad sobreviniente puede también provenir, no ya de un cambio normativo, sino de una modificación de la situación fáctica. Así, un acto dictado válidamente bajo circunstancias excepcionales que le daban sustento fáctico, deja de ser legítimo cuando retorna la normalidad.³² Un permiso de tenencia y portación de armas otorgado a una persona sin antecedentes penales, deviene ilegal cuando la persona es posteriormente condenada por delito cometido con armas de fuego.³³ Un permiso de conducir

³⁰ Si el cargo anterior era interino, aunque se le diera en forma expresa licencia extraordinaria con retención del cargo para ocupar otro puesto superior sin estabilidad, ello no le confiere estabilidad. Puede entonces por acto posterior revocarse la primera designación: SC Buenos Aires, *Barili*, 1998, LL, 2000-B, 295, en voto dividido, con nota de SPACAROTEL, GUSTAVO DANIEL; “Contador de entidad autárquica. Procedimiento de remoción. Estabilidad del contador municipal. Artículo 188 de la ley orgánica municipal.”

³¹ CNFed. CA, Sala IV, *Rizzo*, 1998, LL, 1999-B, 532.

³² CARBAJO, JOËL, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, París, LGDJ, 1980, pp. 202-3 y jurisprudencia que cita.

³³ En sentido similar CARBAJO, *op. cit.*, p. 203.

otorgado a una persona sana deja de ser conforme a derecho cuando esa persona tiene posteriormente una disminución de su capacidad física incompatible con la obtención del permiso.³⁴ En todos estos supuestos existe una facultad reglada y no discrecional: “la administración *debe* revocar las autorizaciones cuando faltan en todo o en parte, en la persona autorizada, las condiciones a las cuales [aquellas] están subordinadas.”³⁵ La doctrina tradicional incluía en un sólo supuesto la extinción del acto por una distinta apreciación ulterior de la conveniencia u oportunidad del acto,³⁶ caso en el cual corresponde indemnizar, con la extinción debida a un cambio en las circunstancias de hecho que daban validez al acto.³⁷ Nos parece, a tenor de los ejemplos que estamos recordando, que en el segundo caso la extinción es por razones de ilegitimidad y no corresponde indemnizar. Hay diversos supuestos previstos en la legislación: se puede revocar en sede administrativa la autorización para funcionar a una entidad financiera por insubsistencia sobreviniente de algunas de las circunstancias tenidas en cuenta originariamente para su otorgamiento (*v.gr.*, efectivo mínimo).³⁸ También se puede revocar, en análoga situación (*v.gr.*, patrimonio mínimo) y con igual alcance, la autorización para funcionar a una entidad aseguradora en general³⁹ o en particular.⁴⁰ Lo mismo ocurre con la autorización para operar en bolsa,⁴¹ etc.

4.3. Necesidad de pronunciamiento expreso

En estas situaciones, el cambio del ordenamiento jurídico o del sustento fáctico hace que el acto deje de ser válido sin quedar sin embargo extinguido. Es necesario entonces, normalmente, pronunciar su extinción, sea por la administración o por la justicia. En el primer caso opera la limitación a la facultad revocatoria de la administración impuesta por la estabilidad del acto administrativo⁴² y también lo relativo a la prohibición de la suspensión *sine die*, que para parte de la doctrina es admisible por el término de diez días,⁴³ desde luego que por única vez.

No creemos que pueda normalmente admitirse la hipótesis de que un acto nacido válido se tornara inexistente por un cambio en el ordenamiento jurídi-

³⁴ HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975, p. 239. La revocación del acto requiere audiencia previa y prueba regularmente producida, concretamente dictamen médico colegiado: HOSTIOU, *op. loc. cit.*, texto y nota 7.

³⁵ Así el caso que recuerda ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, *op. cit.*, p. 78 y nota 19.

³⁶ Ver nuestro artículo “La donación como acto o como contrato administrativo,” *Revista de la Contraloría General*, Costa Rica, San José, 1968, II/8: 5 y ss.

³⁷ MARIENHOFF, MIGUEL S., “Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia,” *LL*, 1980-B, 817.

³⁸ Decreto-ley 21.526/77, art. 41.6; ley 24.485, BCRA.

³⁹ Decreto-ley 20.091, art. 48, Superintendencia de Seguros de la Nación.

⁴⁰ Ley 24.557, Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

⁴¹ Decreto-ley 17.811, Comisión Nacional de Valores.

⁴² Ver *supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

⁴³ *Supra*, § 3.2, “La suspensión como extinción.” Esto es para quienes admiten la suspensión. Otros autores, entre los que nos encontramos, consideran que si no puede revocarse tampoco puede suspenderse.

co. Aún en el caso de grandes cambios (una profunda modificación del sistema urbanístico), entendemos en principio que será necesario que una autoridad declare en el caso concreto si el acto anterior se ha o no tornado inválido en el nuevo ordenamiento jurídico, sin que pueda pensarse que el acto, por ser ahora supuestamente inexistente, deba meramente ser constatado por cualquier órgano administrativo o judicial, sin limitación temporal. Claro está, si se presenta un cambio auténticamente revolucionario en el orden jurídico, como la caída del muro de Berlín, todo el andamiaje preexistente se ve alterado y allí es posible que muchos actos se extingan de pleno derecho.⁴⁴

4.4. Comparación con la revocación por inoportunidad

Parte de la doctrina sostiene que la extinción dispuesta por la administración con fundamento en la ilegitimidad sobreviniente del acto, debe equipararse a la revocación por razones de oportunidad, teniendo por ende efectos *ex nunc*. Sin embargo, parece más exacta la opinión según la cual la extinción sigue siendo de ilegitimidad, pero no por ello necesariamente retroactiva;⁴⁵ por lo demás, es claro que si la administración se niega a revocar el acto por la ilegitimidad sobreviniente, quienes estén afectados por el acto pueden pedir su extinción en vía judicial y ciertamente no puede pensarse que en tal caso el juez haya de anular el acto por razones de oportunidad.

Que la extinción deba o no producir efectos retroactivos, no se relaciona con el fundamento de la extinción; pues ésta, en tanto se fundamente en una discordancia del acto con el orden jurídico, no puede ser sino por razones de ilegitimidad. La razón de la confusión proviene posiblemente del viejo criterio de considerar que la revocación por razones de ilegitimidad produce efectos *ex tunc*,⁴⁶ lo que ya vimos no es necesariamente así;⁴⁷ si se adoptara ese supuesto, claro está, la única forma de poder sostener que en el caso la extinción no es retroactiva, sería decir que es una revocación por razones de oportunidad. Pero ese planteo, que busca acomodar el caso a un preconcepto, no puede ser aceptado, como se advierte fácilmente.

4.4.1. Autoridad competente

La revocación por razones de oportunidad, en base a una ley posterior que la autorice, sólo puede ser dispuesta por la administración, mientras que la extin-

⁴⁴Salvo este supuesto no parece que el cambio normativo extinga *ipso jure* el acto, por una suerte de decaimiento; por su previa presunción de legitimidad se requiere un acto administrativo o judicial que declare la ilegitimidad sobreviniente. Comp. MEEHAN, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁵SANTI ROMANO, *Scritti Minori*, t. II, *Diritto amministrativo*, Milán, 1950, p. 327 y ss. y p. 333.

⁴⁶Entre otros BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 129.

⁴⁷*Supra*, cap. XI y en este mismo cap., § 2, "Distintos supuestos" y sus remisiones; BARRA, "La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración," *ED*, 108: 586.

ción por invalidez sobreviniente también puede ser declarada por la justicia. Es inimaginable una extinción *ipso jure* por razones de oportunidad; en un cambio de régimen político es posible imaginar la desaparición de actos sin el retiro puntual.

4.4.2. *Caducidad y prescripción*

Una diferencia adicional entre revocación por oportunidad y revocación por ilegitimidad sobreviniente, es que la primera no está sujeta a prescripción, pues es una facultad latente en el sistema jurídico (a menos que la ley que autoriza la revocación, en el caso del acto estable, expresamente fije un término a esta atribución). En el caso de la extinción por un cambio en el ordenamiento jurídico, la acción del Estado está sujeta a las reglas generales de la prescripción, a partir del momento en que se produce dicha modificación. En consecuencia, si en virtud del cambio del orden jurídico el acto se torna nulo, la acción para así declararlo prescribe a los diez años o es imprescriptible. No parece posible aplicar aquí la caducidad que utiliza la jurisprudencia, pues no existe un pronunciamiento administrativo singular que se haya notificado y permita computar tal plazo de caducidad. Si el acto es anulable, prescribe a los dos años, aplicando la misma norma general utilizada en materia de tal tipo de actos.⁴⁸ En otras palabras, dado que el vicio no es grave queda saneado con el transcurso del tiempo.

4.4.3. *Indemnización*

La revocación por razones de inoportunidad da derecho a la indemnización,⁴⁹ por tratarse de un derecho válidamente adquirido y amparado constitucionalmente por la garantía de la propiedad. Dentro de nuestro sistema constitucional, no pensamos que una autorización genérica como la prevista en el art. 18 del decreto-ley satisfaga los recaudos de constitucionalidad, según ya lo hemos explicado. La llamada reserva de rescate o revocación por razones de oportunidad, que parte de la doctrina admite,⁵⁰ pensamos que ha sido extinguida como facultad administrativa a partir del entramado que proporcionan los más de cincuenta tratados de protección de inversiones extranjeras, que sientan una verdadera regla general contraria a la nacionalización.⁵¹

4.5. *Efectos en relación al tiempo*

Adoptando pues el criterio de que si cambia el ordenamiento jurídico y en él el acto anterior resulta inválido, la extinción se fundamenta en razones de legiti-

⁴⁸ Ver *supra*, cap. XI, "Sistema de nulidades del acto administrativo."

⁴⁹ Si no se da el supuesto de excepción antes mentado.

⁵⁰ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 360.

⁵¹ Ver el listado que hacemos *supra*, t. 2, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional."

midad y no de oportunidad, puede advertirse que los efectos de la extinción (*ex nunc* o *ex tunc*) dependen del grado de invalidez en que el nuevo ordenamiento o la nueva realidad suma al acto anterior. Si se trata de una grave ilegitimidad y el acto puede estimarse nulo, entonces la declaración de esa ilegitimidad tiene que tener, a nuestro modo de ver, efectos retroactivos a la fecha en que el ordenamiento cambió (no, desde luego, al nacimiento del acto, *sino al nacimiento de la nulidad del acto*). Si la disparidad del acto con las nuevas normas imperantes o con la nueva situación fáctica es menos grave y el acto puede entonces considerarse meramente anulable, entonces sí el acto de extinción habrá de tener efectos *ex nunc*.

Tratándose de actos estables, la revocación por razones de oportunidad ha de fundarse en una ley que *autorice* (para el futuro) la revocación y por ende produce siempre efectos *ex nunc*; en cambio, en el mismo caso, si una modificación del ordenamiento jurídico o en la realidad transforma en nulo el acto, puede ocurrir que la extinción de sus efectos no se produzca al dictarse el acto de revocación o anulación, sino que deba serlo retroactivamente al momento del cambio fáctico o jurídico.⁵²

4.6. *El caso de los actos precarios*

4.6.1. *Cambio normativo*

Tratándose de actos precarios, el cambio en el ordenamiento jurídico también puede producir, según los casos, la anulabilidad o la nulidad del acto y consecuentemente podrá corresponder su extinción retroactiva al cambio o por el contrario constitutiva al momento de ser pronunciada. A diferencia de la revocación por oportunidad, puede ser declarada también por la justicia; a semejanza de dicha especie de revocación, no procede la indemnización a menos que el cambio pueda estimarse intempestivo o arbitrario. Sin embargo, ha de notarse que en la práctica existirá mayor rigidez para juzgar la arbitrariedad de un acto concreto revocatorio de un acto precario, que la modificación de una norma general que dé como resultado la nulidad del acto precario.

Es una nueva aplicación, obviamente, del diferente funcionamiento del régimen jurídico de los actos individuales y generales, que ya explicamos oportunamente.⁵³ Si un agente de policía arbitrariamente revoca un permiso de estacionamiento conferido a un particular, éste podría eventualmente obtener una condena de la conducta administrativa. Distinta es la situación si una municipalidad de manera arbitraria cambia las normas de estacionamiento y torna así ilegítimos

⁵² MEEHAN, *op. loc. cit.*

⁵³ Nos remitimos a lo ya desarrollado *supra* en el cap. IV, "Actos, reglamentos y contratos administrativos," § 5, "Diferencias en el régimen administrativo de los reglamentos y actos concretos, §5.1, "Notificación y publicación," a § 5.16, "Primeras conclusiones" y § 6, "La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología."

los permisos conferidos: allí es difícil que se obtenga una reparación fundada en el cambio del ordenamiento jurídico.

4.6.2. *Cambio fáctico*

También puede ocurrir que se otorgue un permiso de ocupación del dominio público, p. ej. una playa, sobre la base de que no obstaculiza el acceso público al agua, no afecta las obras de defensa ribereñas o costeras, etc. Si estas circunstancias de hecho cambian posteriormente por un hecho de la naturaleza, el permiso cesa de tener sustento fáctico suficiente y deviene en su consecuencia ilegal.⁵⁴

4.7. *El caso de los actos de conocimiento*

A veces la administración debe certificar cuáles son las circunstancias de hecho o de derecho en determinado momento.

Un caso típico son los certificados de libre deuda, que la administración expide cuando considera que no existen tributos, sanciones u otro tipo de deudas pendientes, para la transmisión del dominio de un automotor, un inmueble, etc. Los certificados de dominio del Registro de la Propiedad cumplen la misma función. En todos estos casos parece claro que la competencia del órgano se agota en la constatación de las condiciones de existencia y ejercicio del derecho constitutivo del acto.⁵⁵ No sería concebible una revocación por defecto en la constatación,⁵⁶ ni tampoco por un cambio ulterior en la realidad o el derecho. El acto no pretende tener otro efecto que la constatación de una circunstancia en determinado momento. Si la constatación fué errada, corresponderá indemnizar el daño ocasionado, pero ya no es posible modificar ni extinguir el acto. Él se encuentra agotado.

III. *Extinción de actos legítimos*

5. *Distintos supuestos*

Dentro de la extinción de actos legítimos, distinguimos los casos en que la extinción se produce de pleno derecho, de los casos en que debe ser pronunciada por la administración o,⁵⁷ por fin, puede ser declarada por el particular:

⁵⁴ CARBAJO, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁵ PERINI, MICHELE M.G., *Osservazioni sull' accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1957, p. 61 y autores que cita en nota 4: SANDULLI, LUCIFREDI, SANTI ROMANO, VITTA. En contra FRAGOLA, *Gli atti...*, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁶ PERINI, *op. loc. cit.*

⁵⁷ Usamos esta expresión por su comodidad pero va de suyo que, de la misma forma que definimos al acto administrativo como aquel realizado "en ejercicio de la función administrativa" así también la extinción a que ahora nos referimos es la realizada por acto administrativo, sea que él emane de un órgano administrativo o de uno judicial o legislativo en ejercicio de la función administrativa (*supra*, cap. I). Lo dicho es también aplicable a la revocación en sus diversas especies (§ 3. y 8.3.), que conceptuamos emanada "de la administración" en el sentido de "órgano que actúa en ejercicio de la función administrativa." Comp. MEEHAN, *op. cit.*, pp. 155, 161.

A) *De pleno derecho*: a) Cumplimiento del objeto, del término o de una condición resolutoria; b) imposibilidad de hecho, esto es, imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del acto.

B) *Dispuesta por acto administrativo*: a) Por causa del incumplimiento culposo por parte del individuo obligado por el acto: es la caducidad; b) por causa del no uso (desuso) por parte del interesado, de un derecho que el acto le acordaba; c) revocación por razones de inoportunidad, que a su vez pueden ser originarias o sobrevinientes.

C) *Declarada por el particular*: a) La renuncia, en cuanto voluntaria declinación por el interesado, de los derechos que el acto le acuerda; b) la no aceptación o rechazo, en aquellos actos que requieren del consentimiento del particular para ser eficaces, tales como premios, becas, etc.

6. Extinción de pleno derecho de actos legítimos

6.1. Cumplimiento

Es una causal obvia de extinción de los actos administrativos, un modo normal de cesación de sus efectos⁵⁸ y puede referirse tanto al cumplimiento del término, del objeto o de una condición resolutoria.⁵⁹

6.1.1. Cumplimiento del término

Si se otorga una licencia por un período determinado, transcurrido éste ella cae de pleno derecho, sin necesidad de declaración alguna expresa en dicho sentido por parte de la administración. En igual situación se encuentra el acto que confiere una beca por un determinado tiempo, un permiso provisional para conducir por un lapso preestablecido, etc.⁶⁰

El período de vigencia del acto puede ser prorrogado, si no surge lo contrario del ordenamiento jurídico, mientras el acto está en vigor; una vez expirado el plazo, en cambio, no puede ya “prorrogarse” su vigencia, sino que debe dictarse un acto nuevo, a menos que se trate de una hipótesis en que sea admisible el dictado de un acto con efecto retroactivo.

6.1.2. Cumplimiento del objeto

Si lo que un acto concreto dispone es cumplido, el objeto del acto se agota, sin perjuicio de que pueda seguir mencionándose al acto como la fuente formal de validez (o invalidez, en su caso) de la conducta seguida a su amparo.

⁵⁸ BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia,” en la *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1946, marzo, p. 79; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 515; OLGUÍN JUÁREZ, HUGO, *Extinción de los actos administrativos*, Santiago de Chile, 1962, p. 32; STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 244.

⁵⁹ SANDULLI, ALDO M., *Manuale di diritto amministrativo*, t. I, Nápoles, Jovene, 1984, p. 305. Comparar STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 237 y ss.

⁶⁰ Es el caso, en la Argentina, de las licencias telefónicas vencidas en 1997.

Los ejemplos abundan: una autorización para retirar bultos de la aduana se extingue al ser retirados tales bultos, pero la validez del retiro sigue estando amparada por el acto original. Un permiso para construir se extingue al realizarse la construcción, con igual salvedad que en el caso anterior; una autorización para rendir determinada materia se cumple al ser rendida y aprobada la materia. Un acto que impone una multa, o un recargo, se extingue al pagárselos; la autorización para la radicación de una industria también se extingue con la introducción e instalación de las maquinarias y el complejo industrial y así sucesivamente.

6.1.3. *Cumplimiento de la condición*

Parte de la doctrina no admite el dictado de actos administrativos sujetos a condición suspensiva:⁶¹ si el acto se dicta *ad referendum*, o sujeto a aprobación, o es una preadjudicación, la solución que fluye de ese criterio es que no constituye un acto administrativo, no al menos uno eficaz para producir efectos jurídicos. Pero la jurisprudencia es muy vacilante y dista de ser unívoca.

a) La CSJN en el ya citado caso *Herpazana SRL*⁶² considera que un acto *ad referendum* (o sea, un proyecto de acto; o un acto sujeto a aprobación, según la terminología que se elija) está sujeto “a una especie de condición suspensiva:” la solución que adopta es negarle la aptitud de “generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes [...] pues [...] su eficacia estaba sometida a un hecho futuro e incierto [...]”⁶³

b) En otros casos ha considerado lo contrario, que no existe discrecionalidad alguna en el órgano que debe dictar el refrendo y que puede tratarse en suma de “un supuesto de actividad reglada en la que la función del superior está limitada a una supervisión de legalidad que no incluye potestades discrecionales,”⁶⁴ sobre todo si el segundo acto denegando la aprobación o el refrendo carece de fundamentación razonable o efectúa una explicación irrazonablemente genérica.⁶⁵ En realidad, no se trata de que el segundo acto *deba* obligatoriamente ser dictado si el primero no viola la ley. El segundo acto debe también, como todo acto administrativo, tener dictamen jurídico previo, sustento fáctico suficiente, fundamentación adecuada, etc.

⁶¹ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 90 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 442. En contra, CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 160 y doctrina que cita en nota 158.

⁶² Año 1997, cons. 9º y 10. En igual sentido *Maruba SCA*, CNFed. Civ. y Com., Sala III, *LL*, 1998-A, 151, 152: “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara, hecho que no aconteció en la presente causa.”

⁶³ El pronunciamiento recuerda aquí la doctrina de *Necon*, 1991, *Fallos*, 314: 491.

⁶⁴ CSJN, *Fadlala de Ferreyra*, año 1984, *ED*, 108: 460, cons. 6º.

⁶⁵ Cons. 7º y ver también *supra*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación.”

Se admite, en cambio, el acto administrativo sujeto a condición resolutoria. En este último caso, entonces, el cumplimiento de la condición extingue de pleno derecho el acto.⁶⁶ Sin embargo, si el cumplimiento de la condición no es un hecho público y notorio, concreto y claro en cuanto a la fecha en que se produce, la administración y en su defecto la justicia deben declarar dicho cumplimiento y la extinción del primer acto a partir de la fecha que se determine.

En tal sentido, es claro que si se otorga una licencia sujeta a la condición de que la oficina no requiera, por un recargo de tareas, la colaboración del agente licenciado, el cumplimiento de esa condición sólo puede ser considerado como tal cuando la administración expresamente lo disponga y comunique al interesado.

De igual modo, la suspensión de actividades mientras dure una epidemia, o dificultades climáticas insuperables, requiere también un pronunciamiento administrativo y en su defecto judicial en cuanto a la reanudación de actividades y cesación del acto anterior, pues no siempre será preciso el día de terminación de las condiciones que motivaron el acto, ya que el retorno a la normalidad en esos casos es paulatino y no instantáneo.

Salvo los casos mencionados, retoma aplicación el principio general, según el cual la condición resolutoria opera de pleno derecho: tal el caso del permiso conferido a determinados automotores para transitar por un camino destinado a otro tipo de vehículos, hasta tanto se reabran las rutas normales que estaban clausuradas temporariamente; en este caso, si el vehículo sigue transitando por el camino que corresponde a otro tipo de automotores, después de haberse cumplido la condición resolutoria, naturalmente no puede ya invocar el anterior permiso a pesar de que él no haya sido expresamente dejado sin efecto. La circulación vehicular por la vía pública funciona, de todos modos, sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*.

6.2. Imposibilidad de hecho

Ya hemos visto⁶⁷ que si el objeto de un acto es imposible de hecho, él es inexistente. Ahora bien, puede ocurrir que al momento de dictarse el acto su objeto sea posible, pero que por un hecho posterior se transforme en imposible. En tal caso no puede en rigor decirse que el acto es “ilegítimo,” pero tampoco, sin duda, que continúa vigente.

En nuestro concepto, el acto que se torna imposible de hecho con ulterioridad a su dictado, se extingue de pleno derecho por esa sola circunstancia, sin necesidad de pronunciamiento expreso de la administración o de la justicia. Entendemos que son aplicables los mismos supuestos que señaláramos para la imposibilidad de hecho originaria, o sea:

⁶⁶ GRAU, ARMANDO EMILIO, “Resumen sobre la extinción de los actos administrativos,” en los trabajos del *Segundo Congreso Argentino de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1960, p. 77 y ss., p. 79.

⁶⁷ Ver *supra*, cap. VIII, § 7, “Imposibilidad de hecho.”

6.2.1. *Falta de sustrato personal*

Si fallece la persona que es titular de los derechos del acto, u obligada por sus deberes, cuando uno u otros no son transferibles *mortis causa* a sus herederos,⁶⁸ el acto se extingue de pleno derecho.⁶⁹ Las multas y recargos impositivos, *v.gr.*, se extinguen *ipso jure* por la muerte del contribuyente; los títulos honoríficos no hereditarios, designaciones, títulos y habilitaciones, inscripciones o registros de carácter personal, etc., también. En cambio, un derecho a jubilación pasa a los herederos, en los casos contemplados por la ley, transformándose en derecho a pensión. Igual ocurre con los derechos pecuniarios del individuo frente a la administración y con los actos que los hayan declarado: Su vigencia no es alterada por el fallecimiento del titular. En algún caso se ha resuelto no reconocer el derecho a cobrar en efectivo un haber previsional una vez que la persona ha fallecido.⁷⁰

También en materia contractual la muerte se considera extintiva *ipso jure* del contrato,⁷¹ pero existen normas que en algunos casos permiten la continuación del vínculo con los herederos.⁷²

6.2.2. *Falta de sustrato material*

Un permiso de ocupación de un lugar del dominio público queda extinguido, si el bien del dominio público se destruye, p. ej. las concesiones y permisos para la explotación de balnearios, cuando la arena de la playa es llevada por el mar.⁷³ Se admite la conversión de un permiso que incluye la playa que ya no existe, pero se mantiene como permiso de ocupación de la ribera para su explotación.

En sentido similar se recuerda el caso de la concesión de dominio público que sufre su “Extinción por causas imputables al objeto del título minero: por agotamiento del recurso [...] o por no haberse podido descubrir ningún recurso minero susceptible de aprovechamiento racional,”⁷⁴ aunque la doctrina nacional

⁶⁸ Lo que es más bien la excepción, según STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 238.

⁶⁹ Comp. las atinadas observaciones de SUNDFELD, CARLOS ARI, *Acto administrativo inválido*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 25, de que un efecto jurídico no se “autoproduce.” En la práctica alguien tendrá que declararlo, seguramente en tal caso con efecto retroactivo. Pero nos parece uno de los juegos de palabras que el mismo SUNDFELD quiere evitar por “enmarañados,” p. 15, nota 5.

⁷⁰ CNFed. CA, Sala I, *Martínez Alcorta*, 1997, LL, 1998-A, 296. Un jubilado había ganado un juicio por sus haberes previsionales impagos y que se le pagara en efectivo, por su edad avanzada: al morir, ese derecho desapareció. Ver *Cien notas...*, *op. cit.*, § 79, pp. 173-4.

⁷¹ Confr. MARIENHOFF, *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 391.

⁷² P. ej., el art. 49 de la ley 13.064: “En caso de muerte, quiebra o concurso civil del contratista, quedará rescindido el contrato, a no ser que los herederos o síndicos de la quiebra o concurso, ofrezcan llevar a cabo la obra bajo las condiciones estipuladas en aquél. La administración nacional fijará los plazos de presentación de los ofrecimientos y podrá admitirlos o desecharlos, sin que, en el último caso, tengan dichos sucesores derecho a indemnización alguna.”

⁷³ Es más amplio que la “desaparición del objeto” que menciona GRAU, *op. cit.*, p. 78, pues puede el acto ser de cumplimiento materialmente imposible aunque su objeto no desaparezca.

⁷⁴ BERMEJO VERA, JOSÉ (dir.), *Derecho administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 470. En estos casos es probable que exista necesidad del dictado de un acto revocatorio, en lugar de considerarlo extinguido de pleno derecho.

de derecho minero es muy reacia a reconocer el carácter administrativo de dichas concesiones mineras.⁷⁵ Quizás le asista razón empíricamente.⁷⁶ El acto que obliga al propietario de un vehículo a poner en condiciones sus frenos o luces, también se extingue si el vehículo se destruye o es robado; el acto que obliga al propietario a construir un cerco en un terreno baldío, se extingue si el propietario construye allí un edificio y el terreno deja por tanto de ser baldío.

6.2.3. *Falta de sustrato jurídico*

Un permiso de ocupación de un bien del dominio público se extingue si el bien dominial es desafectado en su destino y pierde por tanto su carácter público; un derecho cualquiera sobre un bien del dominio público provincial, también se extingue si el bien es expropiado por la Nación; un nombramiento como profesor de determinada asignatura se extingue si la materia es suprimida.⁷⁷ Esta hipótesis debe ser comparada con la ilegitimidad sobreviniente del acto, que no es lo mismo que su imposibilidad de hecho por falta de sustrato jurídico sobreviniente. En el caso de la imposibilidad de hecho, aunque se quiera cumplir el acto no se puede hacerlo, porque el evento jurídico sobrevenido cambia la situación jurídica de las cosas o las personas a las cuales el acto se refería. En el caso de la ilegitimidad sobreviniente, en cambio, el acto podría ejecutarse si se quisiera hacerlo, sólo que por el cambio producido dicha ejecución sería ilegítima.⁷⁸

7. *Extinción de actos legítimos dispuesta por acto administrativo*

7.1. *Caducidad*

Caducidad es la extinción de un acto dispuesta por la administración en virtud del incumplimiento grave y culpable, por parte del particular, a las obligaciones que el acto le creaba. Es pues una sanción, una pena administrativa.⁷⁹

El art. 21 del decreto-ley 19.549/72 expresa que “La Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo.” En realidad, aunque la norma no lo diga expresamente consideramos que debe interpretársela según la tesis tradicional de la doctrina argentina, que el incumplimiento debe ser *grave y culpable*,⁸⁰ en el caso de los actos unilaterales e individuales. Puede ser útil

⁷⁵ Hemos expuesto nuestra posición en “El contrato administrativo de concesión minera,” *JA*, 1980-IV, 714, reproducido en AADA, *Contratos administrativos*, t. II, Astrea, 1982, pp. 49-60.

⁷⁶ Por aquella controversia que introdujera MAIRAL acerca de la inutilidad o peligrosidad de la noción de contrato administrativo, que relatáramos en la *Introducción*.

⁷⁷ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 131. Aunque, en la tendencia departamental, el nombramiento puede ser convertido hacia otra disciplina del departamento.

⁷⁸ Ampliar *supra*, § 4, “La ilegitimidad sobreviniente.”

⁷⁹ ALESSI, *op. cit.*, pp. 66-7; BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 298; MARIENHOFF, *op. ult. cit.*, p. 387.

⁸⁰ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 388; arts. 218 y 219 de nuestro Proyecto de 1964. Debe además tratarse de obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto, como lo expresamos en el art. 218 del Proyecto.

comparar que en materia de servicios públicos la responsabilidad del concesionario es por lo general de resultado y no de medios, con lo cual es una responsabilidad objetiva y no subjetiva. A su vez en materia de concesiones de obra pública se considera que la responsabilidad del concesionario es a la inversa de medios y no de fines: tener la ruta en condiciones, etc., pero no prevenir p.ej. que animales sueltos de terceros propietarios obstaculicen la ruta. Quizás porque los casos más sonados y frecuentes son siempre de revocación y caducidad de concesiones de servicios públicos, algunos autores la consideran limitada a los contratos administrativos de concesión.⁸¹ No es la solución del art. 21 del decreto-ley 19.549/72, que aplica expresamente la caducidad a los actos administrativos.

En cuanto a la expresión legal “condiciones fijadas” por el acto, nos parece menos clara que la tradicional que hace referencia a las *obligaciones* que el acto imponga al particular destinatario del acto; a menos que se quiera interpretar el art. en el sentido de que la caducidad solo procede si el incumplimiento se refiere a obligaciones del interesado que fueron condición del otorgamiento del acto. Pero tampoco creemos que esta interpretación sea correcta, pues no se estaría hablando de una condición en sentido jurídico, ya que no lo sería ni suspensiva ni resolutoria. En lugar de “condiciones fijadas,” pues, ha de entenderse simplemente “obligaciones impuestas.”

La caducidad supone que el acto que se extingue fundamentalmente concedía un derecho, creando al mismo tiempo ciertos deberes: es el incumplimiento de los segundos lo que lleva a la extinción del primero y con ello del acto todo. Esta sanción extintiva se aplica principalmente en materia de contratos administrativos: típicamente, dentro de la concesión de servicios públicos y de la concesión de uso del dominio público; con todo, nada impide su funcionamiento respecto de los actos administrativos en sentido estricto como lo autoriza el decreto-ley. Así la autorización municipal para el funcionamiento de un local o comercio cualquiera, impone también, sea en forma expresa o implícita, la obligación de cumplir las ordenanzas sobre higiene, etc.; el incumplimiento de dichas obligaciones puede llevar a la declaración de caducidad de dicha autorización o habilitación. Claro está que en tales supuestos debe haber intimación previa y otorgamiento de un plazo razonable para el cumplimiento del acto, lo mismo que ocurriría en materia de permisos de uso del dominio público. En cualquiera de tales casos una ejecución intempestiva ocasionaría responsabilidad de la administración.⁸²

En materia de permisos también se aplica pues la caducidad por el incumplimiento de las obligaciones que el acto impone al individuo,⁸³ aunque a veces el acto puede estar concebido de modo tal que el incumplimiento constituya en

⁸¹ MÉNDEZ, APARICIO, *Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación*, Montevideo, 1949, p. 33.

⁸² MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 793.

⁸³ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 279.

verdad una condición resolutoria,⁸⁴ caso en el cual la extinción se produce de pleno derecho y no constituye caducidad.⁸⁵ La caducidad es una sanción máxima por el incumplimiento, por lo que su procedencia es limitada fuertemente: debe tratarse de incumplimiento a obligaciones esenciales del particular, no de obligaciones menores.⁸⁶ Debe tratarse de incumplimientos graves,⁸⁷ reiterados⁸⁸ y probados;⁸⁹ el incumplimiento debe ser culpable⁹⁰ y antes de aplicarse la sanción debe hacerse una “previa constitución en mora” al particular y otorgársele “concesión de un plazo suplementario razonable al efecto.”⁹¹ Es el principio ya que enunciamos,⁹² que también funciona a la inversa, cuando el particular tiene imposibilidad técnica, física o económico-financiera de cumplimiento, incluso si se origina en comportamientos u omisiones de la administración. Debe avisarlo. Estos recaudos son para evitar que la administración actúe intempestivamente; es lo mismo que los requisitos de informe técnico, audiencia del interesado, dictamen legal, audiencia pública en su caso, fundamentación del acto: difícilmente la administración en sus niveles políticos tiene la paciencia o el tiempo político suficiente para cumplir con los pasos que exige el procedimiento. Por ello es más prudente otorgar estas facultades a entes reguladores independientes como los previstos en el art. 42 de la Constitución.⁹³

7.2. *Desuso*

El desuso⁹⁴ en cuanto falta de utilización por el individuo de los derechos que un acto le confiere, está íntimamente ligado con el tiempo de vigencia del acto administrativo.⁹⁵ Así p. ej., si un acto faculta a una persona a realizar determinada conducta durante un cierto tiempo, la falta de ejecución del acto hace que

⁸⁴ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 279. Comparar SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. II, p. 78, que considera que la caducidad “equivale” a una condición resolutoria.

⁸⁵ STASSINOPOULOS, *op. loc. cit.*; LARES MARTÍNEZ, *op. cit.*, 3ª ed., p. 211: “La caducidad no obra de pleno derecho, sino que es necesario que sea declarada por la autoridad administrativa.”

⁸⁶ Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, Tucumán, 1936; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 388.

⁸⁷ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. II, p. 78; MARIENHOFF, *op. loc. cit.*

⁸⁸ BIELSA, *op. cit.*, p. 297.

⁸⁹ SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.*

⁹⁰ O “imputable” como también se dice: MARIENHOFF, *op. loc. cit.*, pues si se trata de concesiones o licencias de servicios públicos la responsabilidad es objetiva, no de medios sino de resultados.

⁹¹ Decreto-ley 19.549/72, art. 21, *in fine*. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 527 y t. II, pp. 78-9; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 389; BIELSA, *op. cit.*, p. 298, nota; MAIRAL, *op. cit.*, t. II, p. 793.

⁹² Ver *supra*, cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.”

⁹³ Ver t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores,” t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.”

⁹⁴ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 239, habla de *desuetudo* para referirse a este caso, lo que nos parece inapropiado ya que el no uso no es una costumbre abrogatoria sino un hecho que puede *facultar* a la administración a extinguirlo. GRAU, *op. cit.*, p. 79, distingue la *desuetudo* y el no uso (que él llama caducidad) como casos distintos. GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos*, Madrid, 1986, p. 372, no la admite como causal de extinción.

⁹⁵ No así en el derecho privado, donde quien registró un nombre no propio en Internet y no lo usa, lo pierde frente a quien ya lo tiene, aunque no en Internet y quiere usar ese sitio o portal con su nombre. El caso más conocido es *Freddo*, año 1997, que obtuvo una cautelar autosatisfactiva o adelantamiento provisional de la sentencia, *LL*, 2000.

la administración pueda extinguirlo: así, un acto que acuerde un plazo para la presentación de una monografía, o de una tesis, puede declararse extinguido por desuso si dicho tiempo transcurre sin que la monografía o la tesis haya sido presentada; el derecho a jubilarse podía extinguirse según el art. 37, inc. 2° de la vieja ley 4.349 si no se solicitaba la jubilación dentro de los cinco años siguientes al día en que se dejaba el servicio; el derecho a las pensiones graciables podía perderse si el interesado no se presentaba a cobrar la pensión dentro del año siguiente a su otorgamiento.⁹⁶ En estos casos, el transcurso del tiempo no se traduce en rigor en cumplimiento, pues su objeto principal se frustra: más que cumplimiento hay incumplimiento del objeto. La situación es diversa en una y otra situación. El cumplimiento del término extingue de pleno derecho el acto y una prórroga dictada después de dicho tiempo comporta un acto nuevo; en cambio, cuando el tiempo del acto se refiere a una facultad que se ha conferido durante el mismo a un individuo, su transcurso no produce un decaimiento automático del acto.⁹⁷

Por ello, a nuestro entender, es necesario que la administración expresamente retire el acto del mundo jurídico, para que su extinción se tenga por producida.⁹⁸ Mientras la administración no pronuncia el vencimiento del término y el desuso del acto, el individuo puede aún ampararse en el mismo para el ejercicio del derecho que el acto le otorgara;⁹⁹ una vez pronunciado el desuso, el acto no usado desaparece retroactivamente. Algo parecido ocurriría así en este caso con lo que se produce en materia de obras públicas, en las cuales se distinguen, con relación a la vigencia de las ofertas de los proponentes, los plazos y los plazos de validez: los segundos, al transcurrir, producen la automática extinción o caducidad de la oferta; los primeros, en cambio, cuando se cumplen facultan al oferente a retirar su oferta, pero no lo obligan a ello y si él no hace una expresa manifestación de voluntad en tal sentido su oferta sigue en pie y lo sigue obligando. Lo antedicho es más claro aún, sin duda, cuando el acto que otorga la facultad de que se trata no fija una limitación temporal a la misma: en tal hipótesis, por tanto, el acto indudablemente sigue en vigor a pesar del no uso, en tanto la administración no lo deje sin efecto.¹⁰⁰ Su diferencia con el caso en que hay término es que en él la administración se obliga a sí misma a mantener el acto durante el tiempo prefijado, obligación que no existe en el segundo caso, en el cual ella puede en cualquier momento extinguirlo.

⁹⁶ Ley 13.337, art. 13, inc. d). GRAU, *op. cit.*, p. 79, aunque lo llama “caducidad.”

⁹⁷ Conf. DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 298: “antes de dictarse el acto de revocatoria, el acto no utilizado queda en plena vigencia, no es influenciado en manera directa por la voluntad del administrado.”

⁹⁸ Conf. DIEZ, *op. loc. cit.*

⁹⁹ Comp. en cambio STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pp. 239-40.

¹⁰⁰ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 239; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, pp. 52-6.

El desuso no comporta una revocación por razones de oportunidad, pues su fundamento no es que el acto ha devenido inoportuno, sino que el particular no ha hecho uso del derecho que el acto le acordaba. La extinción no es imputable a la administración (como en la revocación por razones de oportunidad) sino al individuo y éste no puede pretender indemnización por la extinción del acto, a la inversa de lo que puede ocurrir en la revocación por razones de inoportunidad, que puede dar lugar a indemnizaciones. Difiere a su vez el desuso de la caducidad¹⁰¹ en que esta última implica un incumplimiento de obligaciones esenciales y es una sanción, mientras que el desuso es el no ejercicio de un derecho que faculta a retirarlo del campo jurídico en base a una voluntad, presumida legalmente, de renunciarlo. Por ello la extinción por desuso puede ser dispuesta sin necesidad del cumplimiento de las mismas formalidades que la caducidad, aunque el desuso debe igualmente estar probado y ser imputable, requiriendo también una intimación previa. Por lo demás, la caducidad puede traer otras sanciones para el individuo,¹⁰² que son en el desuso, por no ser una sanción.

La prescripción del derecho que el acto acuerda al interesado es asimilable al desuso,¹⁰³ en cuanto al operarse el transcurso del término legal el interesado puede perder su derecho, si la administración decide oponerle la prescripción; pero la administración no está obligada a ello y puede renunciar a la prescripción operada en su favor,¹⁰⁴ cuando no resulte ético oponerla, o sea injusto. Se diferencian, a nuestro juicio, en que el Estado puede oponer la prescripción aún después de haberse presentado la reclamación tardía, mientras que no puede oponer el desuso cuando el particular ha manifestado, aunque sea tardíamente, su voluntad de ejercer los derechos que el acto le acordaba. En ambos casos, con todo, el acto o el derecho no se extingue de pleno derecho, sino que se requiere una manifestación de la administración, retirando el acto u oponiendo la prescripción.

7.3. *Revocación por razones de oportunidad*

Si se trata de actos otorgados válidamente a título precario, la revocación es procedente.¹⁰⁵

¹⁰¹ En contra GRAU, *op. cit.*, p. 79, quien asimila ambos supuestos. Comp. DIEZ, *op. cit.*, p. 298.

¹⁰² Ver BIELSA, *Derecho Administrativo, op. cit.*, t. II, p. 300; MARIENHOFF, *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1947, pp. 81-2. En materia de concesiones o licencias de servicios u obras públicas, la caducidad acarrea importantes sanciones adicionales.

¹⁰³ Comparar GRAU, *op. cit.*, p. 79, quien separa ambas situaciones, aunque no señala diferencias entre sus consecuencias jurídicas.

¹⁰⁴ GOLDSCHMIDT, WERNER, "La renuncia del Estado a la defensa de prescripción y su alegación como causa extintiva del crédito," *JA*, 1960-I, 3, sección doctrina. Es la solución que consagró en su momento la hoy casi totalmente derogada ley de contabilidad, art. 142: "Las dependencias y las entidades descentralizadas del Estado no harán lugar por sí a las reclamaciones en que la acción de los recurrentes se hallare prescrita. El Poder Ejecutivo podrá, no obstante, teniendo en cuenta la modalidad de cada caso, por previo y especial pronunciamiento reconocer esos derechos."

¹⁰⁵ Cap. VI, § 10.1.3, "La revocación de los actos precarios" y 10.1.5, "El caso de los permisos de construcción."

Si, en cambio, el acto no era expresa y válidamente precario, la situación es más compleja. Ya explicamos¹⁰⁶ que la revocación por razones de oportunidad, en cuanto pretende eliminar el derecho de propiedad del particular emergente de un acto administrativo que le reconoce u otorga derechos, no puede constitucionalmente hacerse en sede administrativa, sin ley *especial* que califique de utilidad pública el derecho de cuya expropiación se trata.¹⁰⁷ La analogía con la expropiación demuestra, a nuestro modo de ver, que una previsión como la que en tal sentido contiene el art. 18 del decreto-ley 19.549/72 es inconstitucional.¹⁰⁸ De aceptarse el sentido literal de la norma que confiere la supuesta potestad revocatoria, resultaría que todos los actos administrativos serían siempre precarios, lo cual es la consagración de la inseguridad jurídica en su máxima manifestación.

No consideramos admisible constitucionalmente, en consecuencia, la potestad revocatoria indicada sin ley expresa que la autorice en forma razonable en los casos concretos,¹⁰⁹ *previa* indemnización del daño patrimonial que irroque. Nuestra opinión pareciera así, en este aspecto, diferir bastante de la de otros autores argentinos que admiten la potestad revocatoria por inoportunidad.

Más aún y como problema aparte, la doctrina nacional y la práctica sostienen la misma solución que autoriza la revocación *sin* indemnización, cuando el acto inicial así lo contempló. Un caso típico de esta problemática lo podemos encontrar en la revocación del llamado a licitación pública.¹¹⁰

7.4. Rescate

Se discute si es o no necesaria una cláusula de rescate, aplicable a las concesiones de servicios públicos y a los actos administrativos en general. Es un tema que no puede analizarse aisladamente del derecho internacional que se ha incorporado como derecho interno, a través de los tratados de protección de inversiones extran-

¹⁰⁶ *Supra*, cap. VI, § 10.2.2, “Revocación y propiedad” y 10.2.3, “Revocación y estabilidad.”

¹⁰⁷ Y aún en este caso la doctrina hace tiempo postuló también la necesaria intervención judicial para la desposesión, como así también la indemnización previa al traspaso del título. Ese criterio fue recogido por el decreto-ley de expropiaciones. Es contradictorio e incongruente sostener esos postulados para la expropiación de inmuebles y otro, opuesto, para los derechos reconocidos por actos administrativos.

¹⁰⁸ Conf. con este criterio, a nivel de interrogante, FONROUGE, MÁXIMO, “La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 554 y ss., pp. 556-7, quien recuerda que esa norma “podría llegar a fenecer ahora” de encuadrarse el art. 18 en la cláusula octava de las disposiciones transitorias de la Constitución. Explicamos esta última cuestión en el t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.”

¹⁰⁹ Ampliar *supra*, cap. VI, § 10.2, “La excepción cuando hay una ley expresa que autorice la revocación. La revocación por oportunidad según el art. 18.” Como allí explicamos, es insuficiente o inconstitucional la vacía o absurda norma genérica del art. 18 del decreto-ley 1.9549/72.

¹¹⁰ Para un desarrollo del estado actual del problema nos remitimos al excelente trabajo de MONTI, LAURA MERCEDES, “Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 346 y ss., con un completo y equilibrado desarrollo del tema.

teras¹¹¹ que protegen *contra* la nacionalización o estatización de actividades, que no es sino el resultado del rescate o la caducidad cuando se reasume la prestación por el Estado. Ello ocurre si el Estado no relicita en un mismo acto y no logra el traspaso de la concesión de un concesionario o permisionario al otro. El rescate queda excluido.¹¹² En cuanto a la caducidad, o sea la extinción por incumplimiento culpable del concesionario, los tratados no impiden decretarla, pero debe ser con relicitación simultánea que permita que el concesionario o licenciatario saliente entregue la concesión o licencia al nuevo ganador de la licitación y no al Estado mismo. Estas garantías son aplicables también a los nacionales ya que de lo contrario se postularía una discriminación, que no tiene fundamento, no ya tan sólo en la realidad nacional sino en el contexto de la globalización de la economía. Sería original discriminar en contra del nacional y a favor del extranjero. En los hechos puede ocurrir, pero elevarlo a principio jurídico parece ya excesivo.

La doctrina tradicional era favorable al rescate, incluso como cláusula implícita.¹¹³ La más reciente introduce limitaciones¹¹⁴ y mucho depende de que se mantenga el régimen o las potestades exorbitantes implícitas.¹¹⁵ Del conjunto¹¹⁶ de tratados de protección de inversiones extranjeras surge que el rescate queda excluido, tanto en el derecho interno como comparado.

8. Extinción por el particular de actos legítimos

8.1. Renuncia

Es la voluntaria declinación por el interesado, de los derechos que el acto le acuerda. Hay quienes consideran que la renuncia no puede aplicarse fácilmente a un acto administrativo, porque enfatizan en éste su aspecto de fuerza obligatoria.¹¹⁷ En ese sentido no ven “cómo, por su sólo voluntad, un particular pueda

¹¹¹ Que reseñamos *supra*, t. 2, cap. XVIII, § 2.3, “Tratados bilaterales con elección excluyente de vías” y § 2.4, “Tratados que exigen el sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales por un plazo limitado.”

¹¹² Comp. PRITZ, OSVALDO A. F., “El rescate,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 243 y ss.; “El rescate,” en AA.VV., *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994; “Rescate: Delimitación y efectos,” en AA.VV., *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

¹¹³ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 360, quien mantiene la tesis de su primigenio libro *Revocación y caducidad de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1946.

¹¹⁴ HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 135: “la inclusión de la cláusula no debe considerarse implícita, sino que debe ser expresamente pactada y dispuesta en sede judicial.”

¹¹⁵ Ver la interpretación restrictiva, de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJN, de los derechos de los concesionarios y licenciatarios de servicios monopólicos *supra*, t. 1, cap. XI, § 6, “La concesión o licencia de servicios públicos” y § 6.2, “Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios;” *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. III, “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios.”

¹¹⁶ El último listado que hemos controlado figura en el t. 2, cap. XVIII.

¹¹⁷ BLUMANN, CLAUDE, *La renonciation en droit administratif français*, París, LGDJ, 1974, pp. 111-2 y nota 2.

extinguir un acto administrativo.¹¹⁸ Piensan, incluso para la renuncia por el particular a los derechos que el acto le acuerda, que hace falta el retiro del acto por la administración para que él cese en sus efectos y que antes de ese retiro el particular puede válidamente revocar su renuncia.¹¹⁹ Sin embargo, parece un punto de vista insuficientemente fundado, o muy apegado a un carácter preeminente de la autoridad administrativa, casi abstracto e inapelable en una sociedad abierta.

La renuncia tiene gran similitud con el desuso, sólo que en este caso el particular manifiesta expresamente,¹²⁰ su voluntad de no utilizar los derechos que el acto le acuerda y lo notifica a la administración.¹²¹ Los honores y condecoraciones,¹²² los derechos de indemnización,¹²³ las licencias y permisos en la función pública,¹²⁴ etc., pueden ser objeto de renuncia. Va de suyo que sólo puede renunciarse a aquellos actos que se otorgan en beneficio o interés del individuo, creándole derechos: los actos que crean obligaciones no se renuncian sino que, en todo caso, se solicita su extinción.¹²⁵ La renuncia tiene aplicación en todos aquellos actos que para dictarse requieren el consentimiento del interesado, quien puede retirar dicho consentimiento luego de haberlo otorgado. Si el acto ha sido otorgado de oficio, sin conocimiento ni aceptación previa del destinatario, ese acto no se renuncia pues no entró en vigor. Cabe pues simplemente no aceptarlo para que no produzca efectos, p. ej., una designación honoraria. Ahora bien, una vez aceptado cabe distinguir si es un acto instantáneo o hay prestaciones en cumplimiento. En el segundo caso, *v.gr.* becas, cabe la renuncia; en el primer caso pareciera que la renuncia es abstracta: el acto *ya se cumplió* posteriormente a su emisión mediante la aceptación y ha quedado en consecuencia agotado. Si bien a veces se sostiene que la renuncia debe ser aceptada,¹²⁶ pensamos que en los casos en que ella es procedente sus efectos son automáticos y extinguen *ipso jure* el acto

¹¹⁸ BLUMANN, *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁹ BLUMANN, *op. cit.*, pp. 112-3.

¹²⁰ Por eso no consideramos que la renuncia pueda hacerse por “acciones concluyentes” como dice FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 390. En ese caso es desuso, que no extingue automáticamente el acto: ver *supra*, § 7.2, “Desuso.”

¹²¹ En esto conforme FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 390.

¹²² FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 388.

¹²³ FORSTHOFF, *op. loc. cit.*

¹²⁴ FORSTHOFF, *op. loc. cit.* GAVEGLIO, *op. loc. cit.*, entiende que los descansos remunerados en la función pública no pueden ser remunerados ni compensados en dinero, según las normas del derecho laboral (art. 16 de la ley de contrato de trabajo), sobre todo después de la ley 25.164 de ética en la función pública, que en su art. 19 tendería a acercar, en su opinión, la regulación del empleo público al derecho laboral. El problema es que hay siempre un arrastre de licencias no tomadas que según las normas finalmente se pierden, sin compensación. Es una tendencia administrativa que nos parece difícil de revertir en la práctica vigente en nuestro país.

¹²⁵ Ver BERMEJO VERA (dir.), *Derecho administrativo. Parte especial*, *op. cit.*, p. 471: “la renuncia aceptada es causa de extinción, y la renuncia no aceptada una causa de caducidad del título.”

¹²⁶ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 389. Sin embargo la jurisprudencia alemana, que este mismo autor reproduce, se manifiesta de acuerdo a lo que expresamos a continuación en el texto.

y sus efectos,¹²⁷ una vez que la renuncia ha sido notificada a la administración. Coincidimos en esto con el antiguo concepto de que “es un principio de Derecho universalmente admitido que [...] nadie puede ser obligado a permanecer en el goce de derechos que ya no quiere tener.”¹²⁸

Parece difícil imaginar actos administrativos confiriendo derechos de orden público, irrenunciables por su naturaleza (la libertad, la personalidad, etc.), porque ninguno de ellos podrá nacer de un acto administrativo: Son preexistentes a él. Si se admite entonces que un derecho determinado puede ser renunciado, no puede supeditarse esa renuncia a la aceptación por parte de la administración. La renuncia, si es procedente y oportuna en el tiempo, debe extinguir de por sí el acto o el derecho al cual se renuncia, tratándose de actos unilaterales de la administración.¹²⁹

8.2. *Rechazo*

Lo mismo ocurre, a la inversa, cuando la administración dicta un acto de los que requieren el consentimiento del interesado, sin habérselo pedido o haberlo obtenido previamente. En tal caso el interesado puede otorgar su aceptación, con lo cual el acto comienza a producir sus efectos, o en cambio no hacerlo. En esta última hipótesis, a su vez, el interesado puede rechazar formalmente el acto, notificándolo a la administración, o puede en cambio mantener silencio, sin consentir tampoco implícitamente la ejecución del acto. En este caso, al no haber rechazo expreso ni aceptación implícita o por la doctrina de los actos propios, el acto requeriría revocación expresa por parte de la administración.

Si el particular expresa y formalmente rechaza el acto administrativo (premio; beca, etc.) dicho rechazo extingue de pleno derecho, retroactivamente, el acto de que se trata; entendemos, en consecuencia, que el rechazo produce efectos instantáneos y que no puede luego ser retirado por el particular, que decidiera tardíamente modificar su criterio y aceptar el acto: esa aceptación ulterior no haría renacer el acto rechazado.¹³⁰ Si, en cambio, el interesado se limitó a guardar silencio, él podría aceptar el acto en tanto que éste no haya sido expresamente retirado por la administración por desuso.

¹²⁷ Por ello se dice que la renuncia es la extinción de derecho operada por la sólo voluntad del titular: ALESSI, RENATO, *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1956, p. 62; RAGGI, *Contributo alla dottrina delle rinuncie nel diritto pubblico*, Roma, 1914, pp. 25, 37; ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milán, 1939, p. 41.

¹²⁸ Así lo dijo el tribunal administrativo de Bavaria en un pronunciamiento de 1880 citado por FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 389.

¹²⁹ Otra es la problemática en materia de contratos administrativos y en aquellos actos unilaterales cuyo contenido principal es imponer una obligación, aunque ésta implique algún derecho. A los primeros nos referimos en el § 8.3; en cuanto a los segundos, si el acto es separable, podrá renunciarse al derecho que el acto acuerda, pero no a la obligación que el acto impone; a la inversa, si lo principal del acto fuera el otorgamiento de un derecho, aunque este acto acarree también algunas obligaciones, entonces sí puede renunciarse al acto entero.

¹³⁰ A menos que el acto de rechazo hubiera estado viciado por violencia o error.

8.3. *Actos contractuales*

Las observaciones que anteceden están referidas específicamente a la renuncia y rechazo de actos unilaterales. En cuanto a la renuncia en materia contractual, sus efectos dependen de qué contratos se trate: En las concesiones de uso del dominio público, que se otorgan en el interés particular del concesionario, la renuncia es admisible y produce por sí sola efectos extintivos;¹³¹ en cambio, ello no ocurre en la concesión y licencia de servicios públicos o en los contratos de obras y concesiones de obras públicas o de suministros, en que la renuncia sólo extingue el contrato si es aceptada por la administración;¹³² la ley o el contrato pueden prever, por lo demás, los casos y condiciones en que las partes pueden pedir o disponer la extinción del contrato. En aquellos casos, el contrato no se extingue por renuncia, sino por rescisión, como acto de mutuo acuerdo entre las partes.¹³³ Por lo demás, en las licitaciones en general, en las cuales las presentaciones revisten el carácter de *ofertas*,¹³⁴ la adjudicación hecha a una de ellas por la administración implica perfeccionar el contrato,¹³⁵ por lo que no es admisible el rechazo de la adjudicación por parte del oferente: Él ha quedado ya vinculado contractualmente. Lo mismo ocurre en los concursos, en los cuales la persona que se presentó no puede rechazar la designación si no han cambiado las condiciones bajo las cuales se presentó. En tal caso él puede renunciar¹³⁶ a un vínculo ya perfeccionado, lo que no es lo mismo que rechazar el acto, pues la renuncia a la función pública está regida por otras reglas.¹³⁷ Por el contrario, si la administración designa a una persona sin una previa manifestación de voluntad de ésta, en el sentido de postularse para el cargo o función o aceptarla previamente, ella puede simplemente rechazar el acto, extinguiéndolo así automáticamente: Es lo

¹³¹ MARIENHOFF, *Tratado del dominio público, op. cit.*, p. 425; comparar BIELSA, *op. cit.*, p. 296.

¹³² BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 296. Por lo demás, el acto de aceptación debe a su vez tener sustento fáctico suficiente o de lo contrario podría constituirse en una mera liberalidad, si se trata de un concesionario o licenciatarario que se encuentra en incumplimiento; con lo cual recaemos en la figura de la rescisión de mutuo acuerdo, como señalamos en el texto.

¹³³ BIELSA, *op. cit.*, p. 307. Cabe puntualizar, con todo, que en las concesiones de servicios públicos lo más frecuente en la actualidad es la renegociación. Para bien o para mal, todo se renegocia, incluso la extinción. Ver DRUETTA, RICARDO TOMÁS, "Renegociación del contrato administrativo," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos, op. cit.*, p. 359 y ss.

¹³⁴ Ver nuestro *Derecho administrativo de la economía, op. cit.*, p. 345; ver también GRAU, ARMANDO EMILIO, "Licitación," en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, Buenos Aires, 1964, p. 702 y ss.

¹³⁵ Ver *supra*, t. 2, cap. XII, "La licitación pública."

¹³⁶ GRAU, ARMANDO EMILIO, "Extinción del nombramiento del agente público antes de la toma de posesión," en su libro *Estudios sobre la relación de empleo público*, La Plata, 1964, pp. 14-5.

¹³⁷ P. ej., en el orden nacional, el agente está obligado a permanecer un lapso en la función si la renuncia no le es aceptada antes. Con todo, existen casos, cuyas sentencias han quedado firmes, en que se resolvió que aún después de aceptada la renuncia podía disponerse una medida disciplinaria expulsiva como la exoneración, siempre que se la simulara bajo el manto de anotar en su antiguo legajo que "si hubiera estado aún en la función pública, le hubiera correspondido ser exonerado." No es admitida su impugnación como si fuera cesantía: *Etchegaray*, año 1975, CNFed. CA, Sala I, LL, 1975-B, 769; *supra*, cap. VIII, nota 98 *in fine*, p. VIII-21. Va de suyo que lo consideramos una solución desacertada.

que suele ocurrir en materia de designaciones de miembros de jurado, integrantes de tribunal de tesis, etc.