

Agustín Gordillo

TRATADO  
DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO  
Y OBRAS SELECTAS

TOMO 5

**PRIMERAS OBRAS**

1ª edición

[www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO





**TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
y obras selectas**

**TOMO 5**

**PRIMERAS OBRAS**



AGUSTÍN GORDILLO

# **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**

TOMO 5

Primera edición

**PRIMERAS OBRAS**



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Buenos Aires

2012

Agustín A. Gordillo

Tratado de derecho administrativo y obras selectas : primeras obras. - 1a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2012.

v. 5, 660 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-9502-48-2

1. Derecho Administrativo. I. Título.  
CDD 342

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
TOMO 5  
PRIMERAS OBRAS

1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012

I.S.B.N.: 978-950-9502-48-2

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 de los autores 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](http://www.gordillo.com), [www.gordillo.com.ar](http://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 parágrafo 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](mailto:agustin@gordillo.com), [gordillo@elsitio.net](mailto:gordillo@elsitio.net), [gordillo@fibertel.com.ar](mailto:gordillo@fibertel.com.ar)

# ÍNDICE

Años 1962 a 1964: Nota personal.....	33
--------------------------------------	----

## *Libro I*

### **INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Dedicatoria .....	IADA-7
Prólogo .....	IADA-9
Bibliografía .....	IADA-13

#### **Capítulo I: La personalidad jurídica**

I. <i>Personas naturales y jurídicas</i> .....	IADA-I-1
1. La personalidad jurídica en el ser humano y en la asociación .....	IADA-I-1
2. Paralelo entre persona jurídica y personalidad jurídica.....	IADA-I-2
3. El falso problema de la “realidad” o la “ficción” de la persona jurídica.....	IADA-I-3
II. <i>Órganos de las personas jurídicas</i> .....	IADA-I-4
4. Órgano y persona jurídica.....	IADA-I-4
5. El órgano en la imputación de hechos y actos humanos a la persona jurídica .....	IADA-I-5
6. El órgano en el caso del ser humano individual y de la asociación .....	IADA-I-6
7. Órgano físico y órgano jurídico .....	IADA-I-6
8. Órganos físicos del Estado: Error de la distinción entre “funcionario” y “empleado” .....	IADA-I-7
9. La identificación del órgano con la asociación .....	IADA-I-7
10. Cuándo el hecho o acto del órgano se imputa a la asociación: El ejercicio de la función .....	IADA-I-8
11. Diferencia entre <i>competencia</i> y <i>ejercicio de la función</i> .....	IADA-I-8

#### **Capítulo II: Personalidad y ubicación del estado en la constitución**

I. <i>Personalidad del Estado</i> .....	IADA-II-1
1. El Estado como persona jurídica y el concepto político de <i>poder</i> .....	IADA-II-1
2. Estructuración dogmática del Estado de Derecho.....	IADA-II-3
3. Los problemas a considerar .....	IADA-II-4

II. <i>El orden jurídico constitucional</i> .....	IADA-II-5
4. La supremacía de la Constitución.....	IADA-II-5
5. La imperatividad de la Constitución.....	IADA-II-5
6. El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales.....	IADA-II-6
III. <i>El Estado bajo el orden jurídico constitucional</i> .....	IADA-II-7
7. La reforma constitucional se <i>impone</i> al Estado.....	IADA-II-7
8. El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho.....	IADA-II-9
9. La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional .....	IADA-II-10
10. La pirámide jurídica estadual no abarca a la Constitución.....	IADA-II-10
IV. <i>Los derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado</i> .....	IADA-II-11
11. Los derechos individuales previstos en la Constitución no requieren ni dependen de la regulación legislativa .....	IADA-II-11
12. Esos derechos frente al poder público <i>son derechos subjetivos</i> .....	IADA-II-13

### **Capítulo III: La función administrativa**

1. Las tres funciones del Estado.....	IADA-III-1
2. Soluciones y dificultades pragmáticas existentes.....	IADA-III-2
3. Criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica.....	IADA-III-3
4. Nociones orgánica y material .....	IADA-III-4
5. Superposición de las nociones orgánica y material .....	IADA-III-5
6. Concepto orgánico-material de función legislativa y jurisdiccional .....	IADA-III-5
7. Inaplicabilidad del concepto orgánico-material a la función adminis- trativa .....	IADA-III-7
8. Conclusión: Concepto mixto (orgánico-material, negativo).....	IADA-III-8
9. Objeciones a la conclusión .....	IADA-III-8
10. El camino a seguir.....	IADA-III-9

### **Capítulo IV: El derecho administrativo**

I. <i>El derecho administrativo como parte del derecho público</i> .....	IADA-IV-1
1. Derecho público y privado.....	IADA-IV-1
II. <i>Concepto de derecho administrativo</i> .....	IADA-IV-2
2. El derecho administrativo como conjunto de normas y como disciplina científica.....	IADA-IV-2
3. Es un derecho en formación.....	IADA-IV-3
4. No se refiere sólo a los servicios públicos.....	IADA-IV-3
5. No sólo estudia las relaciones externas de la administración, sino también su organización interna .....	IADA-IV-3
6. El derecho procesal administrativo no forma parte del derecho administrativo, pero sí ciertos principios de protección judicial.....	IADA-IV-4
7. Definición de derecho administrativo .....	IADA-IV-5
III. <i>Relaciones con otras ramas del derecho</i> .....	IADA-IV-6
8. Relaciones con el derecho civil.....	IADA-IV-6
9. Relaciones con el derecho constitucional .....	IADA-IV-7

### **Capítulo V: Fuentes del derecho administrativo**

I. <i>Concepto</i> .....	IADA-V-1
--------------------------	----------

1. Coherencia conceptual entre la noción de <i>fuerza</i> y la noción de <i>derecho administrativo</i> .....	IADA-V-1
II. <i>La Constitución. Los principios de derecho público</i> .....	IADA-V-2
2. Las normas constitucionales .....	IADA-V-2
3. Los principios constitucionales. Diferencia con las simples normas constitucionales .....	IADA-V-2
III. <i>La Ley</i> .....	IADA-V-4
4. Nexos y límites de la función administrativa y legislativa del Congreso .....	IADA-V-4
5. Leyes constitucionales y simples .....	IADA-V-4
6. Leyes y tratados .....	IADA-V-4
7. Leyes nacionales y provinciales .....	IADA-V-5
8. Leyes nacionales de contenido local .....	IADA-V-5
IV. <i>Los reglamentos</i> .....	IADA-V-5
9. Actos internos y externos de la administración .....	IADA-V-5
10. Reglamentos internos y externos de la administración. Diferencias .....	IADA-V-7
11. Clases de reglamentos externos .....	IADA-V-8
1°) Reglamentos de ejecución .....	IADA-V-8
2°) Reglamentos “delegados” o de integración .....	IADA-V-8
3°) Reglamentos “autónomos” .....	IADA-V-8
4°) El criterio francés y austríaco en materia reglamentaria .....	IADA-V-9
V. <i>La jurisprudencia</i> .....	IADA-V-10
12. Concepto y caracteres de la jurisprudencia .....	IADA-V-10
13. La jurisprudencia y el derecho positivo que aplica .....	IADA-V-11
14. La jurisprudencia y los principios de derecho público .....	IADA-V-11
VI. <i>La costumbre</i> .....	IADA-V-12
15. Concepto. Inadmisibilidad como fuente del derecho .....	IADA-V-12
VII. <i>Gradación jerárquica de las fuentes</i> .....	IADA-V-13
16. Necesidad lógico-jurídica de analizar este problema .....	IADA-V-13
17. Principios generales de gradación .....	IADA-V-13
18. La gradación <i>Constitución-ley</i> en su aplicación administrativa .....	IADA-V-13
19. Crítica del criterio imperante .....	IADA-V-14
20. La gradación <i>acto general - acto individual</i> en el plano administrativo .....	IADA-V-15
21. La gradación <i>acto individual irrevocable - acto individual posterior</i> , en el plano administrativo (la “cosa juzgada administrativa”) .....	IADA-V-16
22. Análisis de los requisitos necesarios para que un acto administrativo sea irrevocable y tenga así una gradación diferenciada .....	IADA-V-17
23. La gradación <i>acto individual irrevocable - reglamento</i> .....	IADA-V-19

## Capítulo VI: Técnica jurídica del derecho administrativo

1. Razón de ser de este capítulo .....	IADA-VI-1
--	-----------

*Primera Parte**Actividad discrecional y reglada de la administración*

I. <i>Criterio de distinción</i> .....	IADA-VI-1
2. La apreciación de la eficacia u oportunidad del acto como criterio de distinción entre facultades regladas y discrecionales.....	IADA-VI-1
II. <i>Caracteres de la regulación y la discrecionalidad</i> .....	IADA-VI-2
3. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y discrecionales.....	IADA-VI-2
4. Todo acto administrativo es en parte reglado y en parte discrecional. El absurdo del “acto discrecional”.....	IADA-VI-3
III. <i>Tipos y caracteres específicos de la regulación</i> .....	IADA-VI-4
5. Competencia: La primera regulación de la actividad administrativa.....	IADA-VI-4
6. El objeto del acto y su regulación normativa.....	IADA-VI-4
7. Los derechos individuales en la legislación común como regulación inversa a la actividad administrativa .....	IADA-VI-4
8. Los derechos individuales constitucionales como regulación residual a la actividad administrativa.....	IADA-VI-5
9. Cuádruple planteo de la regulación normativa a las facultades de la administración.....	IADA-VI-5
10. Precisión y alcances técnicos del concepto de actividad reglada. Cómo evitar que se desvirtúe en aras de la claridad didáctica.....	IADA-VI-6
11. <i>Límites concretos a la actividad discrecional</i> , como variante pedagógica del concepto técnico de actividad reglada.....	IADA-VI-6
12. Delimitación final de conceptos.....	IADA-VI-7
IV. <i>Límites a las facultades discrecionales</i> .....	IADA-VI-7
13. <i>Límites relativos</i> (elásticos) a la actividad discrecional .....	IADA-VI-7
14. El recurso de anulación condiciona en gran medida la aplicación de estos <i>límites relativos</i> .....	IADA-VI-7
15. El capricho como límite a la actividad discrecional.....	IADA-VI-8
16. La desviación de poder como límite a la actividad discrecional .....	IADA-VI-8
17. Vigencia práctica de estos límites .....	IADA-VI-9

*Segunda Parte**Derecho subjetivo e interés legítimo*

I. <i>Nociones generales</i> .....	IADA-VI-9
1. Derecho y deber jurídico .....	IADA-VI-9
2. Contenido material del derecho y deber jurídico.....	IADA-VI-10
3. Se analizará la manifestación externa, no la esencia, del derecho subjetivo.....	IADA-VI-10
II. <i>El derecho subjetivo en relación con el sujeto</i> .....	IADA-VI-11
4. El derecho subjetivo como poder de voluntad. Crítica .....	IADA-VI-11
5. El derecho subjetivo como interés protegido por una voluntad que lo representa y defiende. Crítica.....	IADA-VI-11
6. El derecho subjetivo como interés. Crítica.....	IADA-VI-13
III. <i>El derecho subjetivo en relación con el derecho objetivo u orden jurídico</i> .....	IADA-VI-14

7. El derecho subjetivo como acción judicial. Crítica.....	IADA-VI-14
8. Aclaración y nueva crítica.....	IADA-VI-15
9. Lo fundamental en el derecho subjetivo: Coincidencia con el juicio lógico de la norma jurídica.....	IADA-VI-15
10. La escisión en el concepto de derecho subjetivo.....	IADA-VI-16
11. Derecho subjetivo <i>positivo</i> y derecho subjetivo <i>negativo</i> : Diferencia de régimen jurídico.....	IADA-VI-17
12. Resumen de conclusiones y definición del derecho subjetivo <i>positivo</i> .....	IADA-VI-18
13. Elementos y definición del derecho subjetivo <i>negativo</i> .....	IADA-VI-19
IV. <i>El derecho subjetivo en relación con el derecho reflejo. Sistematización</i> ..	IADA-VI-23
14. Los dos tipos de derecho reflejo o interés legítimo.....	IADA-VI-23
15. Las consecuencias jurídicas que puede invocar el titular del derecho reflejo.....	IADA-VI-23
16. Relación entre la naturaleza del recurso procesal y la efectividad del interés legítimo.....	IADA-VI-24
17. Resumen de conceptos.....	IADA-VI-24
18. Sistematización de los derechos subjetivos y reflejos.....	IADA-VI-25
Cuadro sinóptico.....	IADA-VI-25
19. Análisis de casos:	
1º caso. Prestación positiva e individualidad: Derecho subjetivo.....	IADA-VI-26
2º caso. Prestación positiva y concurrencia: Derecho reflejo.....	IADA-VI-27
3º caso. Prestación negativa e individualidad: Derecho subjetivo.....	IADA-VI-28
4º caso. Prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.....	IADA-VI-29
20. Advertencia sobre los casos analizados.....	IADA-VI-29
21. 5º caso. — Límites concretos, prestación negativa e individualidad:	
Derecho subjetivo.....	IADA-VI-30
6º caso. Límites concretos, prestación negativa y concurrencia:	
Derecho reflejo.....	IADA-VI-31
7º caso. Límites relativos, prestación negativa e individualidad:	
Derecho reflejo.....	IADA-VI-31
8º caso. Límites relativos, prestación negativa y concurrencia:	
Derecho reflejo.....	IADA-VI-32
9º caso. Límites relativos, prestación positiva, individualidad o concurrencia: Ni derecho subjetivo ni interés legítimo.....	IADA-VI-32
V. <i>Conclusión</i> .....	IADA-VI-33
22. Método de análisis para determinar si un derecho es subjetivo o reflejo.....	IADA-VI-33
VI. <i>Resumen final</i> .....	IADA-VI-34
23. Tipificación externa del derecho subjetivo.....	IADA-VI-34
24. Tipificación externa de la forma <i>común</i> de interés legítimo o derecho reflejo.....	IADA-VI-34
25. Tipificación externa de la forma <i>especial</i> de interés legítimo o derecho reflejo.....	IADA-VI-34
26. Comparación entre las tres tipificaciones.....	IADA-VI-34
27. Gráfico de la comparación.....	IADA-VI-35

*Libro II***EL ACTO ADMINISTRATIVO**

Prólogo.....	EAA-7
A modo de introducción .....	EAA-9

**Capítulo I: Supresión de la teoría de los actos de gobierno**

I. <i>Origen y evolución de los actos de gobierno</i> .....	EAA-I-1
1. Los diferentes conceptos de gobierno .....	EAA-I-1
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno .....	EAA-I-1
3. Gobierno y actos de gobierno .....	EAA-I-2
4. Teoría o hecho de los actos de gobierno.....	EAA-I-2
5. Origen de los actos de gobierno .....	EAA-I-3
6. La teoría del móvil político .....	EAA-I-3
7. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración .....	EAA-I-4
8. Insuficiencia de la distinción .....	EAA-I-5
9. Conclusión acerca del estado actual del problema en Francia .....	EAA-I-5
II. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la defensa en juicio</i> .....	EAA-I-6
10. En la Constitución nacional no hay excepciones a la garantía de la defensa en juicio .....	EAA-I-6
11. En qué consiste, en este aspecto, la defensa en juicio.....	EAA-I-7
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos.....	EAA-I-8
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad</i> .....	EAA-I-9
13. La garantía de constitucionalidad. Concepto .....	EAA-I-9
14. Estructura infraconstitucional del Estado.....	EAA-I-9
15. Sujeción del acto de gobierno a la Constitución .....	EAA-I-10
16. Falsa antítesis entre constitucionalidad del acto y revisión judicial del mismo.....	EAA-I-10
17. La constitucionalidad del acto no puede fundar la ausencia de recursos judiciales .....	EAA-I-11
18. La situación en nuestros tribunales: Conocen y resuelven de los recur- sos contra esos actos .....	EAA-I-11
19. Advertencia: El equivocado empleo del concepto de “revisión judicial” ..	EAA-I-11
20. Continuación .....	EAA-I-12
21. Diferencia entre “revisión judicial” y “anulación judicial del acto” .....	EAA-I-13
22. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles jurisdiccionalmente.....	EAA-I-14
23. Revisión judicial y límites constitucionales a la actividad del Poder Ejecutivo .....	EAA-I-14
24. Aplicación de esos límites por el juez.....	EAA-I-15
IV. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la legalidad</i> .....	EAA-I-15
25. La duda acerca de si la legislación es aplicable a ciertos actos del Poder Ejecutivo.....	EAA-I-15
26. Los actos de gobierno como ejecución directa de una disposición formal de la Constitución .....	EAA-I-15
27. Crítica. Dicho concepto no responde a la realidad jurisprudencial .....	EAA-I-16

28. El caso del nombramiento de magistrados de la Corte Suprema y su regulación legislativa .....	EAA-I-19
29. El requisito de la ciudadanía .....	EAA-I-19
30. El requisito de la renta anual .....	EAA-I-19
31. El caso del indulto: Su regulación legislativa .....	EAA-I-19
32. El caso del nombramiento de ministros plenipotenciarios y Encargados de negocios .....	EAA-I-20
33. El caso de la provisión de empleos militares de oficiales superiores .....	EAA-I-20
34. Conclusión: Las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo están ya en parte reguladas legislativamente, y pueden serlo más .....	EAA-I-20
35. Ubicación del problema de la regulación legislativa .....	EAA-I-20
36. Conclusión sobre los pretendidos actos de gobierno .....	EAA-I-21
V. <i>Los actos de gobierno ante la política</i> .....	EAA-I-22
37. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política .....	EAA-I-22
38. El principio de la irrevisibilidad judicial es contrario al interés público .....	EAA-I-23
39. Continuación .....	EAA-I-23
VI. <i>Conclusión</i> .....	EAA-I-24
40. Eliminación del nombre y la teoría de los actos de gobierno, y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos .....	EAA-I-24

## **Capítulo II: La noción de acto administrativo**

I. <i>Finalidad de la noción</i> .....	EAA-II-1
1. No existe un concepto legal de acto administrativo .....	EAA-II-1
2. La noción a ofrecer debe realizar una función metodizadora dentro de los principios del derecho administrativo, y no puede ser <i>a priori</i> sino que debe estar determinada por la experiencia .....	EAA-II-1
3. Análisis de la experiencia. Excesos de simplicidad .....	EAA-II-2
4. Continuación. Excesos de minuciosidad .....	EAA-II-2
5. El criterio debe ser la selección de los principales aspectos del régimen jurídico del derecho administrativo, para que éstos determinen la noción buscada .....	EAA-II-2
II. <i>El acto administrativo como producto de la función administrativa</i> .....	EAA-II-3
6. La jurisdicción contenciosoadministrativa no puede tenerse en cuenta para obtener la noción de acto administrativo .....	EAA-II-3
7. La actuación de órganos administrativos tampoco puede ser tomada como base de la noción .....	EAA-II-4
8. El choque entre los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa .....	EAA-II-4
9. Idéntica oposición de criterios en el acto administrativo. Comparación de ambas oposiciones .....	EAA-II-4
10. Contradicción de algunas posiciones. Crítica del concepto orgánico o subjetivo .....	EAA-II-5
11. Continuación de la crítica .....	EAA-II-6
12. Supresión del criterio puramente orgánico o subjetivo .....	EAA-II-6
13. Remisión parcial del concepto de acto administrativo a la noción de función administrativa .....	EAA-II-7

14. Noción de función administrativa .....	EAA-II-7
15. Función administrativa, función jurisdiccional y defensa en juicio .....	EAA-II-8
III. <i>El acto administrativo como declaración</i> .....	EAA-II-9
16. El acto como manifestación de voluntad .....	EAA-II-9
17. Crítica .....	EAA-II-9
18. El acto como declaración .....	EAA-II-10
19. Continuación. Deferencia entre acto y hecho administrativo .....	EAA-II-10
20. Continuación .....	EAA-II-11
IV. <i>Acto administrativo y acto de derecho privado</i> .....	EAA-II-12
21. El ejercicio de una potestad pública en el acto administrativo .....	EAA-II-12
22. El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto ni a los más importantes .....	EAA-II-12
23. Continuación. El caso de las locaciones .....	EAA-II-14
24. Conclusión. La administración nunca dicta “actos de derecho privado” .....	EAA-II-14
V. <i>Acto administrativo y acto de gobierno</i> .....	EAA-II-14
25. Remisión .....	EAA-II-14
VI. <i>El acto administrativo en cuanto acto unilateral e individual</i> .....	EAA-II-15
26. Qué debe tenerse en cuenta al decidir si la noción de acto adminis- trativo comprende o no a los reglamentos y contratos administrativos. ....	EAA-II-15
27. Continuación. Existe un régimen jurídico diferente entre los actos unilaterales y bilaterales, e individuales y generales .....	EAA-II-16
28. El error de considerar que esto constituye un problema lógico que pueda ser resuelto <i>a priori</i> , y no una mera cuestión pragmática .....	EAA-II-16
29. Alcances de la exclusión de los reglamentos y contratos de la noción de acto administrativo .....	EAA-II-17
30. Mayor comodidad y precisión de este concepto restringido .....	EAA-II-17
31. Acerca de las diferencias entre el acto administrativo unilateral y los contratos .....	EAA-II-17
32. Principales diferencias de régimen jurídico entre los actos administrativos individuales y los reglamentos .....	EAA-II-18
33. Conclusión .....	EAA-II-19
VII. <i>El acto administrativo en cuanto productor de efectos jurídicos</i> .....	EAA-II-19
34. Es imprescindible aclarar que el acto administrativo es una declaración que produce efectos <i>jurídicos</i> .....	EAA-II-19
35. Pero no corresponde decir que es una declaración “destinada a producir” efectos jurídicos .....	EAA-II-20
36. Los efectos jurídicos deben ser directos, inmediatos .....	EAA-II-20
37. Los actos de contralor también son actos administrativos .....	EAA-II-21
VIII. <i>Noción de acto administrativo</i> .....	EAA-II-22
38. Noción final. Explicación somera .....	EAA-II-22

### **Capítulo III: Teoría de las nulidades del acto administrativo**

I. <i>Finalidad de la teoría</i> .....	EAA-III-1
1. El concepto de “nulidad,” etc. no es <i>a priori</i> , ni tiene una esencia propia determinada. Es tan sólo una relación entre otros conceptos .....	EAA-III-1
2. Criterio de investigación para llegar al concepto de nulidades del acto	

administrativo. Qué debe explicar una teoría de las nulidades .....	EAA-III-1
3. La selección de las consecuencias jurídicas a considerarse .....	EAA-III-2
4. Debe evitarse dar rigor dogmático alguno a los términos usuales .....	EAA-III-2
II. <i>Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil</i> .....	EAA-III-3
5. Criterio de comparación .....	EAA-III-3
6. No existe en el derecho público una distinción como la de nulidades absolutas y relativas del Código Civil .....	EAA-III-3
7. Continuación .....	EAA-III-3
8. La distinción entre actos nulos y anulables no se da en el derecho público con los caracteres del Código Civil .....	EAA-III-4
9. Los principios generales del derecho público en materia de nulidades ...	EAA-III-4
10. Continuación .....	EAA-III-5
III. <i>Nulidades civiles y administrativas en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Comparación</i> .....	EAA-III-6
11. Especies de nulidades administrativas. El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas .....	EAA-III-6
12. Continuación. El supuesto de las sanciones de menor gravedad .....	EAA-III-6
13. Su designación en la jurisprudencia. Crítica .....	EAA-III-7
14. Continuación. El concepto de acto “nulo” en derecho civil y adminis- trativo .....	EAA-III-8
15. Enfoque global comparado de las nulidades civiles y administrativas ..	EAA-III-8
16. Crítica. Impropiidad de remitirse al Código Civil para construir una teoría de las nulidades de los actos administrativos .....	EAA-III-9
17. Conclusión. Camino a seguir .....	EAA-III-9
IV. <i>Teoría de las nulidades del acto administrativo</i> .....	EAA-III-10
18. Fundamento lógico jurídico de la teoría .....	EAA-III-10
19. Punto de partida para la elaboración de la teoría: Los principios de la jurisprudencia .....	EAA-III-11
20. La categoría lógica de la inexistencia de acto administrativo .....	EAA-III-12
21. Su inclusión dentro de la teoría de las nulidades no es un problema dogmático, sino práctico .....	EAA-III-12
22. Caracteres del régimen jurídico argentino de los actos administra- tivos, que hacen necesaria dicha inclusión .....	EAA-III-13
23. Régimen jurídico atinente exclusivamente a la inexistencia de acto administrativo .....	EAA-III-14
24. Principales casos de inexistencia .....	EAA-III-14
25. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades del acto administrativo .....	EAA-III-15
26. Gráfico comparativo de las nulidades del acto administrativo .....	EAA-III-15
27. Vicios que originan esas nulidades. Criterio general .....	EAA-III-16
28. La valoración de los vicios del acto administrativo. Crítica .....	EAA-III-17

#### **Capítulo IV: Elementos y vicios del acto administrativos**

I. <i>Introducción</i> .....	EAA-IV-1
1. Elementos del acto administrativo .....	EAA-IV-1
2. Los vicios del acto administrativo en relación a sus elementos .....	EAA-IV-2
II. <i>Competencia</i> .....	EAA-IV-2

3. Noción .....	EAA-IV-2
1º) Competencia en razón del grado.....	EAA-IV-2
a) Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida. Delegación y descentralización irregulares.....	EAA-IV-3
b) Caso en que hay exceso en el ejercicio de la competencia.....	EAA-IV-5
4. 2º) Competencia en razón de la materia .....	EAA-IV-5
a) Incompetencia respecto a materias judiciales .....	EAA-IV-5
b) Respecto a materias legislativas .....	EAA-IV-6
c) Respecto a materias administrativas de otros órganos.....	EAA-IV-6
d) Materias administrativas que no tienen otros órganos .....	EAA-IV-6
5. 3º) La competencia en razón del territorio.....	EAA-IV-6
4º) La competencia en razón del tiempo .....	EAA-IV-7
III. <i>Voluntad</i> .....	EAA-IV-7
6. Concepto de “voluntad” en el acto administrativo.....	EAA-IV-7
7. <i>Vicios de tipo objetivo</i> en la voluntad administrativa:	
1º) Vicios en el origen de la voluntad .....	EAA-IV-8
a) Funcionario de hecho.....	EAA-IV-8
b) Usurpador.....	EAA-IV-8
8. 2º) Vicios en la preparación de la voluntad:	
a) Violación del derecho de defensa.....	EAA-IV-9
b) Falta de licitación.....	EAA-IV-10
c) Falta de concurso.....	EAA-IV-10
d) Omisión de dictamen o trámite sustancial .....	EAA-IV-10
9. 3º) Vicios en la formación de la voluntad:	
a) Actos de órganos colegiados .....	EAA-IV-11
b) Actos complejos .....	EAA-IV-11
c) Actos que requieren autorización .....	EAA-IV-12
d) Actos que requieren aprobación .....	EAA-IV-12
e) Actos sujetos a observación del Tribunal de Cuentas .....	EAA-IV-14
f) Actos observados por el Tribunal de Cuentas, sujetos a insistencia del Poder Ejecutivo .....	EAA-IV-15
10. Advertencia .....	EAA-IV-16
11. <i>Vicios de tipo subjetivo</i> en la voluntad administrativa:	
1º) Desviación de poder.....	EAA-IV-16
a) El funcionario actúa con una finalidad personal .....	EAA-IV-18
b) Con la finalidad de beneficiar a un tercero .....	EAA-IV-18
c) Con la finalidad de beneficiar a la misma administración.....	EAA-IV-18
12. 2º) Arbitrariedad. Concepto y condiciones de aplicación al acto administrativo .....	EAA-IV-18
13. Distintos casos de arbitrariedad:	
a) Actos que omiten decidir cuestiones conducentes a la solución del caso .....	EAA-IV-21
b) Decisiones que prescinden de los hechos probados o se fundan en hechos no probados.....	EAA-IV-21
c) Actos que carecen de fundamentación normativa seria .....	EAA-IV-22
d) Actos que no guardan proporcionalidad con el fin perseguido por la ley .....	EAA-IV-23
14. Diferencia entre vicio de arbitrariedad y la tradicional “violación de la ley,” en materia de facultades regladas .....	EAA-IV-23
15. 3º) Error. Diferencia con el vicio de “violación de la ley” y con el de	

arbitrariedad.....	EAA-IV-24
16. 4º Dolo. Violencia.....	EAA-IV-25
IV. <i>Objeto</i> .....	EAA-IV-25
17. Posibles vicios en el objeto del acto administrativo .....	EAA-IV-25
1º Prohibición del objeto.....	EAA-IV-25
2º Apartamiento de las facultades regladas:	
a) El objeto es dictado ante distintas circunstancias de hecho que las previstas por la ley .....	EAA-IV-26
b) El objeto es en sí mismo distinto del previsto por la ley .....	EAA-IV-26
3º Imprecisión u oscuridad.....	EAA-IV-27
4º Absurdidad .....	EAA-IV-27
5º Imposibilidad de hecho .....	EAA-IV-27
a) Por falta de sustrato personal.....	EAA-IV-27
b) Por falta de sustrato material.....	EAA-IV-27
c) Por falta de sustrato jurídico.....	EAA-IV-27
V. <i>Forma</i> .....	EAA-IV-28
18. Concepto de forma. Crítica de algunas distinciones tradicionales .....	EAA-IV-28
19. Distinción entre forma y formalidad. Crítica .....	EAA-IV-29
20. La motivación o fundamentación del acto no es un requisito de forma	EAA-IV-29
21. Clases de forma:	
a) Formas de documentación .....	EAA-IV-29
22. Clases de forma. Continuación:	
b) Formas de publicidad.....	EAA-IV-30
23. Especies de formas de publicidad. Publicación y notificación.....	EAA-IV-31
24. Continuación .....	EAA-IV-32
VI. <i>Resumen</i> .....	EAA-IV-32
25. Elementos, vicios y nulidades del acto administrativo en un gráfico comparativo .....	EAA-IV-32
I. Competencia .....	EAA-IV-33
II. Voluntad.....	EAA-IV-33
A) Objetiva .....	EAA-IV-33
B) Subjetiva.....	EAA-IV-34
III. Objeto.....	EAA-IV-35
IV. Forma .....	EAA-IV-35
<i>Bibliografía</i> .....	EAA-B-1

### *Libro III*

## **PROCEDIMIENTO Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

Prólogo.....	PRA-7
--------------	-------

*Parte general I***EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO****Capítulo I: Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo**

I. <i>La idea jurídica de proceso</i> .....	PRA-I-1
1. El proceso: Concepto amplio.....	PRA-I-1
2. Concepto restringido.....	PRA-I-2
3. Alcances del problema.....	PRA-I-2
4. Peligro de la noción amplia.....	PRA-I-3
5. Proceso y procedimiento.....	PRA-I-4
6. Derecho procesal administrativo.....	PRA-I-5
II. <i>El procedimiento administrativo</i> .....	PRA-I-5
7. El procedimiento administrativo y la función administrativa.....	PRA-I-5
8. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos.....	PRA-I-6
9. El procedimiento administrativo no es “jurisdiccional”.....	PRA-I-7
10. Crítica de la teoría que acepta “funciones jurisdiccionales” de la administración.....	PRA-I-7
11. El art. 95 de la Constitución nacional y la función jurisdiccional.....	PRA-I-9
12. Crítica de la distinción entre función jurisdiccional “judicial” y “administrativa”.....	PRA-I-9
13. Conclusión sobre la naturaleza del procedimiento administrativo.....	PRA-I-10
14. Consecuencias de negar al procedimiento administrativo carácter jurisdiccional.....	PRA-I-11
15. Conclusión sobre la aplicación de los principios del debido proceso al procedimiento administrativo.....	PRA-I-12
16. El procedimiento administrativo no es “interno”.....	PRA-I-12
17. Las obligaciones “internas” del funcionario también son debidas al administrado.....	PRA-I-12
18. El procedimiento administrativo es siempre externo respecto al funcio- nario que actúa en él.....	PRA-I-13
19. Procedimiento constitutivo y de impugnación.....	PRA-I-13
20. Procedimiento administrativo y derecho administrativo.....	PRA-I-14
21. Denominación del procedimiento administrativo.....	PRA-I-15
22. Concepto de procedimiento administrativo. Distinción con el resto del derecho administrativo.....	PRA-I-15
23. Lo esencial del procedimiento administrativo es la tramitación e impugnación de actos.....	PRA-I-15
24. Definición del procedimiento administrativo.....	PRA-I-16

**Capítulo II: Principios fundamentales del procedimiento administrativo**

I. <i>Principio de la legalidad objetiva</i> .....	PRA-II-1
1. Alcances del principio.....	PRA-II-1
2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa.....	PRA-II-2
II. <i>Principio de la oficialidad</i> .....	PRA-II-3
3. 1º) Principio de la impulsión de oficio.....	PRA-II-3
4. Excepciones al principio de la impulsión de oficio.....	PRA-II-3

5. Comparación con el proceso civil.....	PRA-II-4
6. Otras consecuencias del principio.....	PRA-II-4
7. 2º) Principio de la instrucción.....	PRA-II-5
8. 3º) Principio de la verdad material.....	PRA-II-5
III. <i>Principio del informalismo en favor del administrado</i> .....	PRA-II-6
9. El informalismo como arbitrariedad.....	PRA-II-6
10. El informalismo en favor del administrado. Origen.....	PRA-II-7
11. Su formulación en el derecho argentino.....	PRA-II-7
12. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos.....	PRA-II-8
13. Otras aplicaciones del principio.....	PRA-II-8
14. Conclusión.....	PRA-II-9
IV. <i>Principio del debido proceso (garantía de la defensa)</i> .....	PRA-II-10
15. Su aplicación al procedimiento administrativo.....	PRA-II-10
16. Elementos de la garantía de la defensa.....	PRA-II-11
17. Nuevos desarrollos, del principio.....	PRA-II-12
V. <i>Otros principios</i> .....	PRA-II-13
18. Carácter escrito del procedimiento.....	PRA-II-13
19. Mediación o intermediación.....	PRA-II-13
20. Rapidez, simplicidad, economía.....	PRA-II-14

### **Capítulo III: La impugnación y revisión de actos en el procedimiento administrativo**

I. <i>Revocación y anulación</i> .....	PRA-III-1
1. La teoría de las nulidades en la revisión judicial y administrativa.....	PRA-III-1
2. Diferencia entre revocación y anulación.....	PRA-III-1
II. <i>Las nulidades de los actos administrativos</i> .....	PRA-III-2
3. Vicios que originan las distintas nulidades.....	PRA-III-2
4. Actos anulables.....	PRA-III-2
5. Actos nulos.....	PRA-III-3
6. Inexistencia de acto.....	PRA-III-3
III. <i>El derecho a impugnar los actos administrativos</i> .....	PRA-III-4
7. Diferentes derechos en sede administrativa y judicial.....	PRA-III-4
8. Comparación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.....	PRA-III-4
9. Derecho subjetivo.....	PRA-III-5
10. Interés legítimo.....	PRA-III-5
11. Interés simple.....	PRA-III-6
IV. <i>La impugnación de actos de carácter general</i> .....	PRA-III-6
12. Criterio imperante en sede judicial. Crítica.....	PRA-III-6
13. El problema en el procedimiento administrativo.....	PRA-III-8
14. La impugnación de instrucciones y circulares.....	PRA-III-8
V. <i>Legitimidad y oportunidad</i> .....	PRA-III-9
15. Control judicial de legitimidad. Control administrativo de legitimidad y oportunidad.....	PRA-III-9
16. Comparación entre legitimidad, oportunidad y actividad reglada y discrecional.....	PRA-III-9
17. Discrecionalidad técnica.....	PRA-III-10

18. Aspectos que abarca el control de legitimidad.....	PRA-III-11
19. Derechos amparados por el control de legitimidad .....	PRA-III-12
20. Gráfico de legitimidad y oportunidad, facultad reglada y discrecional .	PRA-III-13

## *Parte general II*

### **INSTITUCIONES DEL PROCEDIMIENTO**

#### **Capítulo IV: Las partes**

I. <i>Capacidad para ser parte</i> .....	PRA-IV-1
1. Caso general .....	PRA-IV-1
2. Menor adulto .....	PRA-IV-1
3. Menor adulto funcionario público.....	PRA-IV-2
4. Menor adulto que ejerce comercio o industria .....	PRA-IV-2
5. Menor adulto que ejerce cargas públicas, o ingresa a la función pública..	PRA-IV-3
6. Conclusión .....	PRA-IV-3
7. Valoración del sistema .....	PRA-IV-3
8. Organismos públicos: a) Entes con personalidad jurídica .....	PRA-IV-4
9. b) Órganos administrativos sin personalidad jurídica .....	PRA-IV-4
10. La cuestión de las relaciones interorgánicas en el derecho positivo .....	PRA-IV-6
11. Continuación. El caso del tribunal de cuentas .....	PRA-IV-6
12. Otras hipótesis .....	PRA-IV-7
13. Funcionarios públicos .....	PRA-IV-7
14. Sustitución de partes: Herederos .....	PRA-IV-8
15. Terceros intervinientes .....	PRA-IV-8
II. <i>Representación y patrocinio de las partes</i> .....	PRA-IV-9
16. Representación .....	PRA-IV-9
17. Quiénes pueden ser representantes .....	PRA-IV-9
18. Forma de la representación .....	PRA-IV-10
19. Caracteres de la representación .....	PRA-IV-11
20. Patrocinio.....	PRA-IV-11
21. Patrocinio y representación .....	PRA-IV-12
III. <i>El interés requerido para ser parte (legitimación)</i> .....	PRA-IV-12
22. El interés legítimo, Requisitos .....	PRA-IV-12
23. El interés debe ser un círculo definido y limitado de individuos .....	PRA-IV-13
24. El interés debe ser personal y directo .....	PRA-IV-13
25. Origen y significado actual de este requisito .....	PRA-IV-14
26. Su interpretación en la práctica argentina. Crítica .....	PRA-IV-15
27. El interés puede ser patrimonial o moral .....	PRA-IV-16
28. El interés puede ser subjetivo .....	PRA-IV-17
29. El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo .....	PRA-IV-18
30. Interpretación de este principio en la práctica argentina.....	PRA-IV-18
31. El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio .....	PRA-IV-19
32. El interés retrospectivo.....	PRA-IV-20
33. Cuándo se aprecia el interés.....	PRA-IV-20
34. Pérdida del interés .....	PRA-IV-21

**Capítulo V: Los recursos**

I. <i>Concepto</i> .....	PRA-V-1
1. Concepto amplio .....	PRA-V-1
2. Recursos jurisdiccionales y administrativos .....	PRA-V-1
3. Diferencias .....	PRA-V-2
4. Recurso, reclamación y denuncia .....	PRA-V-3
5. a) En la doctrina .....	PRA-V-3
6. b) En la práctica argentina .....	PRA-V-4
7. Gráfico de la distinción en la práctica argentina .....	PRA-V-5
II. <i>Naturaleza jurídica</i> .....	PRA-V-5
8. a) El recurso es un derecho .....	PRA-V-5
9. b) El recurso es un acto .....	PRA-V-5
10. Comparación entre ambas concepciones .....	PRA-V-6
11. c) El recurso es un medio de defensa .....	PRA-V-6
III. <i>Enumeración y clasificación de los recursos</i> .....	PRA-V-7
12. Clasificación según sean recursos <i>stricto sensu</i> , reclamaciones o denuncias .....	PRA-V-7
13. Clasificación según la fuente .....	PRA-V-7
14. Clasificación según sean reglados o no .....	PRA-V-8
IV. <i>Requisitos formales y sustanciales</i> .....	PRA-V-8
A. <i>Requisitos formales</i> .....	PRA-V-8
15. Los requisitos formales del Decreto 7520/44 .....	PRA-V-8
16. Su exigibilidad en la práctica .....	PRA-V-9
17. Requisitos mínimos exigibles .....	PRA-V-9
18. 1º) El recurso debe ser escrito .....	PRA-V-10
19. También puede ser presentado por telegrama .....	PRA-V-11
20. 2º) El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente .....	PRA-V-11
B. <i>Requisitos sustanciales</i> .....	PRA-V-12
21. La clara manifestación de voluntad .....	PRA-V-12
22. Fundamentación del recurso .....	PRA-V-12
C. <i>Omisión de requisitos formales o sustanciales</i> .....	PRA-V-12
23. Criterio a seguir .....	PRA-V-12
24. La complementación de un recurso con otro .....	PRA-V-13
V. <i>Efectos de la interposición del recurso</i> .....	PRA-V-13
25. Interrumpe el término .....	PRA-V-13
26. No suspende la ejecución del acto .....	PRA-V-13
27. Excepciones a este principio .....	PRA-V-14
28. Crítica .....	PRA-V-14
29. Continuación. La ejecutoriedad del acto como supuesto fundamento del principio .....	PRA-V-15
30. Conclusión sobre tal fundamento .....	PRA-V-16
31. Continuación. La presunción de legitimidad del acto como fundamento del principio .....	PRA-V-16
32. La analogía jurídica como solución del problema .....	PRA-V-17
33. Conclusión: Inversión del principio del efecto no suspensivo .....	PRA-V-17
34. Consideraciones prácticas sobre el efecto no suspensivo del recurso .....	PRA-V-18
35. Otros efectos de la interposición del recurso: No implica trabar la litis	

en forma inmutable .....	PRA-V-19
36. No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado ...	PRA-V-20
37. Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso .....	PRA-V-20

## **Capítulo VI: El administrador**

I. <i>Facultades del administrador</i> .....	PRA-VI-1
A. Respecto al procedimiento .....	PRA-VI-1
1. 1º Resoluciones de trámite .....	PRA-VI-1
2. 2º Decisión acerca de la procedencia formal de los recursos .....	PRA-VI-1
3. La admisión formal del recurso se hace al decidir sobre el fondo .....	PRA-VI-2
4. 3º Elevación al superior de los recursos y denuncias .....	PRA-VI-2
5. 4º La impulsión e instrucción de oficio .....	PRA-VI-3
6. 5º Perención de instancia .....	PRA-VI-3
B. Respecto al fondo de los recursos .....	PRA-VI-3
7. 1º Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente .....	PRA-VI-3
8. Continuación: Límites a la facultad de revocar .....	PRA-VI-4
9. 2º Revocación de los actos de los inferiores, impugnados jerárquicamente .....	PRA-VI-4
10. 3º Revocación del acto propio, confirmado o modificado por el superior .....	PRA-VI-5
11. 4º Reiteración del propio acto, revocado por el superior .....	PRA-VI-6
12. 5º Decisión del recurso .....	PRA-VI-6
II. <i>Deberes del administrador</i> .....	PRA-VI-6
13. 1º Facilitar la defensa del recurrente .....	PRA-VI-6
14. 2º Impulsar el trámite de los recursos .....	PRA-VI-7
15. 3º Decidir expresamente las peticiones .....	PRA-VI-7
16. Continuación: Desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones .....	PRA-VI-8
17. 4º Caracteres que debe reunir la decisión .....	PRA-VI-8
III. <i>Excusación y recusación</i> .....	PRA-VI-8
A. Excusación .....	PRA-VI-8
18. Admisibilidad .....	PRA-VI-8
19. Caracteres y alcances de la excusación .....	PRA-VI-9
B. Recusación .....	PRA-VI-9
20. Improcedencia .....	PRA-VI-9
21. Crítica .....	PRA-VI-10
22. Conclusión respecto a la procedencia de la recusación .....	PRA-VI-10
23. Causales de recusación. El prejuicio personal .....	PRA-VI-11
24. El caso del Presidente y los Ministros .....	PRA-VI-11
25. Oportunidad de plantear la recusación .....	PRA-VI-12
C. Excusación y recusación de los sumarintes .....	PRA-VI-12
26. Causales .....	PRA-VI-12
27. Caracteres y alcances .....	PRA-VI-13
IV. <i>Responsabilidad del administrador</i> .....	PRA-VI-13
28. Caracteres de responsabilidad civil .....	PRA-VI-13
29. Coordinación de la responsabilidad del funcionario con la del Estado .....	PRA-VI-14

**Capítulo VII: Actos y etapas del procedimiento**

I. <i>Iniciación del procedimiento y apertura a prueba</i> .....	PRA-VII-1
1. Iniciación de oficio o a petición de parte .....	PRA-VII-1
2. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba .....	PRA-VII-1
3. Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba.....	PRA-VII-2
4. Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso .....	PRA-VII-3
5. Ejemplo de tramitación correctamente efectuada .....	PRA-VII-3
6. Consecuencias prácticas de este procedimiento .....	PRA-VII-4
7. Su aceptación por la Procuración del Tesoro de la Nación .....	PRA-VII-5
8. Ofrecimiento y producción de la prueba .....	PRA-VII-6
9. Pruebas admisibles .....	PRA-VII-6
10. Gobierno y control de la prueba .....	PRA-VII-6
11. Apreciación de la prueba.....	PRA-VII-7
12. Criterio a seguirse en caso de duda.....	PRA-VII-7
II. <i>El acto impugnabile</i> .....	PRA-VII-8
13. Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos ...	PRA-VII-8
III. <i>Publicidad. Publicación y notificación</i> .....	PRA-VII-9
14. La publicidad del acto como presupuesto del recurso .....	PRA-VII-9
15. Publicación.....	PRA-VII-9
16. La publicación debe reproducir íntegramente el acto .....	PRA-VII-9
17. Cómputo del término a partir de la publicación.....	PRA-VII-9
18. Notificación .....	PRA-VII-10
19. Falta de constancia de la notificación .....	PRA-VII-11
20. Notificación y publicación. Imposibilidad de intercambiarlas .....	PRA-VII-11
21. Improcedencia de recurrir un reglamento no publicado .....	PRA-VII-12
22. Validez de la notificación .....	PRA-VII-12
23. Notificación espontánea por el particular.....	PRA-VII-12
IV. <i>Términos para recurrir</i> .....	PRA-VII-13
24. Días corridos o hábiles administrativos.....	PRA-VII-13
25. Días hábiles en la administración y en la justicia.....	PRA-VII-14
26. Cómputo de términos.....	PRA-VII-14
27. No se computan respecto de los actos nulos e inexistentes .....	PRA-VII-15
28. Suspensión de los términos. El pedido de vista.....	PRA-VII-15
29. Suspensión espontánea de los términos por la administración.....	PRA-VII-16
30. Interrupción de los términos .....	PRA-VII-17
31. Continuación: Recurso presentado ante autoridad incompetente.....	PRA-VII-17
32. Continuación: La voluntad de recurrir como requisito de la interrupción .....	PRA-VII-17
33. Interrupción por recurso o acción judicial.....	PRA-VII-18
V. <i>Nulidad de los actos de procedimiento</i> .....	PRA-VII-18
34. Distinción entre la nulidad de los actos de trámite y del acto que resuelve el fondo de la cuestión .....	PRA-VII-18
35. El criterio de que no hay nulidad sin daño se aplica sólo a los actos de trámite.....	PRA-VII-19
36. La violación de la garantía de la defensa como nulidad de fondo o de procedimiento .....	PRA-VII-19

VI. <i>Costas</i> .....	PRA-VII-20
37. Improcedencia .....	PRA-VII-20
38. Supresión del sellado de actuación.....	PRA-VII-20
39. Caso en que hay dos particulares en contradicción.....	PRA-VII-21

### *Parte especial*

## **LOS RECURSOS EN PARTICULAR**

### **Capítulo VIII: Recurso de revocatoria**

1. Concepto doctrinal.....	PRA-VIII-1
2. Concepto positivo.....	PRA-VIII-1
3. Antes quien se interpone .....	PRA-VIII-2
4. La solución dada por el Decreto 2126/61 .....	PRA-VIII-3
5. a) En la administración centralizada.....	PRA-VIII-3
6. a) Valoración del sistema actual.....	PRA-VIII-4
7. b) Ante quien se interpone, en la administración descentralizada .....	PRA-VIII-5
8. Contra qué actos procede. a) En razón del contenido y la naturaleza del acto .....	PRA-VIII-6
9. b) En razón del órgano .....	PRA-VIII-6
10. Continuación: Procedencia de interponer recurso de revocatoria “omisso medio” .....	PRA-VIII-7
11. Término para interponerlo .....	PRA-VIII-8
12. Denegación tácita del recurso.....	PRA-VIII-8
13. Denegación expresa. a) Antes de la denegación tácita.....	PRA-VIII-9
14. b) Después de la denegación tácita .....	PRA-VIII-9
15. c) Denegación expresa de un recurso de revocatoria interpuesto fuera de término .....	PRA-VIII-10

### **Capítulo IX: Recurso jerárquico**

I. <i>Recurso jerárquico propio</i> .....	PRA-IX-1
1. El concepto de recurso jerárquico.....	PRA-IX-1
2. Comparación con el recurso extraordinario del derecho italiano .....	PRA-IX-1
3. Distinción entre recurso jerárquico propio e impropio.....	PRA-IX-2
4. Ante quien se interpone .....	PRA-IX-2
5. Alcances de este requisito .....	PRA-IX-3
6. Contra qué actos procede. a) En razón del órgano .....	PRA-IX-3
7. b) En razón de la naturaleza .....	PRA-IX-3
8. c) En razón de la materia.....	PRA-IX-4
9. Actos excluidos del recurso. a) Resoluciones ministeriales definitivas.....	PRA-IX-5
10. b) Decretos del Poder Ejecutivo.....	PRA-IX-5
11. c) Actos preparatorios .....	PRA-IX-6
12. Por qué motivos se puede recurrir. a) Legitimidad y oportunidad.....	PRA-IX-6
13. b) Derecho subjetivo e interés legítimo .....	PRA-IX-6
14. Término para interponer el recurso .....	PRA-IX-6
15. Requisitos del recurso .....	PRA-IX-7
16. Identidad del recurrente .....	PRA-IX-7
17. Interposición.....	PRA-IX-8
18. Ante quién se tramita el recurso. a) En general.....	PRA-IX-8

19. b) Cuando se impugnan actos del Secretario de Estado .....	PRA-IX-8
20. Etapas del trámite. 1º) Remisión de las actuaciones.....	PRA-IX-9
21. Procedimiento seguido para la remisión .....	PRA-IX-10
22. Término para la remisión .....	PRA-IX-10
23. 2º) Apertura a prueba.....	PRA-IX-10
24. 3º) Informes y dictámenes: a) Informes de las direcciones generales.....	PRA-IX-11
25. b) Informe del Subsecretario de Estado .....	PRA-IX-12
26. c) Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación .....	PRA-IX-13
27. d) Exigencia de dictamen jurídico .....	PRA-IX-14
28. 4º) Memorial .....	PRA-IX-14
29. Decisión del recurso .....	PRA-IX-14
30. Alcances de la decisión.....	PRA-IX-15
II. <i>Recurso jerárquico impropio</i> .....	PRA-IX-15
31. Concepto .....	PRA-IX-15
32. Procedencia: a) Principio general.....	PRA-IX-15
33. b) Contra qué actos procede.....	PRA-IX-16
34. c) Motivos porque procede.....	PRA-IX-17
35. Legitimidad en sentido amplio .....	PRA-IX-17
36. Oportunidad .....	PRA-IX-17
37. Interposición del recuso .....	PRA-IX-18
38. Decisión del recurso .....	PRA-IX-18
39. Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto .....	PRA-IX-18

**Capítulo X: Otros medios de impugnación**

I. <i>Recursos</i> .....	PRA-X-1
1. 1º) Recurso jerárquico no reglado .....	PRA-X-1
2. Escalas jerárquicas en que procede.....	PRA-X-1
3. Caracteres.....	PRA-X-1
4. Efectos.....	PRA-X-2
5. 2º) Recurso de reconsideración .....	PRA-X-2
6. Caracteres.....	PRA-X-2
7. Casos en que procede .....	PRA-X-2
8. 3º) Recurso de revisión .....	PRA-X-3
9. Ante quién se interpone.....	PRA-X-3
10. Término para imponerlo .....	PRA-X-4
11. Causales de revisión.....	PRA-X-4
II. <i>Denuncias</i> .....	PRA-X-4
12. 1º) Mera denuncia .....	PRA-X-4
13. 2º) Denuncia de ilegitimidad.....	PRA-X-4
14. Diferencias con la mera denuncia .....	PRA-X-5
III. <i>Reclamaciones</i> .....	PRA-X-6
15. 1º) Queja .....	PRA-X-6
16. Procedencia.....	PRA-X-6
17. Actos y hechos impugnables .....	PRA-X-6
18. Ante quién se interpone .....	PRA-X-7
19. Trámite .....	PRA-X-7
20. 2º) Reclamación administrativa. Origen .....	PRA-X-7
21. Naturaleza .....	PRA-X-10

22. Procedencia: a) En general .....	PRA-X-10
23. b) Respecto de entes descentralizados .....	PRA-X-11
24. No interrumpe la prescripción de la acción .....	PRA-X-12
25. Contra qué actos procede .....	PRA-X-12
26. Qué derechos protege .....	PRA-X-12
27. Término para interponerla .....	PRA-X-13
28. Ante quién se interpone .....	PRA-X-13
29. Quién debe decidirla .....	PRA-X-13
30. Requerimiento de pronto despacho .....	PRA-X-14
31. Interposición de la demanda judicial: a) Demanda al solo efecto interrumpitivo de la prescripción .....	PRA-X-14
32. b) Juicio en marcha .....	PRA-X-15
33. c) Juicio desistido .....	PRA-X-15

### **Capítulo XI: Los recursos administrativos en la práctica**

I. <i>¿Qué recursos conviene emplear?</i> .....	PRA-XI-1
1. Recursos existentes en las escalas jerárquicas inferiores .....	PRA-XI-1
2. Recursos existentes contra actos de un Director General .....	PRA-XI-1
3. Recursos existentes contra actos de funcionarios superiores a Director General .....	PRA-XI-2
4. Recursos existentes contra decretos del Poder Ejecutivo .....	PRA-XI-2
5. Otros remedios existentes en tales casos .....	PRA-XI-2
6. Inconveniencia de emplear el recurso de reconsideración .....	PRA-XI-2
7. Inconveniencia de emplear el recurso jerárquico no reglado .....	PRA-XI-2
8. Conveniencia de emplear los recursos de revocatoria y jerárquico .....	PRA-XI-3
9. Oportunidad de interponer la reclamación administrativa .....	PRA-XI-3
10. Oportunidad de interponer la denuncia de ilegitimidad .....	PRA-XI-3
11. Casos en que se empleará el recurso de revisión .....	PRA-XI-4
12. Casos en que se empleará la queja .....	PRA-XI-4
II. <i>Estructura de los recursos</i> .....	PRA-XI-4
13. Reglas a seguir .....	PRA-XI-4
14. Exhaustividad .....	PRA-XI-4
15. Concisión .....	PRA-XI-5
16. Sistematización .....	PRA-XI-6
17. Continuación: Cuestiones de hecho y de derecho .....	PRA-XI-7
18. Gradación de los argumentos .....	PRA-XI-7
19. Continuación: Exposición de los vicios en el objeto .....	PRA-XI-8
20. Continuación: Los vicios en la competencia .....	PRA-XI-8
21. Continuación: Los vicios objetivos de la voluntad .....	PRA-XI-8
22. Continuación: Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma .....	PRA-XI-8
23. Conclusión .....	PRA-XI-9
24. Precisión y claridad .....	PRA-XI-9
III. <i>Forma del recurso</i> .....	PRA-XI-10
25. Formas habituales de los recursos .....	PRA-XI-10
26. Ejemplo de un recurso jerárquico .....	PRA-XI-11
IV. <i>Estilo administrativo</i> .....	PRA-XI-12
28. Estilo administrativo y estilo forense .....	PRA-XI-12

29. “Falta de estilo” .....	PRA-XI-13
30. Objetividad .....	PRA-XI-13
31. Impersonalidad.....	PRA-XI-14
32. Dignidad .....	PRA-XI-14
33. Valentía .....	PRA-XI-15
34. Prudencia.....	PRA-XI-16
35. Mesura .....	PRA-XI-16
V. <i>Las actuaciones administrativas</i> .....	PRA-XI-16
36. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación .....	PRA-XI-16
37. El trámite de agregación de escritos al expediente .....	PRA-XI-17
38. Continuación: Defectos de foliación.....	PRA-XI-17
39. Continuación: Expedientes agregados .....	PRA-XI-18
40. Conclusión: La precaución de guardar copia de los escritos .....	PRA-XI-18

**Capítulo XII: El proyecto de ley de procedimiento administrativo del Dr. Bartolomé Fiorini**

El proyecto de ley de procedimiento administrativo del Dr. BARTOLOMÉ FIORINI. Texto y comentarios .....	PRA-XII-1
Conclusiones .....	PRA-XII-35

**Apéndice**

<i>Decreto 20.003/33</i> (primer decreto orgánico sobre recurso jerárquico, sustituido luego por decreto 7520/44).....	PRA-A-1
<i>Decreto 51.192/34</i> (declarando la aplicabilidad del recurso jerárquico a las entidades descentralizadas, también sustituido por el decreto 7520/44)..	PRA-A-3
<i>Decreto 7520/44</i> , sobre recurso jerárquico .....	PRA-A-3
<i>Decreto 21.680/49</i> , sobre término para interposición del recurso de revocatoria .....	PRA-A-6
<i>Decreto 19.041/51</i> , sobre cómputo de los términos de los recursos de revocatoria y jerárquico.....	PRA-A-6
<i>Decreto 2126/61</i> , sobre autoridades competentes para resolver el recurso de revocatoria .....	PRA-A-7
<i>Ley 3952, con la modificación de la ley 11.634</i> , sobre demandas contra la Nación y previa reclamación administrativa.....	PRA-A-8
<i>Bibliografía</i> .....	PRA-B-1

**Libro IV<sup>1</sup>**

**PROYECTO DE CÓDIGO ADMINISTRATIVO**

1. Distintas orientaciones .....	PCA-1
2. Tipo de codificación preferible .....	PCA-1
3. Un proyecto de Código Administrativo .....	PCA-2
4. Principales abreviaturas empleadas en el código.....	PCA-3

<sup>1</sup>Corresponde al capítulo IX de *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., pp. 205-306.

<i>Libro I. Régimen jurídico de la administración pública</i> .....	PCA-4
Título Preliminar .....	PCA-4
Sección I.....	PCA-4
Título I — De la competencia .....	PCA-4
Cap. 1º — De la competencia en general .....	PCA-4
Cap. 2º — De los conflictos de competencia dentro de una misma Secretaría .....	PCA-5
Cap. 3º — De los conflictos de competencia entre órganos de distintas Secretarías.....	PCA-5
Cap. 4º — Disposiciones comunes a los conflictos de competencia .....	PCA-6
Cap. 5º — De las cuestiones de competencia planteadas por los interesados .....	PCA-6
Cap. 6º — De la delegación de competencia .....	PCA-6
Cap. 7º — Delegación de competencia delegada .....	PCA-7
Cap. 8º — Revocación de la delegación de competencia .....	PCA-7
Cap. 9º — De la avocación .....	PCA-8
Título II — De la jerarquía administrativa .....	PCA-8
Cap. 1º — Del poder jerárquico .....	PCA-8
Cap. 2º — Del deber de obediencia .....	PCA-8
Título III — De los funcionarios públicos .....	PCA-9
Cap. 1º — Del concepto de funcionario público .....	PCA-9
Cap. 2º — De los funcionarios y los administrados.....	PCA-9
Cap. 3º — De la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos.....	PCA-10
Cap. 4º — De la responsabilidad civil de los funcionarios públicos .....	PCA-11
Título IV — De la desconcentración y de la descentralización administrativa	PCA-13
Cap. 1º — De la desconcentración.....	PCA-13
Cap. 2º — De la descentralización .....	PCA-14
Cap. 3º — De la intervención al ente descentralizado.....	PCA-14
Cap. 4º — Del término de la intervención .....	PCA-15
Sección II .....	PCA-17
Título I — De los elementos y requisitos del acto administrativo.....	PCA-17
Cap. 1º — Del acto administrativo en general .....	PCA-17
Cap. 2º — Del objeto del acto .....	PCA-17
Cap. 3º — De la competencia.....	PCA-17
Cap. 4º — De los requisitos de la voluntad previos a la emisión del acto....	PCA-17
Cap. 5º — De los requisitos de la voluntad en la emisión del acto.....	PCA-18
Cap. 6º — De los requisitos de la emisión de la voluntad en los órganos administrativos colegiados .....	PCA-19
Cap. 7º — De las formas de documentación .....	PCA-20
Cap. 8º — De la notificación del acto .....	PCA-21
Título II — De los vicios del acto administrativo .....	PCA-22
Cap. 1º — De los vicios en general.....	PCA-22
Cap. 2º — De los vicios del objeto.....	PCA-23
Cap. 3º — De los vicios de la competencia.....	PCA-24
Cap. 4º — De los vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto.....	PCA-25
Cap. 5º — De los vicios de la voluntad en la emisión del acto.....	PCA-25
Cap. 6º — De los vicios de forma.....	PCA-26
Título III — De las nulidades y de la inexistencia del acto administrativo .....	PCA-26

Cap. 1º — De las nulidades en general.....	PCA-26
Cap. 2º — De la anulabilidad.....	PCA-27
Cap. 3º — De la nulidad.....	PCA-27
Cap. 4º — De la inexistencia.....	PCA-27
Título IV — De la eficacia del acto administrativo.....	PCA-28
Cap. 1º — De la presunción de validez.....	PCA-28
Cap. 2º — De la ejecutividad.....	PCA-28
Cap. 3º — De la ejecutoriedad.....	PCA-29
Cap. 4º — De la ejecución directa por administración en la remoción de obstáculos en bienes de dominio público.....	PCA-29
Cap. 5º — De la ejecución directa por administración de otras obras o trabajos.....	PCA-30
Cap. 6º — De la ejecución directa por administración de las sanciones administrativas.....	PCA-31
Cap. 7º — De la ejecución subsidiaria por terceros.....	PCA-32
Título V — La extinción del acto administrativo.....	PCA-32
Cap. 1º — De la extinción del acto en general.....	PCA-32
Cap. 2º — De los efectos de la extinción.....	PCA-33
Cap. 3º — De la revocación en general.....	PCA-34
Cap. 4º — De la revocación por ilegitimidad.....	PCA-34
Cap. 5º — De la revocación por oportunidad.....	PCA-35
Cap. 6º — De la caducidad.....	PCA-36
Sección III.....	PCA-37
Título único — De los reglamentos administrativos.....	PCA-37
Cap. 1º — Del concepto y requisitos de los reglamentos.....	PCA-37
Cap. 2º — Del régimen jurídico de los reglamentos. Impugnación.....	PCA-37
Cap. 3º — De las circulares e instrucciones.....	PCA-38
<i>Libro II. Del procedimiento administrativo.....</i>	<i>PCA-38</i>
Sección I.....	PCA-38
Título I — Del procedimiento administrativo en general.....	PCA-38
Cap. 1º — Del procedimiento administrativo en general.....	PCA-38
Cap. 2º — Del debido proceso.....	PCA-38
Cap. 3º — De la legalidad objetiva en el procedimiento administrativo.....	PCA-39
Cap. 4º — De la oficialidad en el procedimiento.....	PCA-40
Cap. 5º — Del informalismo en favor del administrado.....	PCA-41
Título II — De las actuaciones administrativas.....	PCA-42
Cap. 1º — De los expedientes administrativos.....	PCA-42
Cap. 2º — De la vista de las actuaciones.....	PCA-42
Cap. 3º — De la reserva de las actuaciones.....	PCA-43
Cap. 4º — De los traslados para la audiencia de los interesados.....	PCA-44
Sección II. Instituciones del procedimiento administrativo.....	PCA-45
Título I — De las partes en el procedimiento administrativo.....	PCA-45
Cap. 1º — De la capacidad para ser parte.....	PCA-45
Cap. 2º — De los terceros en el procedimiento.....	PCA-46
Cap. 3º — De la sustitución de partes.....	PCA-46
Cap. 4º — De la representación de las partes.....	PCA-47
Cap. 5º — Del patrocinio de las partes.....	PCA-48
Cap. 6º — De la legitimación de las partes.....	PCA-48
Título II — Del administrador en el procedimiento administrativo.....	PCA-49
Cap. 1º — De las facultades y deberes del administrador respecto al	

trámite.....	PCA-49
Cap. 2° — De las facultades y deberes respecto a la defensa de las partes y a la prueba.....	PCA-50
Cap. 3° — De las facultades y deberes respecto a la decisión sobre el fondo de los recursos.....	PCA-50
Cap. 4° — Disposiciones comunes.....	PCA-51
Cap. 5° — De la excusación y recusación de los funcionarios.....	PCA-52
Título III — De la publicidad de los actos en el procedimiento administrativo.....	PCA-52
Cap. 1° — De la publicidad en general.....	PCA-52
Cap. 2° — De la notificación.....	PCA-52
Cap. 3° — De la publicación.....	PCA-53
Título IV — De los términos administrativos.....	PCA-54
Cap. 1° — De los términos en general.....	PCA-54
Cap. 2° — De la interrupción de los términos.....	PCA-55
Cap. 3° — De la suspensión de los términos.....	PCA-56
Cap. 4° — De los términos en particular.....	PCA-57
Título V — De la intervención de las partes en el procedimiento administrativo y de los recursos en general.....	PCA-58
Cap. 1° — De la intervención verbal de las partes.....	PCA-58
Cap. 2° — De los escritos presentados por los interesados.....	PCA-58
Cap. 3° — De los recursos y reclamaciones en general, y sus requisitos. De las denuncias.....	PCA-60
Cap. 4° — De la documentación acompañada.....	PCA-61
Cap. 5° — De los actos impugnables mediante recurso.....	PCA-63
Cap. 6° — De los efectos de la interposición del recurso.....	PCA-63
Título VI — De los recursos y reclamaciones en particular.....	PCA-64
Cap. 1° — Del recurso jerárquico menor.....	PCA-64
Cap. 2° — Del recurso jerárquico mayor.....	PCA-64
Cap. 3° — Del recurso de queja.....	PCA-64
Cap. 4° — De las reclamaciones y denuncias.....	PCA-65
Título VII — De la prueba.....	PCA-65
Cap. 1° — De la apertura de la prueba.....	PCA-65
Cap. 2° — Del gobierno y producción de la prueba.....	PCA-66
Cap. 3° — Nuevas pruebas.....	PCA-66
Título VIII — De la decisión de los recursos y reclamaciones de las partes....	PCA-67
Cap. 1° — Del trámite previo a la decisión.....	PCA-67
Cap. 2° — De los caracteres de la decisión.....	PCA-68
Sección III. De la fiscalía municipal.....	PCA-68
Título I — Del recurso de apelación ante la fiscalía municipal.....	PCA-68
Cap. 1° — De los actos impugnables mediante el recurso de apelación.....	PCA-68
Cap. 2° — Del término para interponerlo.....	PCA-68
Cap. 3° — Del trámite del recurso.....	PCA-69
Cap. 4° — De la aplicación del Libro II.....	PCA-69
Cap. 5° — De la decisión del recurso de apelación.....	PCA-69
Cap. 6° — De los recursos contra la decisión de la Fiscalía en el recurso de apelación.....	PCA-70
Cap. 7° — De los alcances de la decisión y la observación del Intendente Municipal.....	PCA-71
Título II — De la fiscalía municipal.....	PCA-71

Cap. 1º — De la organización de la Fiscalía Municipal .....	PCA-71
Cap. 2º — De la competencia y atribuciones de la Fiscalía Municipal .....	PCA-72
Cap. 3º — Del nombramiento y remoción del Fiscal Municipal.....	PCA-72
Cap. 4º — De la jurisprudencia de la Fiscalía Municipal.....	PCA-73



*Hereux qui comme Ulysse  
A fait un beau voyage  
(BRASSENS)*

## AÑOS 1962 A 1964: NOTA PERSONAL

En 2011 y 2012 me encuentro trabajando en *A mi padre: Una autobiografía* y al propio tiempo iniciando la publicación del ahora denominado *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* que aparece aquí a partir del presente tomo 5, continuación de los cuatro del tradicional *Tratado de derecho administrativo*. (El que de ahora en más tendrá, para futuras ediciones,<sup>1</sup> el nuevo título ya consignado.)

En el año 2011 el proyecto<sup>2</sup> era sacar doce volúmenes juntos por Editorial LA LEY,<sup>3</sup> bajo la amable coordinación de la Dra. MABEL DANIELE, pero a los pocos meses de avanzar ella con su tarea nació la necesidad de repensar yo la obra, reordenarla, y también comenzaron a aparecer materiales nuevos que requerían reelaboración del conjunto. Así fue creciendo en el camino la extensión del libro *El método en derecho* y floreció la posibilidad de incluir trabajos ajenos, originales y creativos, publicados o inéditos, de distintos colegas y ex-alumnos que tuvieron a bien aceptar mi invitación para participar en la obra completa con sus propias ideas y aportes. Surgieron nuevas ideas y materiales que podían arrojar

<sup>1</sup> Este es mi siempre presente costado optimista.

<sup>2</sup> Para ser exactos, el proyecto de la Editorial La Ley, en la persona de su entonces Director de Publicaciones y Subdirector del diario, Dr. FEDERICO DE LORENZO.

<sup>3</sup> Había sido risueñamente tentado por mis amigos de LA LEY en la imaginación de futuras bibliotecas ajenas con diecisiete o más tomos encuadernados bajo mi nombre, sumando al *Derecho administrativo. Doctrinas esenciales* aparecido en cinco tomos en el año 2010 bajo dicho sello editorial. Con distintas editoriales y sin encuadernar, ya estaban; faltaba ahora darles la visión encuadernada total. No niego que sea una apetecible ensoñación, pero sólo me ha sido posible acercarme a ella despaciosamente, de a un tomo por vez, subiendo el material a Internet y editándolo en papel y cartulina por la Fundación de Derecho Administrativo, antes de pasar al emprendimiento mayor de la edición total encuadernada. De todas maneras ya aparece mi nombre en las tapas encuadernadas de la edición argentina en dos tomos del clásico *Derecho Administrativo* de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Con letras doradas, como zumbonamente cuenta SAN ANTONIO en el prólogo a sus *Obras completas*. No sé qué quedará de las actuales 300 páginas del borrador de mi autobiografía, pero por ahora hay en ellas bastantes referencias explicativas.

contrastes, luces y —por qué no—claroscuros, con los cuales enriquecer la obra tradicional, hacer pensar más al lector. No me queda pues otra alternativa que ir publicando los tomos despaciosamente, de a uno, y dejar para el final, si llego,<sup>4</sup> la publicación simultánea y encuadrada de toda la obra.

Esa mutación no alcanza, con todo, al presente volumen quinto, pues él emerge de lo más profundo de mi historia personal, sin perjuicio que puede ser contextualizado en “El derecho administrativo de los últimos 75 años en la Editorial La Ley,” prólogo en colaboración<sup>5</sup> de la obra *Derecho administrativo. Doctrinas esenciales*, publicada bajo mi dirección en cinco tomos, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Este tomo 5 contiene cuatro secciones o libros: a) Los *dos* primeros son tramos destacados de mi producción de 1962<sup>6</sup> y 1963; b) el *tercero* y *cuarto* constituyen buena parte de mi producción de 1964.<sup>7</sup> Con esos cuatro<sup>8</sup> libros el lector puede comparar algunas de mis ideas de 1962 a 1964, con las actuales.

<sup>4</sup> En *A mi padre: Una autobiografía* (en preparación) analizo la situación personal en que se encontraban MARIENHOFF y DIEZ al encarar la publicación de sus respectivas obras generales, con la duda de poder concluir las antes del fin de la propia vida. Nunca quise tener ese dilema y por eso empecé a publicar mi propio tratado en 1974, del cual llevo ya diez ediciones corregidas. Quiere la ironía del destino que para esta nueva obra *Tratado de derecho administrativa y obras selectas* tenga de todos modos el mismo problema de ellos, que quise —y por lo visto no pude— evitar. Pero es el camino lo que vale, no el destino final, y por eso soy feliz como postula musicalmente BRASSENS:

*“Heureux qui comme Ulysse  
A fait un beau voyage  
Heureux qui comme Ulysse  
A vu cent paysages  
Et puis a retrouvé après  
Maintes traversées  
Le pays des vertes allées  
Par un petit matin d’été  
Quand le soleil vous chante au cœur  
Qu’elle est belle la liberté  
La liberté  
  
Quand on est mieux ici qu’ailleurs  
Quand un ami fait le bonheur  
Qu’elle est belle la liberté  
La liberté”*

<sup>5</sup> Con ALETTI, DANIELA; AVELDAÑO, MERCEDES; PASQUALINI, ANA y TOIA, LEONARDO, en GORDILLO, AGUSTÍN (director), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales 1936-2010*, Buenos Aires, La Ley, 2010, tomo I, pp. IX-XXIV.

<sup>6</sup> Mi primera producción publicada comienza en 1959 (ver [http://www.gordillo.com/cv/cv\\_2\\_7\\_2.htm](http://www.gordillo.com/cv/cv_2_7_2.htm)) pero el primer libro es de 1962. El libro *Estudios de derecho administrativo*, aparecido en 1963, no lo he incluido en este tomo 5, por lo expuesto en el texto.

<sup>7</sup> No computo mi tesis doctoral hecha desde 1958 a 1960, de 646 páginas, por las razones que expongo en la autobiografía y se desprenden, además, del capítulo XXI del tomo 2, “La responsabilidad del estado en la práctica.” Tengo también otros materiales inéditos, y los publicados en esos años figuran en el sitio recordado en la nota precedente.

<sup>8</sup> O cinco, computando *Estudios de Derecho Administrativo*. Seis, si se incluyera mi extensa tesis doctoral sobre “La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración pública.” Como se advierte, la posibilidad de publicar *todo* no me ha quitado el juicio crítico. No se trata de destruir materiales ni pedir a nadie que lo haga. Eso queda para un KAFKA o un BORGES, no un escritor de derecho... Los trabajos de derecho desaparecen solos y además aceleradamente.

a) En lo que respecta a 1962 y 1963, se trata de la reimpresión de las primeras ediciones de mis libros *Introducción al derecho administrativo* (Perrot, 1962) y *El acto administrativo*. (Abeledo-Perrot, 1963.) No he incluido el simultáneo *Estudios de derecho administrativo*, Perrot, 1963, aunque él integra también mi visión del derecho administrativo por aquel entonces: Este último libro se mantiene en otras de mis obras actuales en sus reflexiones sobre poder de policía, servicios públicos, etc., y por lo demás la EDITORIAL LA LEY ha tenido a bien reproducir lo escrito sobre servicios públicos en dicho diario en 1962 y en ese mi otro libro del año 1963, en la colección *Páginas de ayer y de siempre*.<sup>9</sup> No tiene interés material reproducirlo aquí una vez más, su acceso está garantizado, incluso en Internet.<sup>10</sup> La totalidad del tomo 5, en cambio, se encuentra inédita en Internet hasta la aparición pública de este libro, en el año 2012.

b) En 1964 se produce la aparición del tomo I del *Tratado de Derecho Administrativo* de MIGUEL S. MARIENHOFF, de quien yo era profesor adjunto en La Plata, quien hace referencia a aquellas obras mías. Por mi lado saco a luz *Procedimiento y recursos administrativos* (Álvarez, 1964), donde comento el proyecto de ley de procedimiento administrativo de BARTOLOMÉ FIORINI, que aquí se reimprime por su interés como antecedente de la legislación posterior. También en 1964 apareció mi *Proyecto de Código Administrativo*, luego reproducido en la segunda ed., 1966, de la misma *Introducción al derecho administrativo*, en la cual esboqué algunas respuestas sobre la obra coetánea de MARIENHOFF, las que continué en 1969 con la segunda edición de *El acto administrativo*. Ese *Proyecto de Código Administrativo*, que contiene en 428 artículos mi visión del derecho administrativo a esa fecha, es ahora incluido como Libro IV del presente tomo 5, para permitir la comparación con el derecho nacional y local que tuvo mi obra como fuente directa (legislaciones provinciales, como señalan MAIRAL<sup>11</sup> y otros autores) o indirecta a través del proyecto LINARES-GORDILLO que mencionan los autores del decreto ley 19.549/72.<sup>12</sup>

El hecho que las primeras obras de este volumen 5 tuvieran aparición simultánea y similar extensión que el primer tomo de MARIENHOFF es una coincidencia involuntaria, ni siquiera imaginada en su momento, a pesar que mi participación en el diálogo impreso fue intensa. Estar escribiendo una autobiografía al mismo tiempo que ordenando estas *Obras Selectas* me lleva a esa observación. No es que

<sup>9</sup>“Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” en *LL*, 106- 1187, año 1962, reproducido en *Páginas de Ayer*, La Ley, año 5, número 10, noviembre de 2004, pp. 29-39.

<sup>10</sup>Su versión actual se encuentra en [http://www.gordillo.com/tomos\\_pdf/2/capitulo6.pdf](http://www.gordillo.com/tomos_pdf/2/capitulo6.pdf)

<sup>11</sup>MAIRAL, HÉCTOR A., “Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos.),” *Res Publica Argentina, RPA*, 2011-1 y 2, pp. 7-49, esp. pp. 19-20, entre otros lugares del mismo artículo, p. ej. nota 69.

<sup>12</sup>Este último proyecto no lo hemos podido encontrar, pues es previo a la digitalización y tampoco fue impreso. Si alguno tuviera una copia le agradeceríamos nos la permitiera incluir en una eventual nueva edición de este tomo 5, para que todos los antecedentes legislativos estén reunidos en un solo lugar y faciliten así al estudioso la comparación del origen de las normas vigentes.

no lo hubiera percibido nunca, pero muchas cuestiones requieren el decantar del tiempo. Medio siglo parece aquí más que un momento apropiado para invitar a la reflexión retrospectiva.

*Agustín Gordillo*





Tratado de Derecho  
Administrativo  
y obras selectas

TOMO 5

**Primera edición**

**Libro I**

INTRODUCCIÓN AL  
DERECHO ADMINISTRATIVO



Tratado de Derecho  
Administrativo  
y obras selectas

TOMO 5

Primera edición

Libro I

INTRODUCCIÓN AL  
DERECHO ADMINISTRATIVO

1ª edición, Buenos Aires, Perrot, 1962

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS

TOMO V

Libro I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO

1ª edición, Buenos Aires, Perrot, 1962

Reimpresión como Libro I del *Tratado de derecho administrativo  
y obras selectas*, t. V, Buenos Aires, FDA, 2012

*Dedicado al Dr. MANUEL MARÍA DIEZ por  
su constante, generoso y ejemplar apoyo a  
las vocaciones docentes, y a quienes como él  
saben ayudar todo esfuerzo sincero.*



## *Prólogo*

En esta Introducción hemos querido presentar, más que una cartilla de nociones elementales, un instrumento de análisis para la materia: Hemos buscado exponer no solamente algunos prolegómenos, sino también penetrar directamente en el pensamiento interno de esta disciplina.

Dada la obvia característica de ser el derecho administrativo una rama del derecho todavía en elaboración —lo que hace que sus caracteres no siempre resulten muy netos— creemos casi necesario que una obra de introducción al mismo no se limite, como decimos, a expresar algunos principios, sino que intente transmitir una vivencia de las vicisitudes porque atraviesa, y ubicar al lector en el centro mismo de la materia a fin de que pueda comprender en una mejor perspectiva su contenido.

Por ello hemos tratado de no presentar los temas en forma estática, y en lugar de partir de definiciones hemos buscado llegar hacia ellas, tratando de hacer un argumentar continuado que lleve a quien ésto lea al razonamiento y a la crítica, tanto de las ideas ajenas como de las nuestras. Lo hacemos en la creencia de que esa es la mejor forma de que el propio lector, sin necesidad de especial esfuerzo o interés de su parte, sienta al problema en su vida y tensión dinámica y se vaya considerando como un actor más en el análisis, antes que como mero espectador. Si esto es logrado, el resultado será una compenetración más profunda en los primeros conceptos del derecho administrativo que la que puede ofrecer una mera exposición de tipo informativo.

Esas finalidades determinan en una buena medida la naturaleza y contenido de este trabajo; así por ejemplo la fuerza o audacia con que presentamos algunas afirmaciones no responde a ímpetu ni menos aún a descomedimiento —nada más lejos de nuestro ánimo— sino que constituye una incitación a la reacción del lector e incluso a su discrepancia razonada; así también incluimos teorías en las que desde ya conocemos y reconocemos el margen de error (en particular, “función administrativa”); y por lo mismo, nos abstenemos en algunos puntos de hacer un tratamiento enciclopédico, que si bien podría agregar conocimientos, quitaría la

nitidez al razonamiento del planteo principal. Con todo ello queremos lograr la identificación del lector con lo esencial del problema, transmitirle las dificultades y las salidas que pueden existir, y dejarle un substratum de inquietud intelectual acerca de las posibles soluciones a aportar.

Por idénticas razones, los temas aquí considerados han sido elegidos en función de la continuidad e importancia conceptual del asunto, antes que de la homogeneidad o interés aparente que pudieran o no tener.

La problemática de la *persona jurídica* constituye el primer capítulo de esta obra, y luego de establecer el nexo lógico-jurídico entre este concepto y la idea de Estado, los ubicamos en el derecho positivo: *El Estado en la Constitución* es pues materia de estudio del capítulo segundo. De allí obtenemos las premisas a nuestro juicio fundamentales para todo el derecho administrativo: La sujeción del Estado al orden constitucional, y la existencia de derechos subjetivos de los habitantes frente a él.

Sentados así los presupuestos más profundos de la estructuración del derecho administrativo, analizamos en el capítulo tercero el principal problema de índole conceptual en esta materia: La noción de *función administrativa*. Este concepto, que prácticamente decide el alcance y contenido del derecho administrativo, presenta a nuestro criterio difíciles escollos. No creemos haber arribado a una noción de absoluta corrección científica, por las razones que el mismo lector irá descubriendo a lo largo de la exposición, pero a pesar de todo entendemos que su tratamiento es indispensable para que él comprenda las dificultades a que se ve abocado el derecho administrativo para poder erigirse en ciencia elaborada.

Una vez considerado el concepto de función administrativa, damos en el capítulo cuarto la noción de *Derecho Administrativo*, prescindiendo, dada la índole del presente trabajo, de las discrepancias existentes acerca de alguno de sus elementos, y queriendo en cambio establecer la distinción entre el derecho positivo y la ciencia que lo estudia: En esa distinción eslabonamos luego el concepto y desarrollo de las *fuentes del derecho administrativo*, que es materia del capítulo quinto.

Al hacer el análisis de las fuentes, volvemos a insistir en una idea central de esta obra: La importancia concreta de las disposiciones constitucionales, y la forma en que deben ser interpretadas y aplicadas. Analizamos luego someramente la ley, el reglamento, la jurisprudencia. Al tratar al reglamento, dejamos expuestas algunas discrepancias de principio a las facultades del Poder Ejecutivo para dictar cierto tipo de ellos, y en tales discrepancias nos abstenemos, siempre por la misma razón, de insistir en lo que ya hemos dicho en otro lugar acerca del pretendido poder de policía.<sup>1</sup>

Pero el análisis de las fuentes del derecho administrativo quedaría como puro problema académico si terminara con la enumeración analítica de cada una de

<sup>1</sup>“La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 227 y ss.

ellas. Para quitarle ese carácter estático, y restituirlo a la dialéctica del lector, hemos incluido un tema virgen entre nosotros, aunque clásico en la doctrina alemana: El problema de la *gradación jerárquica de las fuentes*; o sea, la interrelación y prevalencia que existen entre las distintas fuentes del derecho administrativo, cuestión ésta a la que asignamos decisiva importancia.

Concluida con ello la exposición de las distintas normas jurídicas del derecho administrativo y su confrontación mutua, cabía analizar los principios generales bajo los cuales tales normas reciben su aplicación en esta disciplina: En el capítulo sexto, pues, tratamos el concepto de *facultades regladas y discrecionales* de la administración, en el que hacemos otra aproximación en el intento de lograr una mayor protección de los derechos individuales.

Con todos estos elementos llegamos finalmente al problema más arduo del derecho administrativo: El concepto de *derecho subjetivo e interés legítimo*. Aquí, al igual que en el primer capítulo, hemos variado la tónica —pero no la intención— de nuestra obra: En un tema tan trillado y tan oscuro hemos buscado llevar al lector, a la inversa del grueso de las páginas anteriores, no una dinámica sino un cierto rigor dogmático; y hemos dado reglas concretas para determinar en los hechos si estamos en presencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Esas reglas las damos, no con una pretensión de matematicidad, sino como un intento de ordenar y guiar en alguna medida los pensamientos del lector; y es en contraposición a este patrón rígido que aquél encontrará la ubicación de sus propias ideas.

En este tema, que cierra el trabajo, retomamos por última vez la idea primera: Los derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado.

En conclusión, esta obra no es una síntesis del derecho administrativo, sino que pretende ser una penetración directa en el pensamiento de esta ciencia; un intento de indicar las articulaciones fundamentales del derecho administrativo, y acercarse al cómo y por qué de su movimiento. Está inspirada en el deseo de llevar al lector al centro mismo de cada problema y a la base de la materia a fin de que, si acaso, concluya su lectura con una dimensión personal y una ubicación propia en las dificultades y controversias que la animan.

24 de mayo de 1961.

A. G.



### Bibliografía

- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos Póstumos*, Buenos Aires, 1899.
- ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1955, 3ª ed.
- *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milán, 1953.
- ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954.
- BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed.
- BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed.
- BIDART CAMPOS, G., "Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional," en *JA*, 1960-II, p. 627 y ss.
- BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1955, 5ª ed.
- *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1959, 3ª ed.
- *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 1950.
- BOSCH, JORGE T., *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944.
- *La extinción de los actos administrativos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia*, Buenos Aires, 1944.
- CARRIÓ, GENARO R., "Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa," en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.
- DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955.
- D'ALESSIO, E., *Istituzione di diritto Amministrativo*, Turín, 1949, 4ª ed.
- DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956; Buenos Aires, 1961, 2ª ed.
- DU PASQUIER, CLAUDE, *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, Lima, 1950.
- FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid, 1921.
- FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1948.

—“Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional,” en *LL*, 101: 1027 y ss., Buenos Aires, 1961.

FLEINER, FRITZ, *Instituciones de derecho Administrativo*, Madrid, 1933.

FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Munich y Berlín, 1958, 7ª ed. Hay traducción castellana de la quinta edición: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958.

GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952.

GORDILLO, A., “Estructuración dogmática del Estado de Derecho,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 17, Buenos Aires, 1960, p. 97 y ss.

—“Derecho subjetivo y derecho reflejo (o «interés legítimo»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960-III, p. 177 y ss.

—“La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1961, n° 1, p. 45 y ss.

—“La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1960, p. 227 y ss.

—“La desviación de poder en el derecho argentino,” en *Revista de Administración Pública*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 93 y ss.

—“La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.

HAURIUO, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1933, 12ª ed.

HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949.

HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1953-54, 2ª ed.

IHERING, RUDOLF VON, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, 1946.

JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed; reimpresión Offenburg, 1948.

KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960.

—*Teoría del Derecho y del Estado*, México, 1958.

LAUBADÈRE, ANDRE DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed.

LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958.

—*Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, 1946.

MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed.

MERKEL, ADOLFO, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 1924, 5ª ed.

MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, traducción de *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena y Berlín, 1927.

MICHOD, LÉON, *Théorie de la Personnalité Morale*, París, 1924.

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1947.

PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949.

ROGUIN, *La règle du droit*, Lausanne, 1889.

- SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903.
- SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, Córdoba, 1950, 4ª ed.
- Estudios de Derecho Administrativo*, Córdoba, 1934.
- Teoría del recurso Contencioso-Administrativo*, Córdoba, 1943, 3ª ed.
- TUREGG, KURT EGON VON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed.
- VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949-56.
- STEIN, LORENZ VON, *La scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897.
- WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed.
- WOLF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Múnich y Berlín, 1959, 3ª ed.
- ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milán, 1958, 8ª ed.



## CAPÍTULO I

### LA PERSONALIDAD JURÍDICA

#### SUMARIO

I. <i>Personas naturales y jurídicas</i> .....	IADA-I-1
1. La personalidad jurídica en el ser humano y en la asociación.....	IADA-I-1
2. Paralelo entre persona jurídica y personalidad jurídica .....	IADA-I-2
3. El falso problema de la “realidad” o la “ficción” de la persona jurídica .....	IADA-I-3
II. <i>Órganos de las personas jurídicas</i> .....	IADA-I-4
4. Órgano y persona jurídica .....	IADA-I-4
5. El órgano en la imputación de hechos y actos humanos a la persona jurídica .....	IADA-I-5
6. El órgano en el caso del ser humano individual y de la asocia- ción .....	IADA-I-6
7. Órgano físico y órgano jurídico .....	IADA-I-6
8. Órganos físicos del Estado: Error de la distinción entre “funcio- nario” y “empleado” .....	IADA-I-7
9. La identificación del órgano con la asociación.....	IADA-I-7
10. Cuándo el hecho o acto del órgano se imputa a la asociación: El ejercicio de la función .....	IADA-I-8
11. Diferencia entre <i>competencia</i> y <i>ejercicio de la función</i> .....	IADA-I-8



## Capítulo I

### LA PERSONALIDAD JURÍDICA

#### I. *Personas naturales y jurídicas*<sup>1</sup>

1. Un ser humano que no sea esclavo, tiene personalidad jurídica. Esta personalidad jurídica, que desaparecerá en cuanto ese hombre sea sometido a la esclavitud, no es una característica sensorialmente apreciable del individuo: No se puede ver, tocar, ni oír. Exista o falte la personalidad jurídica en un individuo humano, éste es siempre el mismo, y absolutamente ningún cambio se produce en su esencia corpórea y espiritual, en virtud de la transición de un estado jurídico-social al otro.

Modernamente, cualquiera sea el concepto que se tenga acerca de la personalidad jurídica, es evidente que ella no es sino un *concepto*, una noción técnica o científica, y de cualquier manera una abstracción de la mente humana. La personalidad jurídica, por lo mismo que es un mero concepto, es impotente para producir por su propia virtualidad efecto material alguno: Ella es tan sólo una idea, y como idea que es, *es insusceptible de tener relaciones causales*. Una idea, por sí misma —es decir, sin la intervención de la fuerza material de seres humanos— no puede producir ningún cambio en la estructura, naturaleza o posición de los objetos materiales. Por ello mismo, ningún hecho o acto humano puede relacionarse causalmente con una idea: La causalidad existe con el individuo, y la relación que entre el individuo y la idea puede existir es *de motivación*, pero no de causalidad.

Antiguamente, no todos los seres humanos tenían personalidad jurídica: Era cuando existían esclavos. Con la civilización contemporánea, *todos* los seres humanos sin excepción tienen personalidad jurídica; aún más, el orden jurídico concede personalidad jurídica especial a grupos de seres humanos que ya tienen

<sup>1</sup> Comparar: KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 125 y ss.; *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, p. 109 y ss.; DU PASQUIER, CLAUDE, *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, Lima, 1950, p. 99 y ss.; FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid, 1921, p. 330 y ss.

cada uno personalidad jurídica propia: Surgen así como individualidades jurídicas las asociaciones, corporaciones, etc., y el mismo Estado. Pero en todos los casos, la personalidad jurídica es tan sólo un concepto que surge del orden jurídico, y que en nada altera la naturaleza biológica, espiritual, etc., de los seres humanos a que se refiere.

2. *Objeto de derecho* es aquél a quien las normas se refieren sin considerarlo término de relaciones jurídicas; *sujeto de derecho* es aquél que integra una relación jurídica (es decir, que está obligado a cumplir un deber o intitulado con un derecho), y *persona jurídica* es el término que indica la individualidad jurídica en calidad de sujeto; la posibilidad de trabar relaciones jurídicas.

Los juristas usan un poco descuidadamente los términos “persona jurídica” y “personalidad jurídica,” pero debe advertirse que aunque los mismos guardan la estrechísima relación proveniente de designar un mismo ente, están separados por la diferente raíz ideológica de que provienen. Cuando hablamos de personalidad jurídica, hablamos de un ente cuya existencia extrajurídica afirmamos: Del hombre, que es material, decimos que tiene *personalidad jurídica*; de la asociación no reconocida, que es social, decimos que carece de personalidad jurídica; de la corporación municipal, que es político-social, decimos también que tiene *personalidad jurídica*; en otros términos, cada vez que hablamos de personalidad jurídica lo hacemos indicando que un ente de sustancia no jurídica (cualquiera: Orgánica, inorgánica, social, psicológica, etc.) tiene *además* trascendencia jurídica, tiene una individualidad jurídica, una proyección, una “máscara” en el plano del orden jurídico que le permite actuar trabando relaciones jurídicas. La personalidad jurídica es, pues, parte de una noción más integral de cualquier ente, y sólo constituye un rasgo distintivo del mismo, no la sustancia principal.

Cuando hablamos en cambio de “persona jurídica” nos desentendemos de todo lo que existe fuera del derecho, y consideramos sólo lo que éste nos ofrece: No sabemos si hay algo fuera de lo jurídico, y por lo tanto no lo afirmamos ni lo negamos. Las personas jurídicas son entes puramente jurídicos, abstractos, y *de naturaleza homóloga sea cual fuere la sustancia extrajurídica que puedan o no tener*. Persona jurídica es el concepto jurídicamente puro, que carece de todo elemento que no sea de raíz normativa; personalidad jurídica es en cambio una noción que presupone una concepción más integral del ente respectivo, y que aparece como parte del mismo. Por eso los entes de personalidad jurídica son bien diversos (un hombre; una asociación; una fundación; una corporación; un Estado), mientras que las personas jurídicas (es decir, la individualidad jurídica de cada uno de aquellos entes) son todas iguales.

Repetimos no obstante que tanto el concepto de persona jurídica como el de personalidad jurídica designan un mismo objeto: La individualidad jurídica en calidad de sujeto; lo que varía es el enfoque, y los accesorios. *Persona natural* es el ser humano individual; *persona jurídica* es la individualidad en calidad de

sujeto que dá el derecho a todos los seres humanos, y que además suele dar a grupos de individuos considerados como unidad. Cuando una o varias *personas naturales* tienen esa característica que concede el derecho, diremos que esas personas naturales tienen *personalidad jurídica*.

3. El problema delicado se plantea cuando tenemos que considerar los derechos y deberes de un sujeto de derecho.

Sólo puede ser alcanzado por un deber o un derecho aquel individuo o grupo de individuos que tienen personalidad jurídica; pero, ¿es correcto hablar de deberes y derechos de la *persona jurídica*? Parecería que no, ya que los destinatarios de las reglas imperativas de conducta son los hombres, y por lo tanto, es a ellos y no a su personalidad jurídica a quien se dirigen: Llegan a ellos *por intermedio* de la persona jurídica, pero no son parte de ésta.

Claro está, es muy difícil superar el vicio lingüístico de hablar de “derechos de la persona jurídica,” pues el término “persona jurídica” suele generalmente usarse impropriamente para designar, además de su propia virtualidad jurídica, la realidad social que pueda haber detrás de ella. En el caso del Estado, por ejemplo, el término persona jurídica estatal designa tanto la abstracción jurídica con que nos desenvolvemos, como la realidad político-social de un pueblo con poder en su territorio. Y entonces, si bien no puede haber “derechos y deberes” del Estado en el primer sentido, sí los puede haber en el segundo.

Debe tenerse presente, en cualquier caso, que una cosa es la esencia física, social, etc. (un hombre, un conjunto de hombres; fin, voluntad, poder, de los mismos) y otra muy distinta su esencia jurídica. Desde que se cometió el error de llamar “persona jurídica” (o “moral”) a los entes compuestos por un grupo de hombres (asociaciones, corporaciones, etc.) para así distinguirlos de la “persona natural” u hombre individual, se duplicó el significado del término, y resultó así que a todo conjunto de hombres provisto de individualidad jurídica se lo denominó “persona jurídica,” y luego, hablando unos de una cosa y otros de otra, se discutió durante un siglo sobre la “realidad” o “ficción” de una cosa que no era tal, sino otra, y viceversa.

En conclusión:

a) La corporación, la asociación, la institución, la fundación, etc., *son realidades sociales* (o lo que fueren), y *no son personas jurídicas*, aunque pueden tener *personalidad jurídica*, esto es, capacidad de ser sujetos de derecho, lo que es muy distinto.

b) El hombre, la mujer, el niño, *son realidades biológicas*, y no son *personas jurídicas*, aunque siempre *tienen personalidad jurídica*, o sea capacidad de ser sujetos de derecho.

c) El Estado, la Provincia, la Comuna, las entidades de derecho público, son

*realidades políticas, etc., y no son personas jurídicas, aunque suelen tener personalidad jurídica.*

A estas distinciones es necesario tenerlas presentes en todo momento, para no recaer en nuevas discusiones tan inútiles como las anteriores sobre la “realidad” o la “ficción” de las personas jurídicas.

*La persona jurídica, pues, no es una realidad social, ni política ni física (social, política y físicamente, es una ficción); es tan sólo una realidad jurídica, como dijera BARCIA LÓPEZ, o mejor dicho, un concepto, una idea, una noción que se encuentra en el derecho. Los entes, en cambio, que tienen personalidad jurídica, o dicho de otra manera, los entes a quienes corresponde una persona jurídica en el plano del derecho, son casi siempre realidades sociales, políticas, etc.: Pero eso no agrega ni quita realidad o ficción a la persona jurídica misma.*

La persona jurídica forma parte de la ciencia del derecho, ya que, por su misma naturaleza de ser *jurídica*, no puede hallarse en la vida material, ni en los terrenos científicos de la sociología, la política, etc., y dado que jurídico sólo es el orden normativo y la ciencia que lo estudia. Siendo la persona jurídica un ente de la ciencia del derecho, es ineludible que sólo puede consistir en un concepto *abstracto*, o a lo más en un ente inmaterial, es decir, puramente formal.

Lo fundamental es lo dicho hasta aquí; agregaremos a título ilustrativo —pues consecuencias prácticas no tiene— la definición de la persona jurídica: Ella es un centro de imputación de actos humanos (KELSEN), desde el punto de vista de las ciencias naturales; un centro de proyección externa unitaria del contenido de posibles derechos y deberes, desde el punto de vista del derecho. Más simplemente, es un centro de proyección de lo dispuesto por el orden jurídico.

## II. Órganos de las personas jurídicas<sup>2</sup>

4. Hemos visto ya que la persona jurídica, en cuanto mera abstracción que se aplica a seres humanos aislada o colectivamente, no es una característica sensorialmente apreciable de los individuos: No se puede ver, tocar, ni oír; no es más que un concepto, una idea, una noción, una creación de la mente humana que forma parte de la ciencia del derecho. Por todo ello, la persona jurídica es insusceptible de tener relaciones causales: Ella no puede realizar actos, hechos ni omisiones; no puede por sí misma hacer variar en nada el mundo de las cosas.

Sabemos que decir que pueda haber actos de la persona jurídica es por lo menos una impropiedad lingüística; pero es de uso cómodo, y no puede causar dificultades si se tiene presente la realidad de que un concepto no podrá jamás realizar acto

<sup>2</sup> Comparar: SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 178 y ss.; PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 109 y ss.; MICHOD, LÉON, *Théorie de la Personnalité Morale*, t. I, París, 1924; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, p. 141 y ss.; KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, p. 229 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950, pp. 523 y ss., 540 y ss.

alguno. Su comodidad deriva de que en el caso de varios seres humanos dotados de una personalidad jurídica, permite identificar esa agrupación sin necesidad de hacer referencia a la totalidad de los hombres que la componen y sin entrar a precisar qué hombre realiza el hecho que es considerado hecho de la agrupación.

Aceptando entonces ese vicio de lenguaje, diremos que hay un acto de la persona jurídica “asociación” entendiéndolo que se trata de un acto de alguno de los miembros humanos que la integran, o de la totalidad de ellos; diremos que hay acto de la persona jurídica “Fulano de Tal,” entendiéndolo que se trata de un acto *del ser humano* Fulano de Tal.

Esa referencia, imputación o atribución, a la persona jurídica de un acto que después de todo lo ha cometido *el hombre* y no la persona jurídica, es necesaria, pues si el hombre no tiene personalidad jurídica no puede ser responsable; además, porque sólo se puede responsabilizar a otros seres humanos que no sean el que cometió el hecho, cuando tales seres humanos se hallan ligados al segundo por la existencia de una persona jurídica común.

5. El problema es, ¿cuándo se “atribuye” o “imputa” un acto o hecho humano a esa noción abstracta que es la persona jurídica?

En el caso de la persona jurídica que corresponde a un ser humano individual, la solución es sencilla. La regla es que todos los actos de un ser humano individual se atribuyen a su propia persona jurídica y por lo tanto, merced a las consecuencias que el derecho proyecta a través de su persona jurídica, lo hacen responsable. Todos los actos de un hombre se atribuyen a su persona jurídica propia, y sólo a ella, en principio.

Prosiguiendo con el vicio de lenguaje —imposible de evitar— observaremos que la persona jurídica no ha actuado por sí misma, sino por intermedio de un ser humano; inversamente, que el ser humano ha actuado por la persona jurídica. Por eso se puede decir que el ser humano actúa en ese caso como “órgano” de la persona jurídica. El término (adecuado en cuanto da idea de que sea la persona jurídica quien actúa directamente, mediante algo que es una proyección de ella misma) designa en consecuencia la circunstancia de que la persona jurídica haya actuado en el mundo objetivo por intermedio de un ser humano: Esa actuación es directa (“personal,” diríamos), ya que se trata de actos propios y no de un tercero.

Al respecto debe observarse que cuando el ser humano actúa como órgano de la persona jurídica, no tenemos dos sujetos distintos en un mismo plano, sino dos sujetos en distintos planos que son el uno proyección del otro: La persona jurídica es la proyección en el campo *jurídico* del sujeto que es persona física en el campo de *la naturaleza*; hay una identidad y no una dualidad. Por ello, cuando la persona jurídica actúa en el plano de la naturaleza por intermedio de la persona física, actúa directamente, como sujeto idéntico. Acá no se presentan problemas, pues toda la actuación de la persona física se atribuye o imputa a *su* persona jurídica:

Ello debido a esa identidad de que hablamos, la que es completa; el ser humano es en todos sus actos órgano de su persona jurídica.

6. Cuando, en cambio, se trata no ya de una persona jurídica que es proyección de un ser humano individual sino que lo es de *varios* seres humanos (asociaciones, corporaciones, el Estado), la identidad es sólo parcialísima. La mayor parte de los actos de cada una de las personas físicas se atribuyen a sus propias personalidades jurídicas individuales; sólo *algunos* de los actos de *algunas* de las personas físicas se atribuyen a la persona jurídica que les corresponde a todos como agrupación.

La situación es igual al caso de la persona jurídica del ser humano individual: La persona física actúa como órgano de la persona jurídica; es decir, la persona jurídica “actúa” en el plano físico mediante un órgano (el ser humano) que es proyección de ella misma. Difieren sólo respecto a los actos y hechos en que la persona física actúa como órgano de la persona jurídica de la agrupación, por cuanto tales actos y hechos son la excepción dentro del total de la actividad del ser humano.

Para obtener el criterio que permita diferenciar cuándo el ser humano ha actuado no ya como órgano de su propia persona jurídica, sino como órgano de la persona jurídica de la agrupación, en todas las asociaciones y corporaciones se crean “cargos” (*office; ufficio; Amt*) o “empleos,” disponiéndose que sólo pueden actuar por la persona jurídica de la agrupación algunas personas físicas determinadas: Las que desempeñan esos cargos; y dentro de un límite: El que no exceda de lo que pueda considerarse como ejercicio o desempeño de ese cargo. En estos casos, la persona jurídica actúa en el mundo físico sólo por intermedio de las personas físicas que ocupen tales cargos y sólo en cuanto haya un verdadero ejercicio del mismo; lo que ha hecho que en doctrina se aplique el término “órgano” no sólo a la persona física que actúa por la persona jurídica en su cargo, sino también al cargo mismo, en cuanto posición jurídicamente reglada e independiente de la persona física, que tiende a la realización de determinadas actividades (PFEIFER, ANTONIOLLI), o aún al conjunto de la función —individualizada— y el individuo humano (ALESSI, ZANOBINI); es decir, algunos autores llegan a considerar que el órgano es algo “complejo, que comprende a la vez el cúmulo de las funciones individualizadas y la o las personas llamadas a ejercerlas, que son el elemento que le da vida, voluntad, acción.” (SAYAGUÉS LASO.)

7. En realidad, corresponde distinguir el órgano físico del órgano jurídico, respecto a la actuación de las personas jurídicas.<sup>3</sup> En el mundo físico, el único que podrá actuar por la persona jurídica es el ser humano, es decir, el órgano físico, y ninguna sutileza puede variar esta verdad fundamental: Órgano de la persona jurídica es *el ser humano*, tanto en el caso del ser humano individual como en

<sup>3</sup> Comparar: VILLEGAS BASAVILBASO, *op. loc. cit.*, quien explica una distinción que tiene puntos de contacto con la nuestra: El órgano-individuo, y el órgano-institución.

el caso del Estado; las calificaciones jurídicas pueden introducir diferencias y restricciones, pero el único que *actúa* es el ser humano, con total prescindencia de lo que diga o deje de decir el orden jurídico.

Pero por otra parte, en el caso del Estado y otras corporaciones, vemos que el orden jurídico crea múltiples *funciones* que deberán ser realizadas por órganos físicos diferenciados, y que esa diferenciación deberá mantenerse aunque cambien los hombres; se llega así a una estructuración institucional de las funciones y de los cargos, y se dice que el Estado tiene en cada una de esas estructuras jurídicas un *órgano*. Así por ejemplo, el Poder Ejecutivo, o el Poder Judicial, son órganos del Estado (y cada uno puede estar subdividido en más “órganos” de cuño análogo); y estos “órganos” constituyen el marco para que la actividad del auténtico órgano, el ser humano, pueda ser atribuida al Estado o no.

La delimitación que es necesario establecer para determinar cuándo el órgano *físico* actúa por la persona jurídica colectiva en lugar de por su persona jurídica individual, se realiza en consecuencia, por medio de la idea del *órgano jurídico*, u órgano-institución, que no constituye sino el molde o la medida que servirá para determinar cuándo el órgano físico actuó por una u otra persona jurídica. Cuando, pues, el órgano físico actúa como titular del órgano jurídico, es decir, cuando el órgano físico ejerce la función o desempeña el cargo o empleo de que se trata, se dice entonces que ha actuado por la persona jurídica colectiva.

8. Al órgano físico se lo denomina comúnmente, en el caso del Estado, “agente,” expresión ésta que designa su calidad de ser humano que también tiene personalidad jurídica propia y que desempeña o ejerce, total o parcialmente, un órgano jurídico del Estado. La expresión “titular del órgano (jurídico)” que suele darse al órgano físico en cuanto “agente” (“servidor público,” “*Beamter*,” etc.) es algo incorrecta, pues da la idea de una distinción entre el que es “titular,” “funcionario,” etc., y el que es simple “operario,” “empleado,” etc.; esta distinción es falsa, ya que todos los agentes del Estado son igualmente *órganos físicos de éste que se desempeñan dentro del marco de un órgano jurídico*.

9. En el caso de la persona jurídica correspondiente al ser humano individual, el ser humano se identifica totalmente en el acto con su persona jurídica, de modo que no sólo realiza el acto o hecho para ella, sino que también recibirá de ella, y únicamente él, todas las consecuencias que el derecho fije para ese acto o hecho. En el caso de la persona jurídica correspondiente a una pluralidad de hombres, ella tiene, para actuar, órganos jurídicos (el conjunto de los cargos y facultades); que deberán ser ejercidos por órganos físicos (seres humanos); aquí la persona física se identifica con la persona jurídica *solamente para la realización del acto o hecho*, y no para recibir las consecuencias de él.<sup>4</sup> Pero siempre es la

<sup>4</sup> Siempre que actúe regularmente: Si realiza el acto o hecho en forma negligente o irregular, la persona física sufre *también*, a través de su propia persona jurídica, las consecuencias del acto (responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios públicos); lo que no excluye, por

persona jurídica la que actúa directamente, a través de un sujeto físico del cual es proyección jurídica.

10. En definitiva: Todo ser humano es órgano total y exclusivo de su propia persona jurídica, y todo lo que el ser humano hace se considera hecho directamente por la persona jurídica propia. Cuando un ser humano es órgano físico que se desempeña dentro del marco de un órgano jurídico (de una persona jurídica que se refiere a una pluralidad de personas físicas), todo lo que ese hombre hace *desempeñándose en la función del órgano jurídico* se considera hecho directamente por la persona jurídica. (De la agrupación.)

Para determinar si el acto o hecho del ser humano ha sido realizado en cuanto órgano de la persona jurídica correspondiente al grupo, o en cuanto a órgano de la persona jurídica individual, debe atenderse pues al *ejercicio de la función*: Si el órgano físico ha actuado en el ejercicio de la función, ha actuado directamente la persona jurídica de la agrupación, aunque en el hecho el órgano físico se haya excedido de los límites o las atribuciones legales que le competían.<sup>5</sup> Lo importante es así que haya una *reconocibilidad externa* del acto que permita identificarlo como una *objetivación de la función*, como una extrinsecación de las funciones propias al cargo, aunque el acto o hecho exceda con ello los límites legales pertinentes.

11. Ubicándonos definitivamente en el campo del derecho público, destacamos que no debe confundirse la *competencia* con la “*aptitud de obrar*” de los órganos administrativos, o con el “*complejo de atribuciones atribuidas al órgano;*” en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede *legítimamente* realizar.

Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al ejercicio de la competencia como especie.

Para que el acto sea válido, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia* del mismo. La ley atribuye una función a un órgano y dispone que ese ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia; el que lo realice fuera de la competencia pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, pero ello no quita que el acto sea estatal y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

supuesto, la atribución del hecho al Estado o persona jurídica a la que el cargo pertenece. Al actuar el órgano físico en el ejercicio de su función, materializando el cometido del órgano jurídico, hay una actuación directa de la persona jurídica a que pertenece este último, trátase de un ejercicio regular o irregular de la función; en el primer caso (ejercicio regular) sólo hay actuación de tal persona jurídica; en el segundo (ejercicio irregular) hay actuación de tal persona jurídica y de la propia persona jurídica del agente. Por eso, llegado el caso, la responsabilidad por el hecho o acto dañoso y además irregular, es *conjunta* del Estado y el agente.

<sup>5</sup> Conf. ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1955, 3ª ed., p. 50; *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milán, 1953, p. 85 y ss.

*La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no; claro está, todo acto realizado dentro de una competencia es acto estatal, pero conviene no olvidar que no porque haya incompetencia el acto deja necesariamente de ser referible al Estado.*

*La aptitud de obrar o ejercicio de la función deriva pues de que se le confiera una porción de la función administrativa, y ello se aprecia de acuerdo a la reconocibilidad externa del acto o hecho; la competencia deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regula la licitud del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar.*



## CAPÍTULO II

### PERSONALIDAD Y UBICACIÓN DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

#### SUMARIO

I. <i>Personalidad del Estado</i> .....	IADA-II-1
1. El Estado como persona jurídica y el concepto político de <i>poder</i> .....	IADA-II-1
2. Estructuración dogmática del Estado de Derecho .....	IADA-II-3
3. Los problemas a considerar.....	IADA-II-4
II. <i>El orden jurídico constitucional</i> .....	IADA-II-5
4. La supremacía de la Constitución .....	IADA-II-5
5. La imperatividad de la Constitución .....	IADA-II-5
6. El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales.....	IADA-II-6
III. <i>El Estado bajo el orden jurídico constitucional</i> .....	IADA-II-7
7. La reforma constitucional se <i>impon</i> e al Estado .....	IADA-II-7
8. El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho .....	IADA-II-9
9. La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional. IADA-II-10	
10. La pirámide jurídica estadual no abarca a la Constitución ... IADA-II-10	
IV. <i>Los derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado</i> .....	IADA-II-11
11. Los derechos individuales previstos en la Constitución no requieren ni dependen de la regulación legislativa.....	IADA-II-11
12. Esos derechos frente al poder público <i>son derechos subjetivos</i> IADA-II-13	



## Capítulo II

### PERSONALIDAD Y UBICACIÓN DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

#### I. Personalidad del Estado

1. El Estado es una realidad social y política. En el sentido político el Estado es el conjunto de los hombres que componen un pueblo, cuando tienen asiento territorial y soberanía o independencia. El Estado tiene aquí una personalidad política, la que como se aprecia excluye la idea de organización, y tiene un carácter genérico, en cuanto se identifica totalmente con el pueblo amorfo e indiferenciado. El Estado es aquí todos los habitantes.

En la vida moderna los pueblos hacen uso de esa soberanía para establecer un orden jurídico coactivo, en el cual reglan sus actividades como individuos aislados y como pueblo en conjunto. Surgen así de este orden jurídico creado por el Estado con su personalidad política, dos tipos de personas jurídicas: Las personas jurídicas individuales, correspondientes a cada uno de los seres humanos, y la persona jurídica estatal, correspondiente a la totalidad de ellos, tomados como conjunto.

Las personas jurídicas individuales actuarán por medio de sus órganos físicos: Los seres humanos; la persona jurídica estatal, por medio de una estructura de órganos jurídicos que al efecto se crean, órganos jurídicos que a su vez son desempeñados por órganos físicos: Algunos de los seres humanos que componen la colectividad. Aquí el Estado es en primer término una estructura de órganos jurídicos, y sólo indirectamente, la totalidad de los habitantes.

El vocablo “Estado” se usa así tanto para designar la realidad política de un *pueblo entero*, como la *figura jurídica* que personifica a ese pueblo en el ámbito del derecho, como el conjunto *de órganos jurídicos* a través de los cuales actúa esa figura jurídica. En el primer caso tenemos al Estado en su personalidad política; en el segundo tenemos la personalidad jurídica del Estado; en el tercero tenemos al Estado en su *organización actuante*.

El tercer empleo del término es el más generalizado (cuando pensamos en el Estado pensamos en el Congreso, en los Tribunales, en la administración), pero es insuficiente desde el punto de vista técnico. El primer empleo del término, esto es, el concepto político, no es usual en derecho; es decir, por “estado” no se piensa en la población soberana en su territorio: en lugar de Estado se dice simplemente “pueblo.”

En cuanto a la persona jurídica estatal, ella es una proyección del pueblo al plano del derecho y, al igual que las demás personas jurídicas, es un mero concepto, una abstracción: Un punto de imputación de hechos y actos humanos (los de los funcionarios, jueces, legisladores) y un punto de proyección de lo dispuesto por el orden jurídico. (Hacia los contribuyentes.) En derecho administrativo el término “Estado” se usa corrientemente para designar *conjuntamente* a esa *figura jurídica* y al *complejo de órganos jurídicos* que le corresponden.

En los países en que no es el Estado el que crea la Constitución a través de sus órganos (“constituciones flexibles”), sino que ésta le es *impuesta* por una Asamblea Constituyente dependiente directamente del pueblo y no de ese Estado (“constituciones rígidas”), la personalidad *política* se manifiesta al crear y modificar la Constitución, y al votar: Esos son los únicos casos en los cuales el pueblo actúa como tal, con fuerza soberana, y sin estar sometido a régimen jurídico alguno en cuanto a la oportunidad o acierto de sus actos.

El Estado creado en la Constitución no es ya el “Estado” en su personalidad política; aquí aparece la organización y la figura jurídica que centraliza esa organización: La *personalidad jurídica del Estado*, el Estado actuante que conocemos en la vida diaria.

La personalidad jurídica del Estado es un *concepto unitario*, que abarca la actuación del Estado legislador (“Poder Legislativo”), juez (“Poder Judicial”) y administrador (“Poder Ejecutivo”); en otras palabras, el Estado actúa con su personalidad *jurídica* tanto cuando dicta actos administrativos, como leyes o sentencias.

Esta actuación del Estado en su personalidad jurídica no tiene el mismo régimen legal que la actividad de los seres humanos en sus propias e individuales personalidades jurídicas, pues la Constitución establece que los actos del Estado tienen en su mayor parte la virtualidad de *obligar* a los habitantes, mientras que los habitantes no pueden ordenar nada a nadie a menos que la ley los autorice.

Esa facultad de *mandar* concedida por el pueblo soberano a través de la Constitución a la persona jurídica estatal, se denomina “*poder público*.” El poder público o poder estatal es ejercido por personas físicas (gobernantes, jueces, legisladores, administradores) dentro del ámbito correspondiente a los órganos jurídicos (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial) de esta persona jurídica estatal.

El poder público es así una facultad de mandar, pero es distinto e inferior al poder soberano: No existe por sí mismo, sino en tanto y en cuanto el poder soberano lo crea; sus límites son los que el pueblo le impone en la Constitución.

Como contrapeso a esta virtualidad particular de los actos del Estado en su personalidad jurídica, se conceden a los habitantes una serie de protecciones, consideradas como límites a la actividad del Estado. Esos límites se denominan *derechos subjetivos públicos*. El poder público estatal se halla en consecuencia equilibrado —un poco tan sólo— por los derechos subjetivos públicos de los habitantes. Tanto el poder público estatal como los derechos subjetivos públicos de los habitantes encuentran su origen y su fuerza jurídica en la Constitución, que es el instrumento mediante el cual el pueblo soberano se da sus reglas fundamentales de organización; por ello, tanto uno como otro son facultades que se desenvuelven *dentro del orden jurídico*.

2. Estas afirmaciones, sin embargo, no pueden hacerse por vía de principio general sin antes haber analizado y demostrado su procedencia en relación a las normas positivas imperantes en un país determinado.

A ello nos referiremos a continuación, en lo que hemos dado en llamar “estructuración dogmática del Estado de Derecho,”<sup>1</sup> y que consiste en investigar si la Constitución argentina establece o no un *Estado de Derecho*.

No nos referimos, por supuesto, al problema *valorativo* según el cual todo Estado debe ser un “Estado de Derecho,” es decir, que debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, y que debe respetar los derechos individuales y en especial la libertad, sino al problema concreto de si las normas jurídicas imperantes en un determinado país tienen o no al Estado sometido a las mismas.<sup>2</sup> Como es el Estado mismo quien produce las normas *legislativas*, es con referencia a la Constitución que debe analizarse la cuestión.<sup>3</sup>

No nos referimos tampoco al problema *práctico* de si la gestión gubernativa de un determinado momento histórico responde o no a los ideales subsumidos en la concepción valorativa del “Estado de Derecho;” si es o no incapaz, venal o liberticida. Nos referimos al problema *positivo* de saber si la Constitución es o no un *orden jurídico*, y el Estado un sujeto de derecho sometido al mismo; favorecido por los poderes que aquél le confiera de la misma manera que un particular se vé favorecido por los derechos que le concede una ley, y constreñido al cumplimiento de los deberes que le imponga, de la misma manera que un individuo está constreñido a respetar los derechos que el orden jurídico constitucional conceda al Estado.

Si la Constitución establece un Estado de Derecho, y por lo tanto es un principio constitucional de este Estado el respeto de los derechos individuales, se justifica,

<sup>1</sup> Ver nuestro artículo de igual título en *Lecciones y Ensayos*, n° 17, Buenos Aires, 1960, p. 97 y ss., cuyos principios reiteramos en el texto.

<sup>2</sup> Conf. MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., p. 37.

<sup>3</sup> MAUNZ, *op. loc. cit.*

por ejemplo, la introducción del recurso de amparo,<sup>4</sup> a pesar de no haber ley al respecto; se justifica el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes sin necesidad de que una ley lo establezca; y el control de legalidad por parte de los tribunales, en cuanto a la forma, el contenido o el *fin* de cualquier acto administrativo o “de gobierno,” aunque no haya recurso jurisdiccional especial para ello, etc.

En realidad, de la solución del problema teórico de saber si la Constitución es un orden jurídico imperativo y pleno, y si el Estado está sometido a dicho orden jurídico, *depende toda la orientación del derecho administrativo*, puesto que la consideración de los derechos individuales contenidos en los artículos 14 al 20 de la Constitución como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente frente al Estado,<sup>5</sup> en las mismas condiciones que el Estado exige sus “poderes” constitucionales frente a los individuos, es un dilema inmanente a toda la materia.

El derecho administrativo de corte europeo del siglo pasado y comienzos del presente, como así también la doctrina clásica, no admiten que existan tales *derechos subjetivos* frente al Estado como “poder,” ni que el “poder” sea un derecho subjetivo similar al de los particulares;<sup>6</sup> pero la tendencia opuesta es cada vez más fuerte y responde a una necesidad social-política innegable. Nosotros trataremos aquí de aportar el fundamento positivo para esta nueva tendencia.

3. Para poder afirmar que la Constitución es un orden jurídico, tendremos que demostrar que está compuesta por *normas jurídicas* (por lo tanto, imperativas), y que las mismas tienen una característica común (la supremacía) que, permitiendo diferenciarlas de las demás normas jurídicas (legislativas, administrativas, etc.), las particulariza en un grupo especial, carente de lagunas y “pleno,” un orden jurídico que no se integra con el resto de las normas de derecho, sino que las domina y regula manteniendo una diferenciación que permite reconocerlo a él como tal, e invocarlo en todo momento sin importar lo dispuesto por las otras normas de derecho.

Si el Estado ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, a un orden jurídico imperativo (elemento que lo señala como Estado de Derecho en sentido positivo), no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado positiva o negativamente por el orden jurídico mencionado. EN CONSECUENCIA: La reforma de la Constitución debe estar fuera del alcance del Estado; éste debe tener una personalidad jurídica emergente de la misma Constitución para todas sus manifestaciones externas —incluso como “Poder”—; su estructura debe ser infraconstitucional; su vida y su esencia misma deben encontrar principio y fin dentro de lo regulado por la Constitución; en resumen, no ha de

<sup>4</sup> En principio, sólo respecto a actos estatales.

<sup>5</sup> Exigibles, se entiende, de acuerdo a lo dispuesto por la ley, y también a pesar de lo dispuesto por la ley, o a pesar de la carencia de ley. En los dos últimos casos tal solución depende específicamente de que el Estado esté o no sometido a tal orden jurídico constitucional.

<sup>6</sup> Así BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 152; en igual sentido la doctrina francesa tradicional y moderna.

ser que el Estado “tenga” una Constitución, sino que “esté” en una Constitución,<sup>7</sup> y que sea la Constitución quien lo contenga a él.

Probados esos principios, podremos afirmar que el Estado está absolutamente, íntegramente sometido a un orden jurídico, siendo por lo tanto Estado de Derecho; podremos entonces estudiar cómo es que se puede afirmar que las “declaraciones, derechos y garantías” contenidas en la Carta Fundamental son, sin distinción alguna,<sup>8</sup> *derechos subjetivos* de los particulares, exigibles jurisdiccionalmente con, contra, o sin ley que reglamente el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable.

## II. El orden jurídico constitucional

4. Es un principio elemental de nuestro derecho constitucional que la ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley; pero aún es una ley superior al común denominador de las mismas.

Su superioridad consiste en que las leyes comunes no *pueden derogarla*, lo que comprende, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar sus disposiciones, pues ello importaría precisamente eso. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación jurisdiccional. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en ilegal o *contra jus* todo lo que la viole, y si lo que la viola es por ello mismo insusceptible de aplicación —por la interposición de reclamo jurisdiccional— es evidente que se debe a que la Constitución, aún con referencia a las leyes parlamentarias, es suprema.

Las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes; los actos de gobierno deben respetar la Constitución; luego, dentro del Estado, la Constitución es la máxima y última expresión de la juridicidad.

5. Esa supremacía de la Constitución, que nadie discute, no es por supuesto moral o ética: Se trata de una supremacía jurídica, lo que explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva y por ello también jurídica del Estado, puedan perder validez e imperatividad en algún caso.

Decir que una ley o un acto administrativo puedan perder juridicidad e imperatividad en algún caso, importa a su vez afirmar que aquello que destruye dicha juridicidad, es forzosamente algo de más imperatividad que la ley o el acto administrativo: De otra forma la hipótesis resultaría imposible.

<sup>7</sup> MAUNZ, *op. loc. cit.*

<sup>8</sup> Exceptuando, por supuesto, aquellas materias que la Constitución deja libradas a la *iniciativa* del Estado, como el juicio por jurados, el fomento de la inmigración, el sostenimiento del culto, etc.

Y bien, a pesar de que la supremacía, jurídica va enlazada a la suprema imperatividad o fuerza coactiva, no siempre se admite con seguridad lo segundo. Que la Constitución es suprema, nadie lo discute; pero que sea imperativa, es decir, una norma vigente y obligatoriamente aplicable en todo momento, a toda circunstancia, y por todo tribunal del país, es objeto de frecuentes dudas expresas o implícitas.

Sin embargo, el razonamiento básico es elemental: Si la Constitución tiene la virtud de dejar *sin fuerza coactiva* a una ley o a un acto administrativo —expresiones ambas de la potestad pública— ello tiene que ser debido, inexorablemente, *a que ella misma tiene la suficiente imperatividad* para inhibir la que a su vez tienen aquellos.

6. Si la Constitución es un conjunto de reglas *imperativas* de conducta humana, y si ella es *suprema*, es notorio que constituye un *orden jurídico* al cual también el Estado está sujeto. Se trataría de un orden jurídico rudimentario, pero orden al fin, y carente de lagunas: Todo lo que la Constitución concede con su imperatividad suprema (derechos individuales, poderes públicos) se tiene el derecho de hacerlo<sup>9</sup> y todo lo que la Constitución exige, se tiene el deber de cumplirlo.<sup>10</sup>

Algunos filósofos del derecho, sin embargo, sostienen que las disposiciones constitucionales no son normas jurídicas porque *carecen de sanción*.<sup>11</sup>

Ello es inexacto: Las sanciones no son siempre *penas* (privación de la libertad, la vida o la propiedad, a título *no de reparación sino de castigo*), puesto que pueden consistir en el establecimiento de una relación jurídica nueva,<sup>12</sup> la extinción de una relación jurídica preexistente,<sup>13</sup> o la ejecución coactiva del deber jurídico violado.<sup>14</sup>

Si se quiere, en todos estos casos hay un “aliquid” de castigo, pero debe apreciarse que salvo en el caso del *derecho penal*, lo más importante en la sanción o “específica reacción del derecho ante la violación de un deber jurídico,” no es el castigo, sino la aplicación forzada del objeto del derecho,<sup>15</sup> es decir, el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido.

En el ejemplo de 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

<sup>9</sup> O el *deber jurídico* de respetarlo, cuando no es el titular del derecho; de donde se concluye que el individuo tiene el deber de respetar el poder estatal, y el Estado el deber de respetar los derechos de los individuos.

<sup>10</sup> E inversamente, el derecho de exigirlo.

<sup>11</sup> KELSEN, HANS: *Théorie Pure du Droit*, Neuchatel, 1953, p. 123 quien sigue a MERKEL, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 1924, 5ª ed., p. 48, quien a su vez refleja el pensamiento alemán de fines del siglo pasado.

<sup>12</sup> ROGUIN, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 68, quien da ejemplos.

<sup>13</sup> ROGUIN, *op. loc. cit.*, id.

<sup>14</sup> ROGUIN, *op. cit.*, p. 69.

<sup>15</sup> 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. (P. ej., delitos contra la libertad.)

eso, y precisamente porque no nos hallamos en el campo del derecho penal,<sup>16</sup> es evidente que si una norma constitucional establece en forma imperativa un deber jurídico,<sup>17</sup> no es extraño a la misma interpretar que ante el incumplimiento del mismo debe realizarse su ejecución forzada: Como la norma imperativa establece con esa particularidad un deber jurídico determinado, *la existencia y la medida de la sanción* para la violación del mismo no *necesitan ser declarados especialmente* por otro artículo, *desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidos en la existencia y medida del deber mismo*. Al aplicar como sanción la ejecución forzada del objeto del derecho (el deber jurídico violado), nada se está realizando que la primera norma no haya previsto: Que existía el deber jurídico de realizar tal o cual acción u omisión. Como ya la norma jurídica que establece el primer deber jurídico 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 de la norma jurídica, y todas las normas jurídicas constitucionales la tienen.

### III. El Estado bajo el orden jurídico constitucional

7. Si el Estado argentino es un Estado de Derecho en sentido positivo, ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, al orden jurídico; no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado, positiva o negativamente,<sup>18</sup> por el derecho. Por eso debe prestarse atención en primer término a la creación y reforma de la Constitución, actos que, salvados los requisitos formales, nunca pueden ser “contra jus,” es decir, que no están calificados, ni positiva ni negativamente, por el orden jurídico.

Cuando la reforma de la Constitución está a cargo de un órgano del Estado, ello significa que es el Estado mismo quien puede darse su organización, y en consecuencia, que no es un poder superior a él quien allí actúa; el orden jurídico sería entonces en su totalidad un producto del Estado, y caeríamos entonces en la formulación simplemente *axiológica* del Estado de Derecho al ser imposible su formulación dogmático-positiva.

En países en que la Constitución puede ser reformada por el Parlamento, es evidente que se trata de un órgano del Estado mismo, el que realiza el acto político de creación de la Constitución; esa Constitución no es un orden jurídico impuesto *al Estado*, y por lo tanto, en principio, no surgen de ella *deberes y derechos* para el Estado, sino *poderes de imperio y condiciones negativas de validez del mismo*.

<sup>16</sup> En el cual el principio “...nulla pena sine previa lege penale” se justifica en que la sanción penal generalmente 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.

<sup>17</sup> P. ej., “debe ser que nadie sea arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente,” “debe ser inviolable la defensa en juicio,” etc.

<sup>18</sup> Es decir, que no esté permitido o prohibido por el orden jurídico.

En países como el nuestro, en que los órganos del Estado no pueden reformar la Constitución, en que es necesario hacer una *convocatoria especial al pueblo* para proceder a la reforma de algún principio constitucional, es evidente que es una entidad distinta y superior al Estado la que dicta esos principios: El pueblo soberano, a través de representantes especiales nombrados al efecto. Aquí el Estado no “tiene” una Constitución, sino que la Constitución “tiene” o admite al Estado.

El pueblo soberano tiene así un instrumento jurídico de mando sobre el Estado creado en la Constitución; no lo necesitaba, en verdad, para ser superior a él, pero sí para reglarle sus actividades con cierta minuciosidad. La constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole al primero, además, un cierto poder —el poder público— para que pueda reglar la vida comunitaria; a los segundos, derechos individuales, para que puedan equilibrar el poder estatal. Pero puesto que la Constitución es el instrumento por el cual el pueblo establece regladamente su superioridad sobre el Estado, haciéndolo Estado de Derecho, es necesario ver si realmente tal circunstancia programática es exacta en las normas constitucionales concretas.

Los órganos estatales, que son tres: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, no pueden reformar la Constitución en ningún caso, bajo ninguna circunstancia. Aunque se reunieran los tres y por unánime acuerdo decidieran modificar tal o cual disposición constitucional, esa resolución es ridículamente nula, aunque favorezca a los individuos y al pueblo. Ninguno de los tres poderes puede reformar la Constitución, ni tampoco pueden hacerlo los tres juntos. ¿A qué se debe entonces que se realice una reforma constitucional, en condiciones normales?<sup>19</sup>

El art. 30 de la Constitución determina que cuando Congreso considere conveniente la reforma de la misma, podrá llamar, si cuenta con los votos de las dos terceras partes de sus miembros, a una Convención Constituyente para que decida sobre la procedencia o improcedencia de la reforma. No es el Congreso el que decide la reforma, sino la Convención Constituyente. Pues bien, la Convención no es un órgano estable del Estado, sino que es un órgano que viene en representación específica del pueblo para tomar decisiones acerca de la organización del Estado, del régimen jurídico establecido en la Constitución, todo con carácter *supremo*, y que los órganos del Estado deberán aceptar estén o no de acuerdo. Esa Convención expone no la decisión de un órgano del Estado, sino la decisión del *pueblo*.

Es el pueblo quien a través de unos representantes especiales, distintos de aquellos que tienen su mandato de integrar los órganos del Estado y expresar la voluntad estatal, manifiesta cuál es su voluntad soberana: Si mantener lo que

<sup>19</sup>Que es la única jurídicamente posible, ya que es nula la reforma que pueda hacer una Convención convocada por otro órgano que el expresamente previsto en el art. 30. Conf. BIELSA, RAFAEL, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1959, 3ª ed., p. 138 y ss.

la Constitución expresa, o cambiarla en tal o cual sentido. La decisión del Congreso llamando a Asamblea tiene así el valor de una consulta: Si el Estado cree que el pueblo puede tal vez considerar oportuno modificar su voluntad soberana contenida en la Constitución, le pregunta si ello es así, o no; quien DECIDE es el pueblo, no el Estado, y se presupone que la voluntad del pueblo, mientras no haya revolución, es la que está en la Constitución. El Estado cuyos órganos son Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, nada tiene que ver con la voluntad suprema constitucional, si no es una relación de obediencia e inferioridad.

El pueblo puede, cuando se le consulta respecto a su voluntad soberana, modificar la Constitución de una u otra forma: Puede dar atribuciones totalitarias al Estado, o puede despojarle de atribuciones, y reducirlo a figura decorativa; puede, en fin, quitarle toda atribución y también suprimirlo. Cualquiera sea la decisión del pueblo en la Convención Constituyente, la situación jurídica es la misma: Es de cualquier modo una decisión IMPUESTA por el pueblo al Estado Nación Argentina, que éste no puede desconocer, y a la que irremisiblemente debe prestar obediencia. El pueblo se diferencia así netamente del Estado en el Estado de Derecho: Es el creador del derecho, está por encima del orden normativo, mientras que el Estado NACE DE UN SISTEMA NORMATIVO —rudimentario, pero sistema al fin— y tiene por encima de él ciertas normas que le fijan facultades o posibilidades de acción, y normas que le prohíben ciertas y determinadas acciones. (Desconocimiento o alteración de los derechos individuales, facultades extraordinarias, modo de hacer la expropiación, modo de establecerse los impuestos, forma de gobierno, etc.)

8. Mientras que el pueblo amorfo y genéricamente considerado se halla sobre el orden jurídico constitucional, no pudiendo por lo tanto integrar relaciones jurídicas, el Estado creado en la Constitución sí las puede integrar, mediante sus órganos. (“Poder Ejecutivo,” etc.) Decir que el Estado Nación Argentina puede integrar *relaciones jurídicas* —como es indubitable— implica necesariamente que es un sujeto de derecho, esto es, una persona jurídica: *El poder, como fuerza social no sujeta al derecho*, puede crear relaciones jurídicas para terceros, pero no integrarlas él mismo, por cuanto la juridicidad de la relación depende precisamente del hecho de que sea una fuerza superior a ambas la que la declare imperativa. *En las relaciones de derecho público entre los administrados y el Estado, el poder no es el del Estado, sino la fuerza superior del pueblo soberano, y por consecuencia, aunque el Estado tenga el poder público que la Constitución le concede, es igualmente un sujeto de derecho y carece de poder en la acepción citada del término.*

De cualquier manera, la personalidad constitucional —ergo, jurídica— del Estado, surge del art. 35 de la Constitución, cuando ésta dice que el Gobierno y territorio de las Provincias —esto es, el Estado— tendrá los nombres oficiales que allí se designan, empleándose uno determinado *en la formación y sanción de las leyes*. Puesto que la formación y sanción de las leyes está sujeta al orden

jurídico constitucional, es actividad de ente de individualidad jurídica, es decir, de una persona jurídica; puesto que al Estado “Nación Argentina” allí designado se lo contempla en función de persona jurídica o sujeto de derecho, bien claro es que así se lo constituye.

A mayor abundancia, todo el título primero de la segunda parte habla de los *órganos de la Nación*, refirmando así que la misma actúa en el orden jurídico constitucional como *sujeto*; o sea, que es sujeto, y que, por serlo de la Constitución, es sujeto de *derecho*. Para refirmar definitivamente el concepto el artículo 100 aclara expresamente que corresponde a la Corte Suprema y Tribunales inferiores, el conocimiento y decisión de *los asuntos en que la Nación sea parte*. Puesto que la única forma de ser parte en un juicio es siendo sujeto de derecho —teniendo personalidad jurídica—, el punto está fuera de toda discusión.

Ahora bien, esta persona jurídica que se llama Estado Nación Argentina, debe su juridicidad a las normas imperativas que la crean; por ello, es esencialmente infraconstitucional, en el sentido de que está sometida al orden jurídico de la Constitución. Si bien esa persona jurídica está autorizada a crear nuevas normas jurídicas para reglar las vidas de otras personas, ella misma no existe si no es por el orden jurídico constitucional. El Estado creado en la Constitución no existe sino gracias a ella, y por ello es forzosamente inferior a la misma, y le debe igual obediencia que los demás individuos.

9. No sólo la personalidad jurídica del Estado surge dentro del régimen creado por la Constitución, con las características por éste determinadas, sino que también su estructura interna es coactivamente reglada. Nuevamente aquí es innegable la absoluta inferioridad en que se encuentra el ente con respecto a la Constitución. Si la Constitución le impone una organización determinada, delimitando las atribuciones de sus órganos, imponiéndole características determinadas (arts. 1, 2, 3, etc.), ordenando cómo, cuándo y por qué hombres integrará sus órganos (arts 37 y ss., 81 y ss., etc.), todo ello sin haberle consultado su opinión ni preguntándole si le parece conveniente o no; delimitándole sus atribuciones frente a una serie de derechos individuales (arts. 14 al 20, 32, 34; el principio del art. 33, con más el del 28, delimitando todo el artículo 67 y el 86), dándole a terceros facultades que a él desconoce (arts. 32, 67 inc. 11, 104, 105, 106, 107), reglándole su misma vida interna (arts. 44 y 45, 51, 52, 53, 58, 64, 71, 72, etc.), es manifiesto que el Estado se halla en situación de total inferioridad estructural frente a la Constitución: él existe sólo y en la forma en que ella lo decide; con la organización y las particularidades que ella preestablece.

10. Puesto que los actos del Poder Legislativo deben no alterar los principios constitucionales (art. 28), y que los actos de la administración deben respetar las leyes, ambos resultan de esencia infraconstitucional, en cuanto tienen menos fuerza jurídica que la Constitución, y sobre todo, en cuanto no se trata de una

mera escala o gradación jerárquica con referencia a ella, similar a la gradación que tiene el acto administrativo con referencia a la ley: Se trata de que *es la Constitución, como orden jurídico*, la que les concede fuerza jurídica merced a su suma potestad.

Las leyes, actos administrativos y demás actos estatales NO SON normas jurídicas *graduadas por el Estado con referencia a la Constitución*; son normas jurídicas *PERMITIDAS al Estado por la Constitución*, y *graduadas por el Estado con referencia al Estado*, ya que frente a la Constitución su condición es una sola: *Ajuridicidad*, si no es por lo que la Constitución disponga. Las normas estatales no son normas jurídicas si la Constitución no las autoriza, y por ello es errado pretender que participan de la misma esencia que la Constitución sólo que en menor grado. La esencia de la Constitución es ser fuente de toda juridicidad, es tener la expresión del poder máximo —el del pueblo—, y de esa esencia *no participan las normas jurídicas estatales*, cuyo poder proviene del Estado, y el Estado lo recibe de la Constitución.

La pirámide jurídica es así una construcción válida con referencia al Estado; pero la Constitución es el orden jurídico pleno, y no admite gradaciones ante sí; todas las actividades humanas, llámense actos o hechos, generales o particulares, estatales o no, están frente a la Constitución en la misma playa situación de igualdad: Si se conforman a lo dispuesto por el orden jurídico constitucional, son jurídicas, y si no se conforman a lo dispuesto en el orden jurídico constitucional, son *contra jus*, aunque militen en su favor pretendiendo conferirle juridicidad todas las “normas” del poder estatal.

#### *IV. Los derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado*

11. Estructurada en su forma externa la relación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional, y formulado el principio *dogmático* de la íntegra sujeción del Estado a un orden jurídico —el de la Constitución—, corresponde analizar el contenido de aquella relación para obtener los elementos técnico-jurídicos que luego permitan estudiar los problemas concretos de derecho administrativo en la proyección del principio del Estado de Derecho.

Las normas constitucionales argentinas tienen en su mayoría carácter dispositivo: Algunas determinan formas de organización estructural para el Estado, otras establecen obligaciones de los individuos para ese Estado, etc. Algunas son de contenido mediato, o sujeto a condición suspensiva: Así, el juicio por jurados, el fomento de la inmigración, el pago de la deuda pública, la indemnización a los propietarios de esclavos; otros son de contenido mediato, pero variable según el destinatario: Así los derechos individuales.

Estos, en efecto, por lo que a las *relaciones privadas entre individuos* se refiere, están sujetos a la regulación legislativa (art. 14) siempre que ésta se mantenga

dentro del marco constitucional; por lo que a las *relaciones de los individuos con el Estado* se refiere, no dependen de regulación legislativa *sino que la previenen*. (Art. 28.) El acto legislativo que regla un derecho individual no tiene la misma naturaleza constitucional cuando se trata de relaciones privadas que de relaciones con el Estado: En un caso se trata de la intervención imperativa de un tercero, en el otro se trata de la intervención imperativa de una parte: en un caso se trata un derecho que alcanza a ambas partes por igual, ya que ambas partes son jurídicamente iguales con prescindencia de ese derecho, en el otro, se trata de un derecho que no alcanza a ambas partes por igual, *desde que está destinado a sólo una de ellas: El individuo y no el Estado*, y ambas partes son además jurídicamente *desiguales* con prescindencia de ese derecho, ya que el Estado tiene la atribución de reglar su propia actividad, dentro de la Constitución (art. 67, inc. 28), mientras que el individuo tiene la atribución de reglar su propia actividad, dentro de la Constitución, sí, pero también *dentro de la ley, el acto administrativo y el judicial*. Este desequilibrio se compensa con los derechos individuales.

De esta manera, la norma constitucional, en cuanto tiende a reglar las relaciones de los habitantes entre sí, tiene relativo valor jurídico, pues si bien da ciertas pautas que a falta de ley pueden servir de guía al juez, la solución puede de cualquier manera ser hallada *teniendo en cuenta la igualdad*. La norma constitucional, por lo que se refiere a relaciones de los individuos entre sí, es casi nada más que una condición negativa de validez de las leyes, como se ha dicho a veces.

En cambio, cuando la norma constitucional se refiere a relaciones de los individuos con el Estado —y no cabe duda que éste es el primer propósito de la Constitución<sup>20</sup>— ya que no puede afirmarse tan simplemente que la norma constitucional sea una condición negativa de validez de la norma legal. Cuando la Constitución determina los derechos individuales, y se preocupa de aclarar que el Estado no puede alterarlos (art. 28), no está dando protección a los individuos frente a sus semejantes, sino frente al Estado. La Constitución considera que la protección de los individuos frente a sus semejantes se la dará la ley, imparcial y ajena a la contienda que pueda existir; pero la protección de los individuos frente al Estado no puede la Constitución habérsela encargado al Estado mismo; entonces no tendría sentido el artículo 28 de la misma. No, la protección de los individuos frente al Estado no la ha deferido la Constitución al Estado mismo, sino que la ha establecido ella, en varias disposiciones, de las cuales las más importantes son las que figuran en los artículos 14 al 20, los derechos individuales que el Estado no puede alterar. (Art. 28)

Si como acabamos de ver, la norma constitucional que contempla los derechos individuales frente al Estado no difiere la protección de los individuos al Estado, sino que la predetermina ella misma, no puede considerarse en tal caso que dicha norma sea una simple condición negativa de validez de las leyes: Si

<sup>20</sup> ALBERDI, *Escritos Póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125. Vide MUNZ, *op. cit.*, p. 91.

tal fuera, la protección dejaría de existir con la simple ausencia de legislación, y de tal manera, el Estado con su inacción se convertiría en órgano que decide la procedencia o improcedencia de los derechos individuales —todo lo cual está en abierta contradicción con el concepto y esencia que la Constitución da del Estado—, según lo hemos visto.

Si, repetimos, la Constitución determina que ella es imperativa (“...ordenamos...”) en especial para el Estado (“...para la Nación Argentina” — Preámbulo); es decir, si su fin primordial es imponerse al Estado que allí crea; y no a los individuos;<sup>21</sup> si, además, demuestra que la protección de los individuos frente al Estado no está confiada al Estado mismo —lo que sería un absurdo, pues nadie *protege* a nadie contra sí mismo—, sino que por el contrario, residen en la Constitución; si, a mayor abundancia, la Constitución declara solemnemente que el Estado no puede, so pretexto de legislar, avanzar sobre los derechos individuales que consagra, menos aún podrá, *SO PRETEXTO DE NO LEGISLAR*, destruir completamente aquellos derechos.

Insistimos: *El Estado no puede, so pretexto de legislar, alterar los derechos individuales; luego, tampoco puede, so pretexto de no legislar, destruir esos mismos derechos. Esto no significa que el Estado tenga la obligación de legislar;* no, el Estado no tiene la obligación, sino tan sólo el derecho de legislar, y es en consecuencia libre de no legislar si así no lo desea. PERO ELLO NO PUEDE PRIVAR DE IMPERIO Y JURIDICIDAD A LA CONSTITUCION, orden jurídico pleno, EN CUANTO ELLA ESTABLECE LOS DERECHOS INDIVIDUALES. La norma constitucional es imperativa con, contra o sin la ley. Si la ley es constitucional, la norma constitucional es imperativa y obligatoria; si la ley es inconstitucional, la norma constitucional es imperativa y obligatoria, y la ley se invalidará en los casos jurisdiccionales; si la ley es derogada, o no existió nunca, la norma constitucional es imperativa y obligatoria, y se aplicará en los casos jurisdiccionales. Ninguna diferencia hay entre los tres casos, por lo que a la norma constitucional se refiere. La norma constitucional es sí condición negativa de validez de las leyes, pero no es ésa su única condición ni la priva de su carácter normativo; pues también la ley, por ejemplo, es condición negativa de validez de las órdenes que el padre le da a su hijo, el tutor a su pupilo, el patrón a su obrero; pero ello no quita que tanto en un caso como en el otro la norma constitucional y la norma legal sean auténticas normas jurídicas, imperativas y aplicables por los órganos jurisdiccionales con el respaldo del poder público en el segundo caso, y del poder público soberano en el primero.

12. Llegamos así a la investigación de si las “declaraciones, derechos y garantías” contenidas en la Constitución (y particularmente, los artículos 14 al 20) son o no derechos subjetivos de los individuos frente al Estado.

<sup>21</sup>“La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.” (ALBERDI, *op. loc. cit.*)

Según Wolff<sup>22</sup> hay derecho subjetivo, en la práctica, cuando se dan las siguientes condiciones:

1º) Una ley material —no solamente declaraciones programáticas y no solamente disposiciones administrativas— salvo el caso que exista un derecho subjetivo a la legalidad,<sup>23</sup>

2º) que fundándose en una determinada situación de hecho,

3º) permita determinar un obligado (deudor, perturbador, etc.),

4º) y un autorizado (titular, beneficiario, etc.), el cual

5º) está protegido no sólo pasivamente, sino también activamente, mediante la consecuencia jurídica que pueda invocar. (Ante la violación del deber jurídico.)

Si buscamos esos elementos con referencia a las “declaraciones, derechos y garantías” constitucionales, hallamos que:

1º) La ley material existe y es la Constitución, según hemos visto:

2º) La situación de hecho es el trabajo, la industria, la publicación de las ideas, el comercio, el tránsito y salida del país, el uso y disposición de la propiedad, la defensa en juicio, la libertad personal, etc.; cada una de las circunstancias contempladas en la respectiva disposición constitucional respecto a la cual se averigua si confiere o no un derecho subjetivo;

3º) el obligado es claramente el Estado; ninguna duda cabe de ello, cuando se habla de “autoridad competente,” “contribuciones exigidas por él Congreso,” “confiscación en el Código Penal,” “cuerpo armado,” “la autoridad de los Magistrados,” “allanamiento y ocupación,” “cárceles de la Nación,” “juez,” “cargas públicas,” etc.;

4º) el autorizado a la situación de hecho, es decir, el titular o beneficiario de la misma, es también fuera de toda duda el individuo, el “habitante de la Nación” de que hablan los artículos 14, 16, 17, 18 y 20. Hasta aquí se encuentran reunidos todos los elementos del derecho subjetivo, y en cuanto al último:

5º) La protección activa consiste en la consecuencia jurídica que el titular puede invocar: *La ejecución forzada del objeto del derecho*, i. e., *la instauración coactiva de la situación de hecho que configura el deber jurídico estatal*, lo que según hemos visto (*supra*, n° 6) está implícito en todas las normas constitucionales argentinas.

Por lo tanto, todo lo que la Constitución involucra en los llamados “derechos

<sup>22</sup> WOLFF, HANS, *Verwaltungsrecht I*, Munich y Berlín, 1959, 3ª ed., p. 209.

<sup>23</sup> La salvedad la hacemos nosotros, fundándonos en una interpretación especial del artículo 1112 del Código Civil. *Vide* GORDILLO, AGUSTÍN, “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 94 y nota 30.

y garantías” —con excepción de las declaraciones (arts. 1º, 2º, 4º, etc.) y, por supuesto, de los derechos estatales (arts. 24, 27, 67, etc.)— son derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado,<sup>24</sup> o sea, deberes jurídicos de éste, a cuyo cumplimiento puede compelérselo.

Ese es el contenido dogmático del planteamiento constitucional *positivo* del Estado de Derecho.

<sup>24</sup> Conf. BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed., p. 75 y ss., y doctrina citada en nota 3. WOLFF, *op. cit.*, p. 216. FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Munich y Berlín, 1958, 7ª ed, p. 172. MAUNZ, *op. cit.*, p. 90, y doctrina allí citada. HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949, p. 34. (Doctrina reciente: Uniforme.) Contra: BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 152. (Doctrina tradicional; uniforme en tal sentido.) *No corresponde ubicar en favor ni en contra de la solución propuesta a los países —y a los autores de tales países— que tienen constituciones meramente programáticas, es decir, en los que la inconstitucionalidad de un acto no lo transforma en antijurídico; circunstancia por la cual es especialmente irrelevante para el tema la doctrina francesa.*



## CAPÍTULO III

### LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

#### SUMARIO

1. Las tres funciones del Estado .....	IADA-III-1
2. Soluciones y dificultades pragmáticas existentes .....	IADA-III-2
3. Criterios para conceptualizar la función administrativa. Crítica .....	IADA-III-3
4. Nociones orgánica y material.....	IADA-III-4
5. Superposición de las nociones orgánica y material.....	IADA-III-5
6. Concepto orgánico-material de función legislativa y jurisdiccional .....	IADA-III-5
7. Inaplicabilidad del concepto orgánico-material a la función administrativa .....	IADA-III-7
8. Conclusión: Concepto mixto (orgánico-material, negativo).....	IADA-III-8
9. Objeciones a la conclusión.....	IADA-III-8
10. El camino a seguir .....	IADA-III-9



### Capítulo III

## LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1. MONTESQUIEU, partiendo de la hipótesis certera de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él,<sup>1</sup> concibió su famosa teoría de la separación de los poderes.<sup>2</sup> Esta doctrina propone que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las porciones respectivas para que se refrenen recíprocamente; ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos, constituidos por personas físicas distintas.

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.

Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. En general, son *órganos* administrativos los que están estructurados jerárquicamente y sujetos a órdenes (dependientes);<sup>3</sup> son *órganos* judiciales aquellos que no están sujetos a órdenes o instrucciones, es decir, aquellos que son independientes. Hay así tres tipos de *órganos*, y tres tipos de función estatal.

Precisando el lenguaje se habla más de “separación de funciones” que de separación de poderes, ya que el poder es uno sólo; pero se mantiene el principio de

<sup>1</sup> *C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser: Il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.*

<sup>2</sup> Sobre el tema, ampliar en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944.

<sup>3</sup> Es decir, que están regidos por relaciones de dependencia que se traducen en “el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior.” MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, p. 59.

que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.

2. Todo sería sencillo si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativo (Congreso), administrativos (órganos dependientes) y judiciales. (Órganos independientes.)

Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde, y que por lo tanto la separación de las funciones en cuanto atribución de las mismas a órganos diferenciados se realiza imperfectamente. De allí también la dificultad en hallar la noción que identifique plenamente a cada una de las funciones estatales.

En efecto, la práctica y la doctrina han ido elaborando soluciones para casos concretos, antes que lineamientos generales, y es por ello que si en algunos casos se puede afirmar pragmáticamente con certeza de qué tipo de función se trata, en los más la duda es inevitable y permanente.

De las soluciones existentes veamos por ejemplo los actos que realiza el Congreso. Se conviene en que su actividad de contralor sobre el Poder Ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, venias, autorizaciones, etc.) es actividad administrativa; lo mismo se admite para las otras labores propiamente ejecutivas del mismo cuerpo. (Todo lo referente a la Biblioteca e Imprenta del Congreso, y en general el nombramiento, dirección y remoción de los empleados del Congreso.) Estos actos, que *orgánicamente* (es decir, en razón del órgano que los dicta) son legislativos, *materialmente* (sustancialmente, en razón de su esencia propia) son entonces administrativos.

En lo que se refiere al Poder Judicial sucede aproximadamente lo mismo: Las autorizaciones y venias (para vender, casarse, etc., los menores), el contralor sobre los interdictos, pupilos, y en general la así llamada “jurisdicción voluntaria;” el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Corte Suprema, etc., son actos que a pesar de ser orgánicamente jurisdiccionales, *materialmente* son administrativos.

Hasta aquí, hay acuerdo en doctrina; las dificultades comienzan ya cuando se trata de analizar la actividad de los órganos administrativos. Estos órganos dictan actos *materialmente* similares a los actos legislativos y jurisdiccionales (lo primero, cuando crean reglamentos; lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por el particular frente a un órgano inferior); pero predomina actualmente la opinión de que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad *administrativa* a pesar de su posible similitud con la legislativa y la jurisdiccional.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Para su fundamento, ver *infra*, n° 6.

3. ¿Es posible hallar algún criterio general que tomando esas soluciones concretas dé un concepto para cada una de las funciones del Estado?

Como ya dijimos antes, se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas para todos los habitantes,<sup>5</sup> y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable;<sup>6</sup> pero no hay hasta el presente un concepto de *función administrativa* que pueda *ser armonizado con los dos anteriores*. Todos los conceptos existentes de “función administrativa” son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones, y si bien es ello ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o jurisdiccional.

1º) Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo,<sup>7</sup> criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas.

2º) Se dijo luego que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,<sup>8</sup> a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción —y por lo tanto si administración—, quedan muchos más en los que se duda de que actividad se trata.<sup>9</sup>

3º) Ante el fracaso del concepto *orgánico* y del *negativo*, se intentó definir a la función administrativa en forma *material*, como “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios,”<sup>10</sup> o “la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,”<sup>11</sup> o “la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,”<sup>12</sup> o como “actividad funcional, idónea y concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.”<sup>13</sup> Todos estos conceptos de tipo *material* y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa—, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son inexactas. Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo con-

<sup>5</sup> Eso es lo principal: Los autores agregan detalles como la “permanencia,” la “novedad,” etc., pero ello no quita la claridad del concepto básico.

<sup>6</sup> Al igual que el concepto material de legislación, el de jurisdicción es susceptible de agregados; pero lo principal a afectos de lo aquí tratado es lo ya señalado.

<sup>7</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 1903, p. 34.

<sup>8</sup> FLEINER, FRITZ, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.

<sup>9</sup> Conf. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, p. 3.

<sup>10</sup> ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed.

<sup>11</sup> D'ALESSIO, E., *Istituzione di Diritto Amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

<sup>12</sup> JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 6.

<sup>13</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 32.

creto en casos individuales —oponiéndola así a la legislación (norma *abstracta* de tipo *general*) y a la jurisdicción (norma individual, pero *abstracta*)—; mas esa noción es errónea, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, siendo que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas. (Pues el reglamento es una norma abstracta de tipo *general*.)

Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son sustancialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior); tomadas éstas también en sentido material.

4°) Finalmente se produce un retorno al criterio *orgánico*, considerándose que función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizarla por órganos administrativos, a cuyo efecto se aclara que son órganos *legislativos* aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales (con lo cual se excluyen los reglamentos del concepto de legislación), órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de *independencia*, y órganos *administrativos* aquéllos sujetos a órdenes (*weisungsgebunden*); con lo cual el concepto final sería: La función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior;<sup>14</sup> a lo cual se observa lo mismo que a la primera definición: Que los otros órganos también realizan funciones administrativas. (*Supra*, nº 2.)

4. De lo dicho se desprende que, además del concepto *negativo* (“administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción”), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: El *orgánico* y el *material* o sustancial.

Desde el punto de vista orgánico (a veces llamado “formal”), según el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional (independiente), administrativo (dependiente) o legislativo (de índole constitucional), nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, erróneo, por cuanto en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas. Desde el punto de vista material o sustancial, es decir, ateniéndonos a la naturaleza *interna* de los actos mismos, son actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos los que crean normas o reglas de derecho), son actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable: Y son actos de la función administrativa los que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a

<sup>14</sup> MERKI, *op. cit.*, p. 59. En igual sentido ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 4 y ss.

abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal. Este criterio también es insuficiente y erróneo, pues ya hemos visto que la función administrativa no siempre se limita a manifestaciones concretas de voluntad.

5. Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones jurisdiccional, administrativa y legislativa; pues hay actos *materialmente* legislativos que son *orgánicamente administrativos* (los reglamentos); actos *materialmente administrativos* que son orgánicamente legislativos (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc., que conceden o realizan las Cámaras); actos *materialmente administrativos* que son orgánicamente jurisdiccionales. (Las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales: La así llamada “jurisdicción voluntaria;” el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte.)

Hay además actos *materialmente jurisdiccionales* que son orgánicamente administrativos. (Cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico.)

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra inobjetablemente que no puede pretenderse hallar un criterio orgánico o material *positivo y puro* para conceptuar cada una de las funciones: Es necesario buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda finalmente ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.

6. Podemos ya observar un dato concreto en este entrecruzamiento de funciones: En materia de *función legislativa y función jurisdiccional* el criterio sustancial o material no designa suficientemente a la función, y es necesario agregarle una referencia al órgano respectivo.

Sucede así que el régimen jurídico previsto para la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean materialmente *legislativos* y que *ADEMÁS hayan sido realizados por el órgano legislativo*.

En efecto, el régimen jurídico de los actos *legislativos* no puede ser aplicado a los actos de sustancia legislativa que realice un órgano administrativo, pues ello contrariaría el principio del moderno estado de derecho y de casi todas las legislaciones, de que sólo el Poder Legislativo, esto es, el cuerpo formado por los representantes del pueblo, puede imponer reglas imperativas de conducta. Los reglamentos que dicta el administrador son pues unánimemente considerados parte de la función administrativa, y el régimen jurídico pertinente es el que corresponde a tal función y no el de la función legislativa.

El régimen jurídico de la *función jurisdiccional*, a su vez, sólo se aplica a los actos *materialmente jurisdiccionales* realizados por *órganos jurisdiccionales*: No así a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos: El régimen jurídico pertinente se aplica sólo cuando el acto es *materialmente* el que corresponde y *además* ha sido dictado por el órgano a quien compete realizar la función: El juez.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia Nacional en el conocido fallo del 19-IX-1960 sobre arrendamientos rurales,<sup>15</sup> en el que se aplicó primordialmente el principio de la defensa en juicio. Sostuvo la Corte que el artículo 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que “ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia,” y que si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, existe agravio constitucional originado en privación de justicia. “Puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el art. 78 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos.” (Considerando 20.)

Cuando la ley atribuye a un órgano administrativo la facultad de resolver una contienda entre partes (es decir, cuando le confiere facultades jurisdiccionales *en sentido material*), es necesario que se haya previsto “oportunidad para que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo,” estimándose imprescindible el otorgamiento de “recurso y ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,” “en la inteligencia de que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente con los derechos y garantías constitucionales.” (Fallo citado, considerando 17.) Es decir, que no se admite que la función *materialmente jurisdiccional* realizada por un órgano administrativo tenga el régimen *jurídico* correspondiente a la función jurisdiccional; que toda vez que la ley confiera a un órgano administrativo una facultad materialmente jurisdiccional, no podrá hablarse allí con criterio jurídico de “ejercicio de la función jurisdiccional,” lo que se reserva a los jueces a través del “control judicial suficiente.” (Ya que se estima indispensable en nuestro sistema constitucional que exista tal control después de la actuación orgánicamente administrativa.) Dice además el tribunal: “De conformidad con lo hasta aquí expuesto, pues, y a título de síntesis, cabe declarar que... «control judicial suficiente» quiere decir: a) Reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertido, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.” (Doctrina de *Fallos*, 205, 17; 245, 351.) La mera facultad de deducir recurso

<sup>15</sup> *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio, José (Suc.)*, en JA del 15-X-1960.

extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas.” (Considerando 19.)

Por otra parte, el artículo 95 de la Constitución es tan categórico que parece imposible pueda haberse dudado en nuestro país de la certeza del principio mencionado: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Es obvio que lo que no puede hacer el jefe supremo de la administración, tampoco pueden hacerlo sus órganos inferiores. La interpretación se afirma aún, si cabe, al relacionar el artículo 95 con el art. 23, en el cual se expresa que ni siquiera durante el estado de sitio tiene el Presidente función judicial alguna; con el artículo 29, que prohíbe conceder al Ejecutivo nacional “facultades extraordinarias,” la “suma del poder público,” “supremacías” o “sumisiones.” (Fallo citado, considerando 4 del voto de la minoría.)

Además, la independencia del órgano que ha de decidir el derecho aplicable a una contienda es un avance en la historia de la lucha por la defensa de los derechos individuales y la libertad del hombre que no puede abandonarse sin peligro de esa libertad;<sup>16</sup> no se trata tan sólo de tener un juzgador “imparcial” (pues también el administrador puede ser “imparcial” al resolver un reclamo que se le haga), sino de tener un juzgador que pueda resolver el caso de acuerdo a su interpretación de la legislación vigente, sin que haya posibilidad de que se le den órdenes o instrucciones de un órgano superior acerca de cómo resolver la cuestión planteada. (Y en esa situación sólo se encuentra el juez: 131 FSC 105, 110.)

Finalmente, cabe señalar que la solución contraria atentaría contra el principio axiomático de que nadie puede ser juez y parte, aunque sea parte sólo en forma indirecta.

Esa particularidad, esa restricción que observamos en las funciones legislativa y jurisdiccional, y que consiste en que sólo se les aplique el régimen jurídico respectivo a los actos *orgánica y materialmente* identificados como exteriorización de la función de que se trata, se da, repetimos, en la función legislativa y en la jurisdiccional, *pero no en la administrativa*.

7. Aquella unión de los criterios orgánico y material, que lleva al concepto de función legislativa y jurisdiccional, es inaplicable a la función administrativa pues según ya vimos *no sólo los actos materialmente administrativos, dictados por órganos administrativos*, forman parte de la función administrativa, sino también 1º) los actos materialmente administrativos dictados por *órganos jurisdiccionales*,

<sup>16</sup> Comp. FIORINI, BARTOLOMÉ, “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional,” en *LL*, 17 de diciembre de 1960. Pero este autor considera que la independencia del órgano es un elemento del concepto *material* de jurisdicción. Como contrapartida, es hartamente interesante la posición de R. BIELSA, quien afirma que el Poder Ejecutivo tiene “funciones jurisdiccionales y no judiciales, porque éstas se las prohíbe la Constitución. (Art. 95.)” (*Estudios de Derecho Público*, t. I, Buenos Aires, 1950, p. 321.) Se advierte así que las disidencias son tal vez más de tipo terminológico que de fondo; y una forma de evitarlas es tal vez la de distinguir entre el concepto *material* y el total o mixto de función jurisdiccional, como hacemos en el presente capítulo.

2°) los actos materialmente administrativos dictados por el *Poder Legislativo*, 3°) los actos *materialmente jurisdiccionales* dictados por órganos administrativos, 4°) los actos *materialmente legislativos* dictados por órganos administrativos.

8. De todo ello se desprende que podemos definir claramente las funciones legislativas y jurisdiccional mediante la unión de los criterios orgánico y material; y que por exclusión, con criterio negativo, podemos entonces definir a la función administrativa. La *función legislativa* sería la producción de normas jurídicas generales realizada por el Poder Legislativo; la *función jurisdiccional* sería la resolución con fuerza de verdad legal de contiendas entre partes, realizada por el Poder Judicial (es decir, por órganos independientes y relativamente estables); la *función administrativa* sería “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales.” Dicho de otra forma, “es administración todo lo que no es, *orgánica* y *materialmente a la vez*, ni legislación ni jurisdicción.”

9. Este concepto no está libre de críticas, desde luego, pero nos parece que los casos que ofrecen dudas ante el planteamiento general que ofrecemos, son menos frecuentes y de menor trascendencia que los que quedan en la duda con los demás conceptos analizados.

Un caso que podría ofrecer dudas, por ejemplo, es el del llamado “juicio político,” que parecería ser actividad jurisdiccional realizada por el órgano legislativo, desmintiendo así la afirmación de que todo lo realizado por dicho órgano que no sea legislación habrá forzosamente de ser administración. Sin embargo, es de hacer notar que se trata aquí simplemente de la *remoción de un funcionario público*, que, aunque sujeta a determinados requisitos o confiada a órganos especiales, no pierde su carácter propio e intrínseco de acto administrativo.

Otro caso del mismo tenor se presenta en la función jurisdiccional: La jurisprudencia, ¿no sería acaso actividad legislativa? Pero la semejanza es inexistente, pues la jurisprudencia no es una *regla general* dictada por órganos jurisdiccionales, sino la reiteración concordante de una misma solución individual: La regla existe tan sólo en la mente del juzgador, o en los estudios de la doctrina; esa regla no obliga a nadie (salvo en el derecho anglosajón) y por lo tanto no es imperativa. Cada caso individual fallado por el juez en concordancia con esa “regla” es pues simplemente función jurisdiccional.

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia Nacional ha declarado que “...el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, comprensivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, con arreglo a principios conocidos —art. 16 del C. Civil—, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos... atribuirse... facultades legislativas

de que carecen.”<sup>17</sup> En lo que respecta a los fallos plenarios y su obligatoriedad, hay que distinguir dos aspectos: 1º) En lo que respecta a las Salas que integran la Cámara respectiva, y 2º) en lo que respecta a los jueces inferiores. En el primer punto hay simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto: Como las Salas no constituyen tribunales aislados sino que son parte de la Cámara, es perfectamente razonable que deban ajustarse a la opinión de la mayoría. En cuanto hace a los jueces inferiores, estimamos que es inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho que hace un tribunal superior, pues ya ha dicho también la Corte Suprema que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia conciencia de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones;”<sup>18</sup> la inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a la esencia de nuestro sistema institucional.<sup>19</sup>

10. Es posible corregir y mejorar el concepto que ofrecemos, pero habrá de insistirse en un concepto *mixto*, pues las definiciones *materiales* habrán de ser siempre infructíferas, al igual que las orgánicas.

Ello es así, pues “sustancialmente” o “materialmente,” no todo lo que realiza el órgano ejecutivo sería administración, sino sólo “la actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos;” el “hacer efectivo,” la “concretización en hechos de la actividad estatal,”<sup>20</sup> siendo que en el derecho positivo ello no es así. (Ejemplo: Los reglamentos.)

Surge allí pues la gran diferencia entre la administración y las otras funciones: Mientras que en las demás funciones el *elemento material es demasiado amplio* para caracterizarlas (requiriéndose agregar un elemento restrictivo para lograr la naturaleza jurídica del acto y de la función), en la función administrativa *el elemento material es demasiado estrecho* para ello, siendo por lo tanto imposible de mejorar o corregir. No puede conceptuarse materialmente (sustancialmente, positivamente) a la función administrativa, pues lo que ya es designado materialmente como legislación o jurisdicción también forma parte de la misma. Los reglamentos, de sustancia legislativa, se incluyen en la función administrativa; las decisiones en casos controvertidos que dicten órganos administrativos, de sustancia jurisdiccional, se incluyen también en la función administrativa. (Pues no se les aplica el régimen jurídico de las sentencias sino el de los actos de la administración.) Suelen hacerse distinciones y matices que recuerdan por momentos el régimen jurídico de los actos legislativos o jurisdiccionales, en cada caso; pero

<sup>17</sup> *Fallos de la Suprema Corte*, 234: 82, 98.

<sup>18</sup> 131 FSC 105, 110.

<sup>19</sup> V. VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 27 y nota.

<sup>20</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 42 y ss.

lo fundamental de su regulación es y sigue siendo el correspondiente a la función administrativa, con lo que los actos respectivos pasan a formar parte de ella.

Y si tenemos entonces tres géneros —administración, legislación, justicia—, uno de los cuales —la administración— comprende a los otros dos en sentido material, se concluye que es imposible hallar un concepto material de uno de los géneros —la administración—, que al mismo tiempo que se diferencie de los otros dos, pueda abarcarlos.

## CAPÍTULO IV

### EL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>El derecho administrativo como parte del derecho público</i> .....	IADA-IV-1
1. Derecho público y privado .....	IADA-IV-1
II. <i>Concepto de derecho administrativo</i> .....	IADA-IV-2
2. El derecho administrativo como conjunto de normas y como disciplina científica.....	IADA-IV-2
3. Es un derecho en formación .....	IADA-IV-3
4. No se refiere sólo a los servicios públicos .....	IADA-IV-3
5. No sólo estudia las relaciones externas de la administración, sino también su organización interna .....	IADA-IV-3
6. El derecho procesal administrativo no forma parte del derecho administrativo, pero sí ciertos principios de protección judicial .....	IADA-IV-4
7. Definición de derecho administrativo .....	IADA-IV-5
III. <i>Relaciones con otras ramas del derecho</i> .....	IADA-IV-6
8. Relaciones con el derecho civil .....	IADA-IV-6
9. Relaciones con el derecho constitucional.....	IADA-IV-7



*Capítulo IV*  
**EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

*I. El derecho administrativo como parte del derecho público*

1. El derecho público (derecho penal, derecho tributario o fiscal, derecho constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (derecho civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, derecho comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí.<sup>1</sup> Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: Cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público.

Ello ha llegado a ser así debido a que generalmente, toda vez que el legislador o el juez ha considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pie de la letra la legislación común. Una consecuencia de eso es que en el derecho público hay a menudo una relación de *subordinación* (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, un número de atribuciones superior a los derechos individuales del habitante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la *coordinación*: Los sujetos se encuentran allí en un plano de cierta igualdad. Esa diferencia de régimen tiene por raíz sociológica que tales relaciones afectan respectivamente el “interés público,” colectivo, o el “interés privado,” individual.

Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*; ni se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las del derecho privado; ni de que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo de que las leyes

<sup>1</sup> Comparar GARCÍA MAYNEZ, CARLOS, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, p. 130 ss. Otras teorías son expuestas por VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 63 y ss., y por SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 17 y ss.

que regir las relaciones del Estado con los particulares van acumulando una serie de prerrogativas y privilegios para el Estado, y de que tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: Todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y las entidades estatales requiere principios diversos de los del derecho común. De tal forma esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen en determinado momento un todo estructurado y regido por principios propios, ajenos al derecho común: Las que empiezan siendo excepciones se tornan principios, y así las reglas generales del derecho se ven desplazados por éstos. Al llegar a esta situación; es lógico independizar científicamente a ese conjunto de principios e instituciones correlativos y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho general: Allí nace el derecho público.

Se trata pues de una cuestión circunstancial, que depende exclusivamente de la fisonomía adoptada por el orden jurídico de un país determinado y en una época determinada.

En el caso del derecho administrativo, esos principios que son peculiares a la administración o la favorecen y son ajenos al derecho común, no constituyen propiamente un *sistema* perfectamente *coordinado*, sino más bien un complejo de regulaciones legales y principios doctrinarios o jurisprudenciales; un conglomerado asistemático y a veces, al llevarse a sus últimas consecuencias, contradictorio. Por eso se dice que es un derecho *en formación*; lo que no quita su perfecta identificación como rama del derecho público.

## II. Concepto de derecho administrativo

2. No debe confundirse al derecho administrativo en cuanto *ciencia, jurídica o disciplina científica*, y al derecho administrativo como *parte del orden jurídico positivo*, como *conjunto de normas jurídicas*.

Así como al hablar del derecho civil podemos referirnos tanto al Código Civil y leyes complementarias, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes, así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de leyes administrativas, principios de derecho público y reglas jurisprudenciales que integran la *normación positiva, el régimen jurídico positivo* de la función administrativa, como en la *ciencia que los estudia*.

Dado que el conjunto de leyes y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llegan a nuestro conocimiento y valoración a través del *estudio* y análisis de los mismos, y que por lo tanto nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la *disciplina* que efectúa tal investigación, debe darse preferencia al concepto de *ciencia del derecho* antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo es pues una disciplina científica, jurídica, y por ende una rama, de la ciencia del derecho. Ubicándolo en la distinción que se hace de esta última en razón del objeto, es una disciplina de derecho público.

3. Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un *sistema*, sino tan sólo un complejo o conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales. A diferencia de otras ramas del derecho, no se halla ésta completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales para configurar una institución de derecho administrativo; eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias; a arbitrariedades y despotismos de los órganos administrativos cuando los jueces carecen de personalidad para imponer la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones: Es netamente un derecho *en formación*.

4. Ese conjunto de normas y principios no se refieren exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*, sino que abarcan a toda la *función administrativa*, trátese o no de servicios públicos: La función pública, el “poder de policía,” los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos.

Tampoco se refieren, según hemos visto previamente, a la actividad del sujeto administración, sino al objeto función administrativa, sea ella realizada por la administración o por cualquier otro órgano o persona jurídica estatal.

5. También es erróneo decir que el derecho administrativo estudia solamente las relaciones jurídicas de la administración y los administrados, o de los órganos administrativos entre sí; en efecto, el derecho administrativo estudia igualmente la *organización administrativa interna*, los medios y la forma de la actividad de la administración pública;<sup>2</sup> por ello las normas jurídicas que son objeto del estudio de esta materia no son sólo normas externas (que rigen las relaciones de la administración con los habitantes) sino también internas. (Que no trascienden en relaciones jurídicas con los administrados.) El concepto de derecho administrativo debe pues abarcar ambas circunstancias.

Se podría definir entonces que el derecho administrativo estudia la organización y la actividad administrativas;<sup>3</sup> sin embargo, puesto que la organización administrativa hace al estudio del *sujeto* que realiza la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo estudia *el ejercicio de la función administrativa*. Ello comprende necesariamente el

<sup>2</sup>ZANOBINI, *op. cit.*, p. 26 y ss. En contra, VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 75.

<sup>3</sup>Tal, en sustancia, la definición de ZANOBINI, *op. loc. cit.* Con criterio similar, SAYAGUÉS LASO define: “La parte del derecho público que regula la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa.” (*Op. cit.*, t. I, p. 21.)

estudio de *quién* ejerce esa función (luego, con qué organización, particularidades, régimen interno, etc.), *con qué* la ejerce (mediante qué personas físicas y medios materiales), *cómo* (en qué forma, con qué procedimientos, etc.), *sobre quiénes* (los administrados, otras personas jurídicas estatales), etc. No es necesario aclarar expresamente que dentro del “ejercicio de la función administrativa” se incluye el estudio del órgano que la ejerce; dicha inclusión es obvia.

6. Pero hay más. El derecho administrativo también estudia *la protección judicial existente* con respecto al ejercicio de la función administrativa. BIELSA y ANDRÉ DE LAUBADÈRE, siguiendo las orientaciones tradicionales del derecho administrativo francés, hablan del “contralor jurisdiccional de la administración,”<sup>4</sup> distinguiendo luego el contralor jurisdiccional *judicial* del contralor jurisdiccional *administrativo*.

Nosotros entendemos, con referencia específica al derecho argentino (pues en el derecho francés la distinción es más aplicable) que hablar de *jurisdicción judicial* es una redundancia (pues *judicial* significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: Los órganos que ejercen la función jurisdiccional; luego, y según ya vimos, la jurisdicción es siempre judicial), y de *jurisdicción administrativa* una contradicción (pues si hay jurisdicción no hay administración, y viceversa) o, si se aclara que es jurisdicción *sobre materia administrativa*, una impropiedad lingüística. En consecuencia, hablamos simplemente de *protección judicial*, entendiendo por tal sólo la que confieren órganos *independientes* y relativamente estables facultados para decidir controversias con fuerza de verdad legal.

El derecho administrativo no estudia sin embargo el sistema mediante el cual se realiza el contralor; en otros términos, no estudia el *procedimiento* contencioso-administrativo (la *forma* en que se hace efectiva esa protección judicial), pues eso es materia de una rama del derecho procesal. Lo que interesa no es la forma (derecho procesal) sino el contenido de la protección judicial, e interesa en virtud de que *no consiste simplemente en la aplicación del derecho de fondo por parte de los tribunales* (como así sucede en las demás ramas del derecho), pues en tal caso ninguna diferencia habría que justificase la inclusión de ese elemento en la definición del derecho administrativo y no en la de las demás materias.

La diferencia consiste en que en el derecho administrativo es peculiar que *también exista protección judicial cuando se atacan actos de la administración que no violan la ley* (por arbitrariedad, por desviación y exceso de poder: El acto ha cumplido exteriormente lo que dispone la ley, pero lo hace en forma tortuosa, artificiosa o abusiva) o que *si bien violan la ley no perjudican individualmente al recurrente*. (Cuando, pues, falta el derecho subjetivo y sólo hay un derecho reflejo.)

<sup>4</sup> BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 39 y ss., y también en su *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1960, 3ª ed., p. 1 y ss.; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed., p. 12.

Nada de eso sucede en el derecho común (por regla general), y por ello en tal caso la protección judicial no agrega nada nueva al mismo; en el derecho administrativo en cambio, la protección judicial modifica sustancialmente el derecho de fondo, en cuanto *permite anular actos que no violan la ley y permite accionar a quien no tiene un derecho subjetivo*. En eso consiste la “protección judicial;” en los “recursos contencioso-administrativos,” y es lo único que forma parte de esta materia. Todo lo demás (requisitos de la demanda y la contestación, régimen de la prueba, términos, régimen de la sentencia, etc.) pertenece al “Derecho Procesal Administrativo.”

7. Definimos así al Derecho Administrativo como “la rama de la ciencia del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”

a) *Rama de la ciencia del derecho público*: Como tal, los problemas que estudia los analiza a la luz de las normas y principios jurídicos. Dichas normas y principios forman un conglomerado algo inconexo e incoherente.

b) *Que estudia el ejercicio de la función administrativa*:

1º) Función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Luego, el derecho administrativo estudia *toda* la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder central y además la actividad del Congreso que no sea legislativa, y de órganos independientes que no sea jurisdiccional.

2º) Puesto que estudia el ejercicio de la función, no comprende solamente el análisis de la *actividad* administrativa (servicios públicos, contratos administrativos, responsabilidad del Estado, actos administrativos), sino también del que la ejerce (organización administrativa), y de los medios a través de los cuales la ejerce (en particular, el personal que utiliza —servidores públicos— y los bienes materiales que emplea o regula —dominio público y bienes administrativos en genera.<sup>5</sup>

c) *Y la protección judicial existente contra ésta*: La protección judicial se estudia no porque implique una idea de “justicia” —pues ella también existe con referencia a las demás materias—, ni porque en el derecho administrativo haya una relación de desigualdad —lo que no sería sino un aspecto de lo anterior—, sino porque constituye un elemento integrante del derecho de fondo. Pero lo que se estudia es el contenido de esa protección (es decir, el contenido de los recursos judiciales que sirven para entablar contienda con la administración —de allí lo de “contencioso-administrativo”), y no el procedimiento mediante el cual ella se

<sup>5</sup> LABAUDÈRE, *op. loc. cit.*

hace efectiva. Ese contenido consiste en que no sólo los actos administrativos que violan derechos subjetivos pueden ser impugnados, y en que no sólo pueden ser declarados antijurídicos los actos de la Administración que violan un límite legal directo o expreso, sino también los que representan una arbitrariedad, o un fin ajeno al contemplado por la ley, o un abuso.

### *III. Relaciones con otras ramas del derecho*

8. Las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado en general y con el derecho civil en particular se desarrollan alrededor de tres órdenes de ideas: 1º) Existen ciertos principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho civil y también en el derecho administrativo; no se trata de que el derecho administrativo los haya tomado del derecho civil, sino tan sólo de que el derecho civil fue uno de los primeros en apropiárselos (así, los elementos esenciales de los hechos y actos jurídicos, los contratos, la responsabilidad, etc.); 2º) hay disposiciones de derecho administrativo que están contenidas en el Código Civil. (Éste determina cuáles son los bienes del dominio público, habla de expropiación, del arrendamiento de bienes públicos; dice que ciertas cuestiones son ajenas a él y se regirán por el derecho administrativo: La reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público; etc.) Tales disposiciones no son, pues, del derecho civil, y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas; 3º) en cuanto a las reglas propiamente de derecho privado, su aplicación en el campo del derecho administrativo era muy frecuente en los orígenes de éste, pero ha ido decreciendo paulatinamente a medida que adquiría más autonomía.<sup>6</sup> Por regla general el derecho administrativo, cuando toma principios del derecho común, no los mantiene con sus caracteres iniciales, y por ello aparecen sea deformados (responsabilidad indirecta del Estado, derechos reales), sea “publicizados” (obligaciones, extinción de las obligaciones, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.), de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios de derecho civil. Ya el Código Civil mismo establece con referencia a la regulación de un problema determinado de derecho administrativo (el arrendamiento de bienes estatales, art. 1502) que será juzgado “por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código;” esto es un principio extensivo a todo caso de aplicación analógica del derecho común: Sus normas se aplican sólo en *subsidio*, y por lo tanto vienen a *integrarse* con las disposiciones de derecho público preexistentes, debiendo así *conformarse* y adecuarse a: 1º) “Las disposiciones del derecho administrativo,” y

<sup>6</sup> Comparar: ZANOBINI, *op. cit.*, p. 32 y ss.

2º) “las que le sean peculiares.” (Esto último se refiere a normas que contemplen específicamente el caso de que se trate.)

9. De todas las ramas del derecho público, ninguna está más estrechamente ligada al derecho administrativo que el derecho constitucional; cada capítulo de derecho administrativo, se ha dicho, está encabezado por una introducción de derecho constitucional. “Ningún derecho está más subordinado y conformado a las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo,” y por ello, “el derecho administrativo tiene el carácter o la fisonomía del *derecho constitucional* de cada Estado.”<sup>7</sup> En efecto, la Constitución crea la separación de poderes (o no) y establece los límites del poder estatal en los derechos individuales: Dentro de esos lineamientos habrá de desenvolverse el derecho administrativo.

Constitución y administración se influyen recíprocamente; pero mientras que la influencia de la primera sobre la segunda es *de sistema*, la de la administración sobre ella es de *eficacia*.<sup>8</sup> La Constitución es una *estructura*, es el ordenamiento fundamental del Estado; la *administración* es un órgano jurídico de ese Estado, y la *función administrativa* es una actividad que se realiza dentro del marco y las directivas básicas fijadas por aquella estructura. En la Constitución predomina lo estático, en la función administrativa lo dinámico; en la primera hay estructuración y establecimiento de límites, en la segunda hay expresión de actividad concreta y choque contra los límites prefijados.

Al igual que en el caso del derecho civil, hay que distinguir tres tipos de relaciones entre ambas ciencias:

1º) Hay principios generales de derecho que si bien se hallan más fuertemente protegidos por encontrarse en la Constitución, no son exclusivos del derecho constitucional. (La igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y conciencia, el que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, etc.)

2º) Hay disposiciones de *derecho administrativo* que están contenidas en la Constitución. (Las referentes a la expropiación, a la imposición, la prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, al régimen carcelario, al servicio militar obligatorio, a la libertad de navegación de los ríos interiores, etc.)

3º) En cuanto a las que se consideran de derecho constitucional (creación y organización de los tres Poderes; facultades de los mismos; derechos individuales), su aplicación en derecho administrativo es necesaria, ineludible, y éste aparece como una prolongación de aquél; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas.

<sup>7</sup> BIELSA, *Compendio, op. cit.*, p. 7.

<sup>8</sup> VON STEIN, LORENZ, *La scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897, p. 3; BIELSA, *op. loc. cit.*; GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 1.

En este último aspecto, hay varias cuestiones de enorme trascendencia para la orientación que ha de asumir el derecho administrativo; *a)* si la Constitución ha establecido un Estado de Derecho, lo que se contesta averiguando si la Constitución constituye un *orden jurídico* pleno y autónomo, al cual esté *sometido* el Estado en absolutamente todas sus manifestaciones, de forma que no sea que el Estado “tenga” una Constitución, sino que “esté” en una Constitución (*supra*, cap. II, n° 2 al 10);

*b)* Si los derechos individuales concedidos por la Constitución a los habitantes son auténticos *derechos subjetivos* frente al Estado como “poder.” (*Supra*, cap. II, n° 11 y 12.)

*c)* Si la violación del *fin* y la *valoración* o el *espíritu* de una norma constitucional da lugar a la inconstitucionalidad del acto estatal respectivo.<sup>9</sup>

<sup>9</sup>V. nuestro artículo “Los actos de gobierno,” en *Boletín de Derecho Administrativo*, n° 1, Buenos Aires, 1960, p. 25 y ss., p. 36; e *infra*, cap. V, n° 3.

## CAPÍTULO V

### FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Concepto</i> .....	IADA-V-1
1. Coherencia conceptual entre la noción de <i>fuentes</i> y la noción de <i>derecho administrativo</i> .....	IADA-V-1
II. <i>La Constitución. Los principios de derecho público</i> .....	IADA-V-2
2. Las normas constitucionales .....	IADA-V-2
3. Los principios constitucionales. Diferencia con las simples normas constitucionales.....	IADA-V-2
III. <i>La Ley</i> .....	IADA-V-4
4. Nexos y límites de la función administrativa y legislativa del Congreso.....	IADA-V-4
5. Leyes constitucionales y simples .....	IADA-V-4
6. Leyes y tratados.....	IADA-V-4
7. Leyes nacionales y provinciales .....	IADA-V-5
8. Leyes nacionales de contenido local.....	IADA-V-5
IV. <i>Los reglamentos</i> .....	IADA-V-5
9. Actos internos y externos de la administración .....	IADA-V-5
10. Reglamentos internos y externos de la administración. Diferencias .....	IADA-V-7
11. Clases de reglamentos externos.....	IADA-V-8
1º) Reglamentos de ejecución .....	IADA-V-8
2º) Reglamentos “delegados” o de integración .....	IADA-V-8
3º) Reglamentos “autónomos” .....	IADA-V-8
4º) El criterio francés y austríaco en materia reglamentaria ..	IADA-V-9
V. <i>La jurisprudencia</i> .....	IADA-V-10

12. Concepto y caracteres de la jurisprudencia.....	IADA-V-10
13. La jurisprudencia y el derecho positivo que aplica .....	IADA-V-11
14. La jurisprudencia y los principios de derecho público.....	IADA-V-11
VI. <i>La costumbre</i> .....	IADA-V-12
15. Concepto. Inadmisibilidad como fuente del derecho.....	IADA-V-12
VII. <i>Gradación jerárquica de las fuentes</i> .....	IADA-V-13
16. Necesidad lógico-jurídica de analizar este problema.....	IADA-V-13
17. Principios generales de gradación .....	IADA-V-13
18. La gradación <i>Constitución-ley</i> en su aplicación adminis- trativa .....	IADA-V-13
19. Crítica del criterio imperante .....	IADA-V-14
20. La gradación <i>acto general - acto individual</i> en el plano administrativo .....	IADA-V-15
21. La gradación <i>acto individual irrevocable - acto individual</i> <i>posterior</i> , en el plano administrativo (la “cosa juzgada administrativa”) .....	IADA-V-16
22. Análisis de los requisitos necesarios para que un acto administrativo sea irrevocable y tenga así una gradación diferenciada .....	IADA-V-17
23. La gradación <i>acto individual irrevocable - reglamento</i> .....	IADA-V-19

*Capítulo V*  
**FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

*I. Concepto*

1. Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serían aquellas que directamente pasan a constituir el *derecho aplicable*, y las segundas las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras. Fuentes en sentido formal serían la Constitución, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia; fuentes en sentido sustancial u “orígenes,” los hechos sociales, doctrinas y costumbres. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes, y dicen así que las fuentes del derecho administrativo son la ley (en sentido amplio), la doctrina y la costumbre;<sup>1</sup> otros agregan a los hechos como fuente formal.<sup>2</sup>

Estas dudas provienen de una confusión, no tanto sobre el concepto de fuente como sobre el concepto de derecho administrativo: Puesto que éste es una rama de la ciencia del derecho (una disciplina científica) que estudia el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa, las fuentes de la disciplina serán todas las normas y principios —sea cual fuere el origen de éstos— que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean *imperativos*.

Si, en cambio, se considera que el derecho administrativo es el conjunto mismo de esas reglas y principios, sería absurdo pretender que la ley, por ejemplo, sea fuente del derecho administrativo, pues ello significaría que *es fuente de sí misma*;<sup>3</sup> en este concepto del derecho administrativo, hablar de fuente no tiene sentido —salvo en el aspecto puramente sustancial<sup>4</sup>— y lo que nosotros estudiaremos

<sup>1</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 86.

<sup>2</sup> JELLINEK, WALTER, *op. cit.*, p. 125 y ss.; p. 132 y ss.

<sup>3</sup> ZANOBINI, *op. cit.*, p. 59.

<sup>4</sup> Es decir, “fuente” en el sentido de condiciones sociales, económicas, etc., de un pueblo que originan que el legislador establezca nuevas normas. Las denominaciones tradicionales de “fuente formal” y “fuente sustancial” o material no son en verdad acertadas, y tal vez fuera mejor reservar

aquí como “fuentes” debe analizarse bajo el nombre de “derecho administrativo objetivo.”<sup>5</sup> Conceptuar al “derecho administrativo” de una u otra manera no tiene gran trascendencia, pero debe cuidarse que la noción de “fuente” sea coherente con la misma.

Considerando pues al derecho administrativo como una rama de la ciencia del derecho, las fuentes del mismo serán en sentido estricto únicamente aquellas normas y principios que tienen imperatividad, esto es, que integran el orden jurídico positivo; todo aquello que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio *imperativo*, pero que *no sea imperativo en sí mismo*, es fuente en sentido social o político, pero no fuente en sentido jurídico.

Tomamos así posición en contra de la injustificada admisión de la *doctrina* como fuente del derecho administrativo; en cuanto a la costumbre, la consideraremos más adelante.

## II. La Constitución. Los principios de derecho público

2. Del esbozo hecho de las relaciones del derecho administrativo con el derecho constitucional (*supra*, cap. II y cap. IV, n° 9) se desprende que la Constitución es una fuente de extraordinaria importancia en el derecho administrativo; hablamos, claro está, de los países en que la Constitución es imperativa,<sup>6</sup> en que es un orden jurídico pleno impuesto por el pueblo al Estado, en el cual le regula su estructura y organización, establece las facultades del mismo frente a los individuos y los derechos de los habitantes frente a él.

Puesto que el derecho administrativo estudia la estructura de uno de los órganos jurídicos del Estado (la administración) y el ejercicio de la función administrativa (facultades del Estado en el órgano “administración” y limitaciones a las mismas, en los derechos de los habitantes), fácil es advertir la importancia del derecho constitucional y concretamente de la Constitución como fuente del derecho administrativo.

Desde luego, las normas de derecho administrativo o en general de derecho público contenidas en la Constitución son *supremas*, y no pueden ser violadas por ninguna ley, acto administrativo, acto de gobierno, sentencia o hecho; pero la Constitución contiene no sólo normas jurídicas, sino también principios de derecho público.

3. Los *principios* de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas, el nombre de *fuentes* a las reglas y principios *imperativos*, llamando *orígenes* a todo lo demás. V. SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, t. I, Córdoba, República Argentina, 1950, 4ª ed., p. 72 y ss.

<sup>5</sup> Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60.

<sup>6</sup> Lo que reside en que lo que la viola sea declarado antijurídico.

mas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: Pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada;<sup>7</sup> el principio, en cambio, determina en forma integral cuál ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta.

La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una *dirección estimativa*, un sentido axiológico, de *valoración*, de *espíritu*. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y *además* tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún más, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o las situaciones que más expresamente contemplan; por ser “principios” son la base de una sociedad libre y republicana, son los elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes.

La defensa en juicio es inviolable, dice por ejemplo la Constitución. Eso es un principio que establece un límite a la acción estatal en el caso de una controversia *judicial*, pero que además tiene un *contenido* de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una *sentencia* que impide a una parte defenderse, como para una *sentencia* que le permite expresarse pero ignora arbitrariamente su exposición; como para un *procedimiento administrativo* del que no se da vista al interesado y oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse.<sup>8</sup> También sería aplicable para obligar judicialmente a un *periódico* que en ejercicio de la libertad de prensa publica una noticia acerca de un individuo, a rectificarla con el mismo titular y en la misma ubicación de la publicación original, en caso de comprobarse que la información proporcionada es en definitiva errónea.<sup>9</sup>

Son igualmente *principios constitucionales* la igualdad ante la ley, la equidad y proporcionalidad de las cargas públicas, la inviolabilidad de la propiedad, el derecho a no declarar contra sí mismo, el que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudi-

<sup>7</sup> Ver y comparar: Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, p. 164 y ss.; ídem, p. 147 y ss. Pero nuestro concepto de Constitución es opuesto al kelseniano. (*Supra*, cap. II.)

<sup>8</sup> V. GORDILLO, AGUSTÍN, “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1961, n° 1.

<sup>9</sup> Esto es de mucha importancia y variada aplicación cuando un juez sobreesee definitivamente a una persona que la policía detuvo bajo la acusación de un delito determinado; cuando un juez deja sin efecto un auto de prisión preventiva; cuando la Cámara revoca el auto de prisión o la sentencia de un juez de primera instancia, etc. La naturaleza de las cosas quiere que sólo sea “noticia” la primera información, la que nos habla de un atroz delito o un vergonzante negociado: La comprobación y divulgación de que no hubo tal cosa presenta ya poco interés para el público... pero cuánta para el inculpad.

quen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados,” etc.

### III. La Ley

4. Vimos ya que la *función legislativa* es la creación de normas jurídicas generales hecha por el Congreso de acuerdo al procedimiento dispuesto en la Constitución; agregamos ahora que la *función administrativa* que realiza el Congreso se limita a los casos expresamente previstos por la Constitución y a lo que concierne a la organización interna de la actividad parlamentaria. Fuera de esos casos y de algunos otros que puedan encontrar una justificación razonable en las circunstancias respectivas, todo acto emanado del Congreso que estatuye para un caso individual, es función administrativa ejercida ilegítimamente; es decir, son *actos de administración inválidos* en cuanto a la *competencia*. (Así por ejemplo cuando una “Comisión Investigadora” pretende aplicar clausuras, decomisos, detenciones, etc.)

5. *Leyes constitucionales y simples*: En algunos países la Constitución no emana de un órgano especialmente convocado al efecto e independiente de los órganos del Estado, sino que está constituida por una ley parlamentaria a la que se exige un porcentaje determinado de votos. En tales casos corresponde distinguir la ley simple (la que entra en vigor cuando es aprobada por simple mayoría) y la ley constitucional (la que requiere una mayoría especial y sólo puede ser derogada por otra ley constitucional); estas leyes constitucionales no siempre tienen la misma validez y efectos que una Constitución impuesta por el pueblo al Estado: No constituyen un orden jurídico autónomo y directamente aplicable.

6. *Leyes y tratados*: De acuerdo con el art. 31 de la Constitución, “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” En consecuencia, “puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo al procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”<sup>10</sup> Sin embargo, lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasa a ser, sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso de éste, legislación interna, ha dado lugar a soluciones diversas,<sup>11</sup> según las particularidades que presente la convención e incluso la ley de aprobación.

Demás está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.), carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del

<sup>10</sup> PTN, *Dictámenes*, 21-VIII-1956, 58: 222.

<sup>11</sup> Dictamen citado, y CSJN, *Fallos*, 150: 84, y 186: 258.

país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas internas. (Pero esta solución no ha imperado.)

7. *Leyes nacionales y provinciales*: En las naciones formadas por Estados federados o Provincias, se establece una distinción entre leyes nacionales y provinciales. Las leyes nacionales, en los casos expresamente contemplados por la Constitución, rigen en todo el país, sin que las leyes provinciales puedan contener disposiciones contrarias a las establecidas en las primeras. Pero como “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal” (art. 104 de la Constitución argentina), toda vez que el Congreso nacional se excede en su competencia, las provincias no están obligadas por sus disposiciones.

A su vez, dentro de las leyes nacionales que obligan a todo el país, hay que distinguir las que son de *derecho común* (Código Civil, Código de Comercio, Código Penal, Código de Minería) y las que son de *materia federal* (ciudadanía, servicio militar obligatorio, elecciones nacionales): Las primeras son aplicadas por los tribunales provinciales cuando las cosas o las personas caen bajo sus respectivas jurisdicciones; las segundas son siempre aplicadas por los tribunales federales.

8. *Leyes nacionales de contenido local*: No todas las leyes emanadas del Congreso federal son de aplicación en todo el país. No lo son, particularmente, todas las que se refieren a asuntos de índole puramente local (regulación de la seguridad, higiene, salubridad, moralidad, decoro, tranquilidad, etc.: Ellas se aplican sólo en la Capital Federal y Territorios nacionales; o sujetos a jurisdicción nacional: Puertos, guarniciones militares, etc.); ni las que se refieren a la organización administrativa, régimen de la función pública, de los servicios públicos, de los contratos administrativos, etc. Desde luego, también son de índole local los códigos de procedimientos por los que se regirán los respectivos tribunales.

Cuando la materia legislada escapa por su naturaleza a la potestad exclusiva de una provincia (comercio, tránsito, navegación, etc., interprovincial), entonces corresponde que la misma sea reglada por ley nacional, pero sólo en lo que hace específicamente a la materia que ha suscitado tal aplicación de la ley nacional.

#### IV. Los reglamentos

9. Los actos de la administración se dividen en internos y externos según que establezcan o no una relación jurídica con el particular. El acto interno sería la orden o instrucción que el Estado da a sus órganos para el desempeño de sus funciones; el acto externo, a primera vista, sería pues una relación entre terceros en la que el particular es contemplado a título de objeto.

La distinción es similar a la que podría hacerse entre la relación de un particular con una sociedad cualquiera: El acto por el cual la empresa le vende algo

al particular es un acto externo; el acto por el cual la empresa ordena a sus empleados que preparen, empaqueten y entreguen la mercadería al comprador es un acto interno.

Si ello fuera estrictamente así en el derecho administrativo, ninguna razón habría para destacar la distinción; pero como el funcionario público ejerce un poder sobre el particular, dando cumplimiento a órdenes e instrucciones internas, corresponde analizar qué efectos jurídicos puede tener esa orden o instrucción en relación con el particular.

La doctrina sostiene generalmente que de tales actos internos no surgen derechos para los administrados; que ellos pueden juzgar la juridicidad de la actuación administrativa sólo a la luz de la legislación vigente (constitución, leyes, actos externos de la administración), y que no pueden exigir el regular cumplimiento de una orden o instrucción interna, ni hacer responsable al funcionario que las ejecute irregularmente. (Se sostiene que la responsabilidad del funcionario existe en ese caso sólo frente a la administración, y que es únicamente ésta en consecuencia la que puede hacerlo responsable por el irregular cumplimiento de la orden o instrucción.)

Nosotros en cambio hemos sostenido lo contrario,<sup>12</sup> por aplicación del artículo 1112 del Código Civil. Esta norma dispone: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título;” es decir, el “cumplir de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas” es causa generadora de responsabilidad.<sup>13</sup>

Ahora bien, el obedecer toda orden emanada de un superior jerárquico con competencia para darla, es también una obligación legal impuesta a los agentes del Estado;<sup>14</sup> luego, y por aplicación del art. 1112, forma parte del “regular cumplimiento de las obligaciones legales” *que los mismos deben a los particulares*.

El artículo 1112, en consecuencia, transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano (regular cumplimiento de las órdenes y circulares internas), en una relación jurídica *entre el órgano y el particular*. (Por cuanto el deber que en principio sólo existía frente al Estado existe ahora también frente a los administrados.) Y como esas obligaciones le están impuestas al funcionario con relación al ejercicio de sus funciones, esto es, *en cuanto órgano del Estado*, el particular tiene *también frente al Estado* el derecho a que

<sup>12</sup> Lo sostuvimos primero en nuestro ya citado artículo “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.; lo reiteramos en “Derecho subjetivo y derecho reflejo (o «*interés legítimo*»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 1960-III, p. 177 y ss., p. 198 y ss.

<sup>13</sup> Para una exposición más detallada, v. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 90 y ss.

<sup>14</sup> Estatuto del Personal Civil de la administración Nacional, (decreto-ley 6.666/57, B.O., 13-II-59, ratificado por ley 14.467), art. 6, inc. d.

se cumplan tales disposiciones. (Además de su derecho frente al funcionario, al cual puede responsabilizar por la irregular ejecución de las mismas.)

10. Un reglamento, que es *un acto unilateral de la administración que contiene normas jurídicas generales*, también puede ser interno o externo, según que tenga por finalidad dar instrucciones a los agentes administrativos acerca de cómo deben ejercer su función, o se dirija directamente a los administrados creándoles derechos e imponiéndoles obligaciones.

La distinción es imprecisa, pues ya vemos que de un reglamento interno surgen también derechos para los administrados,<sup>15</sup> pero hay varios principios diferentes que hacen necesaria la distinción.

1º) La facultad de dictar un reglamento interno está implícita en la facultad constitucional que tiene el Poder Ejecutivo de regir la administración. El ejercicio de la función administrativa, en efecto, no puede ser guiado únicamente por órdenes individuales a los agentes estatales: Es necesario que se den a los agentes administrativos los lineamientos generales a los cuales deben sujetar su actividad. Otra cosa sucede con los reglamentos externos. Vimos que es esencial al principio de la separación de los poderes y a la existencia de la libertad, que la creación de normas generales de derecho sólo fuera hecha por los representantes del pueblo en el órgano especialmente creado al efecto; como principio general, pues, debe negarse la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte tales normas. (Ampliar *infra*, n° 11.)

2º) A un reglamento externo es necesario que se le dé suficiente publicidad (publicación en el Boletín Oficial, generalmente); a los reglamentos internos no es necesario publicarlos.<sup>16</sup>

3º) *Los reglamentos internos no obligan sino a los agentes administrativos.*<sup>17</sup>

4º) Según acabamos de ver, mientras que el reglamento externo está destinado directamente a crear o modificar disposiciones jurídicas referentes a los administrados, el reglamento interno, destinado a los órganos administrativos, llega sólo indirectamente a conferir derechos subjetivos o reflejos a los particulares.

Además de los reglamentos internos que dicta la administración hay que mencionar los que dictan respectivamente el Poder Legislativo y el Poder Judicial, que participan de las mismas características de los dictados por la administración y *son igualmente administrativos*; ello, porque reglan precisamente la parte administrativa (organización y procedimiento interno) del ejercicio de la función

<sup>15</sup> Y porque para el funcionario a quien el reglamento alcanza, se trata en verdad de una norma jurídica que crea *directamente* derechos y obligaciones a su cargo: para él se trata en realidad de un reglamento externo.

<sup>16</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 72.

<sup>17</sup> ANTONIOLLI, *op. loc. cit.*

legislativa y jurisdiccional, respectivamente. Por ello el reglamento es siempre una fuente específica de derecho administrativo.<sup>18</sup>

11. Por aplicación del principio constitucionalmente aceptado de la separación de los poderes, el Poder Ejecutivo no puede dictar normas jurídicas generales. (Es decir, no puede ejercer la función legislativa.)

1º) Sin embargo, las constituciones o la jurisprudencia de los países suelen establecer una primera excepción, autorizando al Poder Ejecutivo a expedir los reglamentos que sean necesarios para poner en ejecución las leyes. (En nuestro país, es el art. 86, inc. 2º: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesario para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.”) Son los llamados “reglamentos de ejecución” o “subordinados.” En esta primera excepción el reglamento sólo es válido cuando se limita a poner en ejecución la ley; cuando crea normas no previstas por la ley, o cuando la interpreta de alguna manera posible, asume en un caso función legislativa y en otro función jurisdiccional, siendo en consecuencia inconstitucional.

2º) Una segunda excepción, más aparente que real, es la de los impropriamente llamados “reglamentos delegados,” los que surgirían cuando una norma legislativa autoriza al administrador a reglamentar algo. Decimos más aparente que real, pues hay acuerdo en que el legislador *no puede hacer pasar el ejercicio* de una parte *de la función* que le es propia a otro poder; sólo puede autorizar al administrador a crear reglamentos que contribuyan a integrar las disposiciones legales o a determinar alguna situación de hecho. Así, una ley de accidentes de trabajo puede delegar al Poder Ejecutivo la determinación de cuáles son “enfermedades profesionales” a los efectos de la ley (la 9.688, en nuestro país); el principio jurídico, de que las enfermedades profesionales sean consideradas accidentes de trabajo, ya está en la ley: El reglamento no crea en este caso una norma jurídica, sino que viene a complementar la ya existente en la ley. Así también, una ley para la exención de materias primas importadas puede delegar la especificación de cuáles productos se comprenden en ella. (Uruguay.)

Estos reglamentos están subordinados a la ley que los autoriza; no contienen nuevos derechos ni deberes; a diferencia de los de ejecución, no se limitan a poner en movimiento la norma, sino que la integran, dándole un sentido más específico. Por ello consideramos más adecuado designarlos como “reglamentos de integración” en lugar de “delegados,” pues esto último es un absurdo constitucional.

3º) De la misma forma que el Poder Ejecutivo puede expedir reglamentos internos como parte de su función de dirigir la administración, pareciera resultar que también puede reglamentar la forma en que sus órganos se comportarán

<sup>18</sup> En contra, VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.* p. 265.

frente a los administrados, haya o no ley que lo autorice. Dados a publicidad, surgen con ello los “reglamentos autónomos.”

Se advierte fácilmente que al reglamentar cómo deberán actuar los órganos administrativos frente a las particulares (y al hacerlo oponible a los particulares mediante la pertinente publicación), se reglamentan los derechos y deberes de éstos frente a la administración: Es en ese aspecto que un reglamento que aparentemente surge como interno puede en realidad ser externo.

Hemos visto ya que el Poder Legislativo no puede delegar la función legislativa en la administración; sería absurdo, en consecuencia, que ésta tuviera “autónomamente” esa facultad; ello no significa que el Poder Ejecutivo no pueda dictar un tal reglamento, sino que debe dictarlo estrictamente como reglamento interno, de forma tal que éste no obligue a los particulares y sí sólo a los agentes administrativos.

Sin embargo, podría sostenerse que el reglamento autónomo se justifica jurídicamente en tanto y en cuanto su proyección *externa* hacia los administrados deriva de una regulación *interna* sobre materias en que el Poder Ejecutivo tiene facultades propias conferidas a él por el orden jurídico. (Así el mantenimiento de la tranquilidad, seguridad, higiene, públicas.) Por ejemplo, si es atribución de la administración conservar el orden público material, ésta podría reglamentar el comportamiento de sus agentes ante las reuniones en la vía pública que puedan afectar ese orden; con ello se reglamentaría en verdad el derecho de los administrados a celebrar reuniones públicas. Desde luego, el “reglamento autónomo” sería de cualquier manera inconstitucional si afectara sustancialmente el derecho subjetivo público respectivo (en el caso, el derecho de reunión) o si interpretara irrazonablemente los derechos constitucionales, o si no estuviera estrictamente referido al ejercicio *necesario* de una actividad administrativa; o si una ley hubiera ya regulado la cuestión. (Pues en ese caso el margen no contemplado o limitado por la ley entra en el ámbito de la libertad.)

La admisión de tales reglamentos en la forma indicada, además de contrariar el espíritu de la división de los poderes y la interpretación a *contrario sensu* que brinda el artículo 86, inciso 2º, de la Constitución, presenta también la grave inconveniencia de dar lugar a muchos excesos. Por ello creemos preferible la primera postura; y aun en caso de adoptarse la segunda (que a su vez presenta la ventaja de agilizar la labor administrativa) debe aplicársela siempre con criterio restrictivo.

4º) En Francia la nueva Constitución autoriza expresamente a la administración el expedir reglamentos autónomos de carácter legislativo en materias excluidas de las atribuciones del Parlamento. (Arts. 34 y 37.) Cabe distinguir así entre los reglamentos externos: I) Los autónomos (o más propiamente, legislativos), y II) los subordinados.

Los primeros surgen directamente de la Constitución, sin que una ley pueda determinar su contenido ni legislar sobre el punto: Tienen así categoría de ley;<sup>19</sup> los segundos sólo pueden dictarse para la ejecución de las leyes o por autorización de ellas.

Es un criterio constitucional peligroso y ciertamente desaconsejable si no se cuenta con gobiernos mesurados y pueblos vigilantes y celosos de su libertad; en diametral oposición al mismo cabe recordar la Constitución austríaca, que en su artículo 18, apartado 2, prohíbe expresamente los reglamentos autónomos y delegados.<sup>20</sup>

### V. La jurisprudencia

12. Hay dos concepciones de lo que es jurisprudencia: Una, que es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales; otra, que son *las interpretaciones reiteradamente concordantes* del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales. (*Auctoritas rerum similiter judicatarum.*) La primera es la actual noción anglonorteamericana, que identifica jurisprudencia con derecho positivo; la segunda, la más generalizada en el mundo occidental.

El juez al aplicar una norma general crea una nueva norma, no ya general, sino individual, la que aporta un “plus” al ordenamiento jurídico; pero la jurisprudencia no es la suma ni la repetición de esas normas individuales,<sup>21</sup> sino tan sólo *del sentido que esa norma individual ha dado a la norma general*; no se trata de que el juez  *Cree* normas de derecho, sino de que *precise* el sentido de la norma general ya existente. Pero como todas las reglas de derecho son lo suficientemente abstractas como para poder ser interpretadas de diferentes maneras, resulta que la norma se amplía o se restringe en su significado efectivo (es decir, en el significado en el cual tiene aplicación imperativa) según sea la interpretación que le den los jueces.

La jurisprudencia se distingue de las demás fuentes del derecho en que ella es imperativa *sólo en el momento en que el juez la aplica o reitera*, pues el juez no está obligado a seguir las interpretaciones reiteradas y concordantes que él mismo u otros jueces superiores hayan dado a una norma.<sup>22</sup>

La imperatividad de esta fuente está pues *condicionada* a la voluntad del juez; pero puesto que en la práctica los jueces mantienen los criterios interpretativos formulados por ellos mismos o sus superiores con anterioridad, tiene un cierto grado *fáctico* de imperatividad asegurado: Dado que esa facticidad tiene en cada

<sup>19</sup> WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 6 y ss., de la “addenda;” ver el texto de la Constitución en *Lecciones y Ensayos*, n° 10/11, Buenos Aires, 1959, p. 71 y ss., p. 82 y ss.

<sup>20</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 76 y ss.

<sup>21</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 342.

<sup>22</sup> A la inversa sucede, según es sabido, en el derecho anglonorteamericano.

caso apoyo jurídico en la voluntad del juez, puede mencionarse a la jurisprudencia como fuente de derecho.

13. En Francia se admite que los jueces (del Consejo de Estado) establezcan jurisprudencia sin basarse en ley o principio imperativo alguno; en los demás países se considera por lo general que el juez sólo puede *interpretar* la ley, bien que, por supuesto, está en libertad de interpretarla en cualquier sentido posible.

Cuando prescinde de toda norma se dice en la Argentina que la sentencia es *arbitraria* y con ello inconstitucional;<sup>23</sup> también se la considera arbitraria cuando, si bien cita alguna disposición, carece de todo fundamento serio para aplicarla; la seriedad se estima no ya en la exactitud del criterio del juez, sino en que aporte razones y elementos de juicio para fundar su resolución.

14. Los *principios* de derecho público tienen merced a su *contenido axiológico* y a su carácter de normas *jurídicas*, riquísimas posibilidades para la jurisprudencia del derecho administrativo; ésta debe desarrollarlos y aplicarlos no sólo cuando la ley los reproduce fielmente, sino también cuando los niega o cuando se abstiene de legislar sobre el punto: O sea, los principios constitucionales deben aplicarse jurisdiccionalmente con todo su contenido y valor, tanto de *conformidad* como *en contra* o *sin* la ley.

En esto último nos enrolamos, obviamente, en la posición que se aparta del criterio casi conceptualista y negativo que apareció en el siglo pasado (y que hoy está prácticamente abandonado), de acuerdo al cual la Constitución era asimilada poco menos que a un catálogo: Si sus normas no prevenían expresamente un caso determinado, aclarando que aun a falta de ley sus disposiciones debían ser aplicadas (o usando al menos términos enfáticos que así lo dieran a entender: La propiedad es “inviolable,” es “inviolable” la defensa en juicio), ellas no debían ser aplicadas por el juez, pues ello habría implicado actuar de “*lege ferenda*.” Hoy en día se busca interpretar el sentido de las normas constitucionales, y darles aplicación imperativa también a situaciones no previstas por el legislador (así por ejemplo, el recurso por sentencia arbitraria; el recurso de amparo, etc.), o previstas en forma imperfecta.

Nosotros consideramos además que los principios constitucionales, por tener contenido y orientación axiológica, y por ser de su esencia que ese contenido y esa valoración estén presentes en todos los actos estatales, transforman en inconstitucional todo acto que no tenga su misma valoración; lo que significa que la orientación estimativa del acto, esto es, su *finalidad*, también forma parte de su constitucionalidad: Todo acto estatal, en definitiva, podría ser anulado por

<sup>23</sup> Ver CARRIÓ, GENARO R., “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.

los tribunales en cuanto a su finalidad dentro de lo que marquen los *principios* constitucionales.<sup>24</sup>

### VI. La costumbre

15. La costumbre surge como fuente de derecho cuando hay el convencimiento popular abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla determinada de conducta humana es una norma jurídica. Pero la costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo *a menos que una ley expresamente la autorice*, pues las constituciones prohíben generalmente que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Vimos ya que una excepción surge de la naturaleza misma de la función administrativa (en el caso de los reglamentos), pero aquí no se puede hallar argumento positivo alguno que la introduzca; por otra parte, incluso en el derecho privado (así, el Código de Comercio; y en materia de patentes y marcas) la tendencia es que para que la costumbre adquiera relevancia jurídica es necesario que una norma legislativa la autorice o reconozca como tal.

La costumbre no es pues fuente de derecho administrativo<sup>25</sup> y la administración no puede en consecuencia crearse obligaciones, ni derechos frente a los particulares por observar habitualmente una determinada conducta: A pesar de que una costumbre o práctica administrativa tenga observancia usual y exista el convencimiento de que constituye una norma jurídica de tipo imperativo, la misma carece de todo valor como fuente de derecho administrativo; lo que no quita que si la administración tenía facultades concedidas por la ley para imponer una norma idéntica a la que surge de la costumbre, la misma sea válida: pero ello surge de la ley misma y no de la costumbre.

No hay que confundir tampoco la costumbre, que es convencimiento popular abonado por la práctica, con la “costumbre” *que ha sido aceptada y hecha efectiva* por la jurisprudencia: En tal caso la regla de que se trate no vale por ser consuetudinaria, *sino por ser jurisprudencial*; se aplica no porque la gente esté convencida de que es una norma jurídica y siempre la haya cumplido, sino porque los tribunales así lo han querido.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> *Supra*, p. 53; GORDILLO, A., “La desviación de poder en el derecho argentino,” en *Revista de Administración Pública*, nº 2, p. 93.

<sup>25</sup> Nos apartamos así de la opinión de BIELSA, *op. cit.*, p. 89 y ss., y VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 315 y ss., quienes no consideran el principio constitucional citado (art. 19) ni el principio concordante de teoría general del derecho. Ver al efecto KELSEN, *op. cit.*, p. 163 y ss., p. 172 y ss.

<sup>26</sup> Esto contra FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 207 y ss., quien habla de “costumbre” para referirse al *jus receptum* jurisprudencial.

### VII. Gradación jerárquica de las fuentes

16. En relación al administrado todas las fuentes del derecho administrativo se le aplican con la misma imperatividad; pero la unidad del orden jurídico exige que una misma situación no se encuentre reglada por normas *contradictorias* de *igual* carácter imperativo: Alguna debe ceder.<sup>27</sup> De allí que tanto el administrador que ha de dictar una norma individual frente al particular como el juez que ha de decidir sobre la juridicidad de esa norma individual, deben analizar la gradación jerárquica de las normas.

Hay en primer lugar una gradación en el tiempo: La ley más nueva deroga a la *anterior*; la norma nueva de carácter *general* no deroga salvo mención expresa a la norma anterior de carácter especial.<sup>28</sup>

Hay además una gradación en el espacio, de la que nos ocupamos en ocasión de tratar la ley. (*Supra*, n° 7 y 8.)

17. En cuanto a la gradación jerárquica propiamente dicha, consiste en su faz más simple en que las normas constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica, y en que el resto de las normas estatales están graduadas entre sí: La ley prevalece sobre el reglamento, el reglamento prevalece sobre el acto individual de la administración, el acto individual anterior prevalece en ciertos casos sobre el acto individual posterior.

En cada caso, si la grada superior que debería prevalecer sobre la inferior es a su vez contraria a una grada superior, no prevalece sobre la inferior si ésta concuerda con aquélla: Si el reglamento es contrario a la ley, no prevalece sobre el acto administrativo que concuerda con la ley.

18. Por lo que hace a la aplicación de la gradación jerárquica Constitución-ley por parte del Poder Ejecutivo, se ha entendido administrativamente lo siguiente:

“1°) Que es evidente que el Poder Ejecutivo no puede ni derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad. (C.N., arts. 1, 31, 86, inc. 2°, 94, 95, 100 y correlativos.)

“2°) Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes (C. N., arts. 1, 31 y 86, inc. 2.)

“3°) Que, sin embargo, también el Poder Ejecutivo tiene la facultad como todo sujeto de derecho público o privado y la obligación como órgano de la Constitución, de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución. Pues es obvio que si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen un extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución Nacional son de superior jerarquía y su ámbito de validez (temporal, espacial, material y personal) es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. Su acatamiento es obligatorio

<sup>27</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 81.

<sup>28</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 82.

para los súbditos y todos los órganos del Estado. (C.N., arts. 1, 30, 31, 86 inc. 18, y correlativos.)

“Es patente, por tanto, que el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley; y si considera que ella es inconstitucional puede... adoptar cualquiera de las siguientes actitudes:

“a) Ejercer, en la oportunidad especialísima de los arts. 69, 70 y 72 de la C. N., el derecho de veto.

“b) Plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos.

“c) Promover su derogación ante el Congreso de la Nación. (C. N., art. 68.)

“Todo lo dicho en los puntos b) y c) anteriores se entiende sin perjuicio de la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley mientras se realizan esos procedimientos. (C.N., arts. 1 y 31.)”<sup>29</sup>

En consecuencia, si el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar alguna de las tres actitudes indicadas.

19. Disentimos con ese criterio. Ya hemos indicado que, como solución de principio, la Constitución no integra la gradación jerárquica estatal de las normas (*supra*, cap. II, n° 10); es obvio, además, que el acto que contraviene una norma de grada superior pero está a su vez de acuerdo con una tercera grada normativa superior a ambas, no es antijurídico. Ningún juez puede declarar jurídico un acto administrativo que obedece a la ley pero contraviene una norma constitucional; e inversamente, no puede declarar antijurídico un acto administrativo que contraviene la ley pero concuerda con las disposiciones constitucionales.

Y lo que aplica el juez también debe aplicarlo el administrador: El orden jurídico es igual para todos, y todos los órganos estatales están obligados a ajustarse a él en sus decisiones. Lo ideal sería, es cierto, que el Poder Ejecutivo pudiera presentarse ante el Poder Judicial pidiendo se declare la inconstitucionalidad de una ley: Pero como en nuestro país los tribunales no se pronuncian en abstracto sobre la constitucionalidad de las leyes, el medio por el cual esa declaración podría efectuarse es algo absurdo: El Poder Ejecutivo, en efecto, debería dictar un acto en concordancia con la ley inconstitucional, y presentarse entonces a los tribunales a pedir que declaren que su acto es inconstitucional porque la ley también lo es.

Más lógico es, en cambio, que el Poder Ejecutivo, confrontado con la inconstitucionalidad de una ley que debe ejecutar, dicte un acto conforme a las normas constitucionales; pero como ello a su vez comporta el peligro de que el Poder Ejecutivo, con la excusa de que a su criterio la ley es inconstitucional, no cumpla tampoco las leyes verdaderamente constitucionales, debe adoptarse una solución

<sup>29</sup> PTN, *Dictámenes*, 72: 137 y ss. (5-II-60), 67: 189 (22-XII-58), 64: 100 (19-II-58.)

equidistante. En consecuencia, el Poder Ejecutivo puede y debe apartarse de la legislación sólo cuando la inconstitucionalidad de la misma está razonablemente demostrada.

20. En lo que respecta a la gradación existente entre el reglamento y el acto individual de la administración, es principio general que *siempre* debe prevalecer el reglamento anterior sobre el acto individual posterior. La expresión elemental del principio de la legalidad es así que toda *decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida*,<sup>30</sup> ello encuentra aplicación bajo una triple forma:

1º) La decisión individual debe ser conforme al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente superior;

2º) la decisión individual de un órgano no puede contravenir al reglamento dictado *por el mismo órgano* que toma la medida individual: Un órgano administrativo no puede pues violar sus propias reglamentaciones. Para poder dictar este acto individual sería así necesario derogar previamente el reglamento preexistente: Pero aún así esa derogación no puede ser retroactiva, y las situaciones surgidas bajo una determinada regulación deben en principio ser solucionadas de acuerdo a la misma;

3º) La decisión individual no puede contravenir al reglamento *dictado por un órgano jerárquicamente inferior* en los límites de su competencia.<sup>31</sup> Así, si un Ministro tiene facultades para reglamentar cuáles son las obligaciones de los agentes públicos bajo su dependencia, no puede el Presidente de la Nación dictar un acto administrativo relevando a uno de tales funcionarios de parte de esas obligaciones. Desde luego, si la competencia del órgano inferior para dictar el reglamento no le ha sido delegada por vía *legislativa*, el órgano superior puede en todo momento retomar esa competencia y dejar sin efecto el reglamento dictado por el inferior: Pero mientras no lo haga no podrá dictar actos que no se ajusten a lo dispuesto en tal reglamentación.

Para la aplicación del principio es necesario en todos los casos que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y de materia, y que el acto reglamentario haya sido válidamente dictado.

Si el reglamento es ilegal, la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por el mismo<sup>32</sup> —siempre que la decisión individual sí se ajuste a lo que dispone la ley—; ello, siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior.

<sup>30</sup> LAUBADERE, ANDRÉ DE, *op. cit.*, p. 203.

<sup>31</sup> LAUBADERE, *op. cit.*, p. 203; BONNARD, ROGER, nota en *Sirey*, 1932 3, 1.

<sup>32</sup> Pero esta regla se encuentra condicionada por los principios referentes al *deber de obediencia*: Cuando mayor es la jerarquía del agente estatal, mayor es su deber de analizar la juridicidad del reglamento o la orden; y viceversa.

21. Dado el mero carácter introductorio de este trabajo, no hemos creído oportuno considerar al acto administrativo;<sup>33</sup> pero para completar el cuadro de la gradación jerárquica de las normas haremos referencia a la gradación que puede existir entre dos actos individuales en el derecho público argentino.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado<sup>34</sup> que los actos administrativos que reúnen determinadas condiciones, son irrevisibles por parte de la administración aun cuando adolecieren de un vicio de ilegitimidad: En tales situaciones la administración está obligada a presentarse a los tribunales competentes a pedir la anulación del acto si desea que dicha ilegitimidad sea declarada.<sup>35</sup>

Si, en violación a este principio de la irrevocabilidad de algunos de sus actos, la administración revoca un acto suyo que no estaba facultada para revocar, se admite que pueda ella misma dejar sin efecto a este último, pues en ese caso no hace sino restablecer la normalidad jurídica dentro de su ámbito de competencia.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha creado este principio en forma algo imprecisa, ha dado lugar a algunas discusiones doctrinarias acerca de cuáles son las condiciones que ella ha entendido establecer para que los actos administrativos sean irrevisibles por voluntad exclusiva de la administración. El problema de la interpretación de la jurisprudencia es desde luego importante; pero dado que la administración aplica frecuentemente y con alguna satisfactoria efectividad ese principio jurisprudencial, revocando invariablemente los actos que hubieran a su vez revocado uno anterior en violación del citado principio, creemos que será aquí suficiente con divulgar el criterio seguido por la administración; dicho de otra forma, la interpretación que de la jurisprudencia de la Corte Suprema aplica la administración para atender los reclamos de los administrados.

En tal aspecto, se ha seguido principalmente a BOSCH<sup>36</sup> y a LINARES,<sup>37</sup> sosteniéndose que “las decisiones administrativas unilaterales que reconocen derechos subjetivos, adquieren la autoridad de la cosa juzgada cuando reúnen las siguientes condiciones: a) Causar estado, vale decir, ser irrecurribles administrativamente; b) ser emitidas por la administración en ejercicio de sus facultades regladas; c) ser regulares, o sea, reunir las condiciones esenciales de validez (forma y competencia); d) ausencia de autorización expresa de una norma legal para modificar el acto.”<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Al que definimos como “declaración unilateral realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.”

<sup>34</sup> Desde el *leading case* en CSJN, *Carman de Cantón, Elena, c./la Nación, s. pensión*, 14-VIII-1936, *Fallos*, 175: 368 y ss.

<sup>35</sup> Ello, como principio general.

<sup>36</sup> BOSCH, JORGE TRISTÁN, *La extinción de los actos administrativos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia*, Buenos Aires, 1944, p. 33 y ss.

<sup>37</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa Juzgada Administrativa*, Buenos Aires, 1946, p. 17 y ss.

<sup>38</sup> PTN, *Dictámenes*, 42: 176 (23-V-52); criterio invariablemente seguido hasta el presente: 75: 302, 306 vta. (21-XI-60.)

Como se advierte, las condiciones requeridas son en realidad seis: *a)* Que se trate de un acto unilateral, *b)* que reconozca derechos subjetivos; *c)* que cause estado; *d)* que haya sido dictado en ejercicio de facultades regladas, *e)* que sea regular, que “reúna las condiciones esenciales de validez (forma y competencia),” *f)* que no haya autorización expresa de una norma legal para modificar el acto. Además, como se adopta aquí el concepto de que “acto administrativo” es el acto individual de la administración (por oposición a los actos generales, es decir los reglamentos), corresponde agregar también el requisito de que se trate de un acto individual;<sup>39</sup> con lo que las condiciones necesarias para que un acto sea irrevocable en sede administrativa son en definitiva siete: Unilateralidad, individualidad, reconocimiento de derechos subjetivos, que cause estado, ejercicio de facultades regladas, que sea regular, que no haya una ley que autorice la revocación.

22. *Unilateralidad*: Ello significa que se excluyen los contratos. (En cuanto a su celebración, no a su ejecución.)

*Individualidad*: O sea que se excluyen también los reglamentos; Que *reconozca derechos subjetivos*: SARRÍA, a quien siguió la Suprema Corte de Justicia al establecer este requisito, dice con más precisión que el acto es irrevocable “cuando declara un derecho subjetivo.”<sup>40</sup> No se trata, en efecto, de que *exista* verdaderamente un derecho subjetivo que el acto viene a reconocer, sino simplemente de que el acto haya declarado que un tal derecho existía.

Por ello, aunque se compruebe fehacientemente que el administrado no tenía derecho a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable; como se advierte, el valor fundamental que tiene en cuenta este principio es el de la *seguridad jurídica*.

*Que cause estado*: Se comprenden aquí tanto los actos definitivos (es decir, los que no son susceptibles de ser objeto de recursos jerárquicos: Decretos del Poder Ejecutivo; resoluciones de Ministerios u otras dependencias centralizadas o descentralizadas cuando ha habido una delegación de facultades y una declaración expresa de que las decisiones respectivas eran irrecurribles jerárquicamente) como los actos “firmes.” (Es decir, los que habiendo sido dictados por un órgano inferior, han sido consentidos por el particular.)<sup>41</sup> Se ha sostenido sin embargo que “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.”<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Conf. DIEZ, MANUEL MARÍA, *El Acto Administrativo*, op. cit., p. 283.

<sup>40</sup> SARRÍA, FÉLIX, *Estudios de Derecho Administrativo*, Córdoba, 1934, pp. 73-76.

<sup>41</sup> LINARES, op. cit., p. 24: “Siendo firmes, causan también cosa juzgada pues son asimilables a los que propiamente causan estado.” Cabe agregar que a pesar de haber el particular consentido el acto, puede revocarse el mismo si con ello se *beneficia* al mismo: Corte Suprema de Justicia, caso *Redrado* (1954), en *JA*, 1954-II, p. 417.

<sup>42</sup> BIDART CAMPOS, “Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional,” en *JA*, 1960-II, p. 627 y ss., p. 631.

*Dictado en ejercicio de facultades regladas:* Al respecto cabe adelantar 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.<sup>43</sup>

Si bien en doctrina, por un entendimiento tradicional de fines pedagógicos, sólo se menciona, al hablar de la actividad reglada de la administración, a aquellas regulaciones que resultan de normas que contemplan específicamente la actividad administrativa, no cabe duda de que también otras normas establecen tales regulaciones para la actividad administrativa: Son regulaciones inversas, que derivan de todo tipo de normas (contractuales, de derecho civil, laboral, etc.), y que también tienen por efecto predeterminar una conducta concreta que debe realizar el administrador.<sup>44</sup>

Por ello, para analizar si la actividad administrativa era reglada o discrecional, a los fines de la irrevocabilidad de sus actos, es necesario averiguar si había normas jurídicas —cualquiera fuere su procedencia o ubicación— que establecieran un marco concreto, un criterio determinado, al cual debía ajustarse el administrador. No debe tampoco perderse de vista, además, que nunca la actividad administrativa es enteramente discrecional o enteramente reglada: “Ella dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales,”<sup>45</sup> y que por lo tanto y en atención al principio de la seguridad jurídica habrá de considerarse, en la duda, que la actividad de que se trata es reglada y no discrecional. (Por lo que a la irrevocabilidad de los actos se refiere.)

*Que sea regular:* Se trata de que el acto reúna las condiciones esenciales de validez (forma y competencia); es decir, que carezca de una “grosera irregularidad.” Son “regulares,” por lo tanto, los actos que contienen un error de hecho, y también los que contienen un error de derecho. Con referencia a los errores de derecho, se ha dicho que son los “errores leves, justificables por la naturaleza del problema planteado,” los que pertenecen a igual categoría que los errores de hecho y no vuelven irregular el acto que los contiene.<sup>46</sup>

Queda por recordar la última condición, la que se explica por sí misma: Que haya ausencia de autorización expresa de una norma legal para modificar el acto.

<sup>43</sup> LABAUDÈRE, *op. cit.*, p. 216 y ss.

<sup>44</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, “Derecho subjetivo y derecho reflejo (o «interés legítimo»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960-III, p. 189.

<sup>45</sup> WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 414.

<sup>46</sup> PTN, *Dictámenes*, 42: 176, 179, donde se siguió a LINARES, *op. cit.*, pp. 25-30, y a MARIENHOFF, *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1947, pp. 53-64.

23. Un acto que reúna tales condiciones, no puede ser dejado sin efecto por un acto individual de la administración, pero tampoco por un reglamento; el reglamento que dispusiera lo contrario sería inoperante por lo que a la vigencia de tal acto se refiere.



## CAPÍTULO VI

### TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

1. Razón de ser de este capítulo ..... IADA-VI-1

#### *Primera Parte*

#### *Actividad discrecional y reglada de la administración*

- I. *Criterio de distinción* ..... IADA-VI-1
2. La apreciación de la eficacia u oportunidad del acto como criterio de distinción entre facultades regladas y discrecionales.. IADA-VI-1
- II. *Caracteres de la regulación y la discrecionalidad* ..... IADA-VI-2
3. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y discrecionales ..... IADA-VI-2
4. Todo acto administrativo es en parte reglado y en parte discrecional. El absurdo del “acto discrecional” ..... IADA-VI-3
- III. *Tipos y caracteres específicos de la regulación* ..... IADA-VI-4
5. Competencia: La primera regulación de la actividad administrativa ..... IADA-VI-4
6. El objeto del acto y su regulación normativa ..... IADA-VI-4
7. Los derechos individuales en la legislación común como regulación inversa a la actividad administrativa ..... IADA-VI-4
8. Los derechos individuales constitucionales como regulación residual a la actividad administrativa ..... IADA-VI-5
9. Cuádruple planteo de la regulación normativa a las facultades de la administración..... IADA-VI-5
10. Precisión y alcances técnicos del concepto de actividad reglada. Cómo evitar que se desvirtúe en aras de la claridad didáctica. IADA-VI-6

11. <i>Límites concretos a la actividad discrecional, como variante pedagógica del concepto técnico de actividad reglada</i> .....	IADA-VI-6
12. <i>Delimitación final de conceptos</i> .....	IADA-VI-7
IV. <i>Límites a las facultades discrecionales</i> .....	IADA-VI-7
13. <i>Límites relativos (elásticos) a la actividad discrecional</i> .....	IADA-VI-7
14. <i>El recurso de anulación condiciona en gran medida la aplicación de estos límites relativos</i> .....	IADA-VI-7
15. <i>El capricho como límite a la actividad discrecional</i> .....	IADA-VI-8
16. <i>La desviación de poder como límite a la actividad discrecional</i> .....	IADA-VI-8
17. <i>Vigencia práctica de estos límites</i> .....	IADA-VI-9

## *Segunda Parte*

### *Derecho subjetivo e interés legítimo*

I. <i>Nociones generales</i> .....	IADA-VI-9
1. <i>Derecho y deber jurídico</i> .....	IADA-VI-9
2. <i>Contenido material del derecho y deber jurídico</i> .....	IADA-VI-10
3. <i>Se analizará la manifestación externa, no la esencia, del derecho subjetivo</i> .....	IADA-VI-10
II. <i>El derecho subjetivo en relación con el sujeto</i> .....	IADA-VI-11
4. <i>El derecho subjetivo como poder de voluntad. Crítica</i> .....	IADA-VI-11
5. <i>El derecho subjetivo como interés protegido por una voluntad que lo representa y defiende. Crítica</i> .....	IADA-VI-11
6. <i>El derecho subjetivo como interés. Crítica</i> .....	IADA-VI-13
III. <i>El derecho subjetivo en relación con el derecho objetivo u orden jurídico</i> .....	IADA-VI-14
7. <i>El derecho subjetivo como acción judicial. Crítica</i> .....	IADA-VI-14
8. <i>Aclaración y nueva crítica</i> .....	IADA-VI-15
9. <i>Lo fundamental en el derecho subjetivo: Coincidencia con el juicio lógico de la norma jurídica</i> .....	IADA-VI-15
10. <i>La escisión en el concepto de derecho subjetivo</i> .....	IADA-VI-16
11. <i>Derecho subjetivo positivo y derecho subjetivo negativo: Diferencia de régimen jurídico</i> .....	IADA-VI-17
12. <i>Resumen de conclusiones y definición del derecho subjetivo positivo</i> .....	IADA-VI-18
13. <i>Elementos y definición del derecho subjetivo negativo</i> .....	IADA-VI-19
IV. <i>El derecho subjetivo en relación con el derecho reflejo. Sistematización</i> .....	IADA-VI-23

14. Los dos tipos de derecho reflejo o interés legítimo.....	IADA-VI-23
15. Las consecuencias jurídicas que puede invocar el titular del derecho reflejo.....	IADA-VI-23
16. Relación entre la naturaleza del recurso procesal y la efectividad del interés legítimo.....	IADA-VI-24
17. Resumen de conceptos .....	IADA-VI-24
18. Sistematización de los derechos subjetivos y reflejos .....	IADA-VI-25
Cuadro sinóptico .....	IADA-VI-25
19. Análisis de casos:	
1º caso. Prestación positiva e individualidad: Derecho subjetivo .....	IADA-VI-26
2º caso. Prestación positiva y concurrencia: Derecho reflejo ..	IADA-VI-27
3º caso. Prestación negativa e individualidad: Derecho subjetivo .....	IADA-VI-28
4º caso. Prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.	IADA-VI-29
20. Advertencia sobre los casos analizados .....	IADA-VI-29
21. 5º caso. — Límites concretos, prestación negativa e indivi- dualidad: Derecho subjetivo.....	IADA-VI-30
6º caso. Límites concretos, prestación negativa y concurren- cia: Derecho reflejo.....	IADA-VI-31
7º caso. Límites relativos, prestación negativa e individua- lidad: Derecho reflejo.....	IADA-VI-31
8º caso. Límites relativos, prestación negativa y concurren- cia: Derecho reflejo.....	IADA-VI-32
9º caso. Límites relativos, prestación positiva, individualidad o concurrencia: Ni derecho subjetivo ni interés legítimo...	IADA-VI-32
V. <i>Conclusión</i> .....	IADA-VI-33
22. Método de análisis para determinar si un derecho es suje- tivo o reflejo.....	IADA-VI-33
VI. <i>Resumen final</i> .....	IADA-VI-34
23. Tipificación externa del derecho subjetivo .....	IADA-VI-34
24. Tipificación externa de la forma <i>común</i> de interés legítimo o derecho reflejo.....	IADA-VI-34
25. Tipificación externa de la forma <i>especial</i> de interés legítimo o derecho reflejo.....	IADA-VI-34
26. Comparación entre las tres tipificaciones .....	IADA-VI-34
27. Gráfico de la comparación .....	IADA-VI-35



*Capítulo VI*  
**TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. El concepto y distinción de las facultades regladas y discrecionales y de los derechos subjetivos y derechos reflejos (o “intereses legítimos”) es comúnmente explicado por los autores de derecho administrativo en ocasión de tratar algún punto determinado de la materia. (Especialmente, lo contenciosoadministrativo.)

Esos temas, sin embargo, se presentan en mayor o menor grado en toda la disciplina; por ello, y porque su complejidad y oscuridad<sup>1</sup> hacen indispensable su estudio e investigación en forma autónoma, los agrupamos aquí como problemas específicos de técnica jurídica.

*Primera parte*

*Actividad discrecional y reglada de la administración<sup>2</sup>*

*I. Criterio de distinción*

2. La actividad administrativa debe ser *eficaz* en la realización del interés público. Esa eficacia o *conveniencia* u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley (en sentido lato: Constitución, ley, reglamento) y en otro es el órgano actuante, *el que aprecia la oportunidad o conveniencia* de la medida a tomarse.<sup>3</sup>

En el primer caso, *la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo*, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos

<sup>1</sup>Sobre todo en lo referente a los derechos subjetivos; y para analizar convenientemente a éstos es necesario a su vez establecer una correlación con las facultades regladas y discrecionales de la administración.

<sup>2</sup>Ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 216 y ss.; WALINE, *op. cit.*, p. 414 y ss. Comparar: FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*. Buenos Aires, 1948; LINARES, JUAN, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958.

<sup>3</sup>LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 217.

el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.

En este caso la actividad administrativa está *reglada*: El orden jurídico dispone que ante tal o cual *situación de hecho* él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: Su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.<sup>4</sup>

En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales se dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una circunstancia.

¿Qué es entonces la oportunidad de un acto? Pues, la correspondencia entre el *objeto del acto* y las *circunstancias de hecho*; en un caso se precisan cuáles son las circunstancias de hecho que dan lugar al acto, mientras que en el otro no; el acto puede darse libremente ante cualquier situación de hecho; expresado de otra forma, en un caso se determina un sólo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho, y en el otro puede libremente elegirse la situación de hecho ante la que se adoptará esa decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho.<sup>5</sup>

## II. Caracteres de la regulación y la discrecionalidad

3. En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto en lo que concierne al objeto, pues la ley ha entendido dejar libertad al administrador para apreciar la oportunidad de la medida; en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el *juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho* para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.

A primera vista parecería entonces que el juez controlara la oportunidad de la decisión, pero ello es sólo así indirectamente, pues precisamente *la ley hizo de la oportunidad del acto* —entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez— una *condición de su legalidad*.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 217.

<sup>5</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 218.

<sup>6</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 218.

4. Cuando el derecho administrativo estaba en sus orígenes, la falta de regulación normativa hacía que algunos actos de la administración fueran casi totalmente discrecionales; hoy en día todo acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional.

Así, nunca la actividad administrativa es enteramente discrecional o enteramente reglada, “ella dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales.”<sup>7</sup> *Toda* actividad administrativa, por ejemplo, esta *reglada* en cuanto a la *competencia*. (Es decir, siempre es algún órgano determinado y no otro el que puede realizar la actividad; siempre es determinada actividad y no otra la que puede realizar, un órgano: Cuando se excede de sus atribuciones propias el acto está viciado de *incompetencia*.)

El juez debe revisar en forma diferente la legitimidad de la parte reglada y de la parte discrecional; algunos códigos provinciales argentinos<sup>8</sup> dicen que el juez *no puede revisar la parte discrecional*, pero dado que *todo acto tiene una porción reglada* (la competencia o la forma, por ejemplo), el juez siempre analiza la legitimidad de cualquier acto. El “acto discrecional,” como acto irrevisible, es un absurdo.

Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisible ni que sea totalmente discrecional: Sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos, y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común o —en algunos códigos provinciales— no existe; ningún acto es totalmente irrevisible por tener algún contenido discrecional: Sólo en esa parte discrecional puede serlo.

Cuando la ley establece restricciones también a esa pequeña parte discrecional, y faculta por lo tanto al juez a revisar la legitimidad del ejercicio de las facultades discrecionales, se dice que no existe el *poder arbitrario*: La arbitrariedad queda desterrada del derecho positivo;<sup>9</sup> pero si la ley no establece restricciones al ejercicio de las facultades discrecionales, o si directamente dispone que el ejercicio de las facultades discrecionales es irrevisible jurisdiccionalmente, el acto administrativo puede ser *arbitrario* y a pesar de ello *legítimo*: La arbitrariedad está protegida por el orden jurídico.

<sup>7</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 415.

<sup>8</sup> Provincia de Buenos Aires, art. 29; Córdoba, art. 3; Salta, art. 27; San Luis, art. 495; Jujuy, art. 4; Santiago del Estero, art. 3; Santa Fe, art. 12; La Rioja, art. 14. En igual sentido la jurisprudencia francesa del siglo pasado: LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 219.

<sup>9</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 414.

### III. Tipos y caracteres específicos de la regulación

5. Hemos dicho ya que la ley siempre prevé la *competencia* que tienen los órganos administrativos para actuar y generalmente también la *forma* en que deben exteriorizar sus manifestaciones de voluntad: Eso es una primera e importante *regulación* de la actividad administrativa.

6. Una segunda regulación de la actividad administrativa se encuentra en la prohibición del objeto del acto (la así llamada “violación de la ley”); ello consiste en que el órgano no podía dictar el acto de que se trate, sea porque la ley (en sentido lato) lo prohibía de manera general, sea porque la ley sólo lo autorizaba para ciertas circunstancias de hecho que en el caso no se dieron.

En el caso de que la ley sólo autorizaba al acto para ciertas circunstancias de hecho, se trata de un caso de actividad *reglada* que no debe ser confundido con aquél en que el administrador invoca para su decisión hechos *que no son ciertos*, pero que no fueron establecidos por la ley como condición de legitimidad del acto. Sólo cuando la ley predetermina que para tales y cuales hechos corresponde tal o cual acto, existe regulación; cuando la ley en cambio se limita a exigir que las decisiones tomadas en el ejercicio de facultades discrecionales sean *motivadas*, y establece recursos para el caso de una motivación fundada en hechos erróneos, nos encontramos ante una restricción al ejercicio de la actividad discrecional, pero no por ello ante una actividad reglada.

7. En todos estos casos (competencia, forma, objeto prohibido por la ley, objeto autorizado sólo para ciertas circunstancias de hecho) se trata de una regulación impuesta *directamente* a la actividad administrativa.

Pero en un gran número de situaciones la ley no reglamenta la forma en que *la administración puede actuar* frente a los particulares, sino las condiciones bajo las cuales *los administrados no pueden ser molestados* por la administración. Llamar a ésto “límite de las facultades discrecionales” es erróneo, ya que la administración se ve constreñida a respetar esas *reglas* establecidas: Su situación no es libre; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.

Nosotros designamos a esto como *regulación inversa*, o sea, como actividad administrativa reglada en forma inversa. Se comprenden aquí todos los casos en que la ley *reglamenta* no ya el derecho subjetivo de la administración a actuar sobre los particulares, sino el derecho subjetivo *de los particulares* a que nadie interfiera con sus actividades.

Por ejemplo, si la ley autoriza a la administración a realizar una obra pública, y no establece la forma concreta en que debe llevarla a cabo, no por ello tiene la administración discrecionalidad total: Puesto que el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña a un inmueble de un administrado, (grietas, filtraciones, etc.) comete un hecho

antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo a invocar las consecuencias jurídicas pertinentes.

La regulación *inversa* es pues en general la que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.; la administración se encuentra ligada por ella aunque ninguna norma se la haya hecho expresamente aplicable.

8. Cuando falta la regulación directa y también la inversa, no entramos en la discrecionalidad administrativa, pues todavía el orden jurídico prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos subjetivos negativos de la administración y los administrados.

La Constitución argentina, y en forma similar otras constituciones americanas,<sup>10</sup> dispone en su artículo 28 que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio;” ello significa que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la *esencia* de los derechos subjetivos negativos que ella concede. Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada ni en forma *directa* ni en forma *inversa*, le resta todavía esta regulación *residual* que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.<sup>11</sup>

Claro está, si los tribunales son remisos en considerar que se ha alterado o violado la esencia del derecho subjetivo, la discrecionalidad se extiende considerablemente: Pero eso no es condición de la discrecionalidad, sino de ciertas actitudes jurisprudenciales.

9. Podemos así hacer un cuádruple planteo de la facultad reglada, diciendo que la misma se presenta y por lo tanto falta la discrecionalidad:

1°) Respecto a la *competencia*, y generalmente también respecto al *procedimiento, formas o formalidades* (primera forma de regulación directa);

2°) respecto a los casos en que la ley predetermina qué circunstancias de hecho dan lugar a un acto (segunda forma de regulación directa);

<sup>10</sup> Así, Bolivia, art. 28; Brasil, art. 141, inc. 4); Costa Rica, art. 17; Cuba, art. 40; Ecuador, art. 163; El Salvador, art. 221; Guatemala, art. 50; Honduras, art. 82; Nicaragua, art. 285; Comparar las constituciones de Estados Unidos de Norteamérica, enmienda I; Haití, art. 31; México, art. 107, inc. IX; Uruguay, art. 332.

<sup>11</sup> Ejemplos: La ley no regula el fondo o procedencia de las penas disciplinarias que la administración está autorizada a imponer a sus agentes; tampoco regula esa actividad en forma inversa, al no decir en qué casos el agente está protegido frente a la administración; tiene allí la administración la facultad discrecional de imponer sanciones disciplinarias. Pero tiene el límite residual de que si la pena es tan elevada que afecta derecho al salario o a la estabilidad del agente, el acto es ilegal y viola el derecho subjetivo del agente.

En el caso de un concesionario de servicio público: La ley autoriza a la administración a imponer multas y penalidades al concesionario por causales que aprecia discrecionalmente la administración; los derechos del concesionario no se hallan reglados en este punto, por lo que, faltando tanto la regulación directa como la inversa, la administración tiene la facultad discrecional de aplicar multas y penalidades. Pero cuando las mismas afectan la esencia del derecho de propiedad del concesionario, el acto es ilegítimo y viola su derecho subjetivo.

3º) respecto a los casos en que la ley regula y protege el derecho *del particular* a su propia actividad o conducta libre (regulación inversa de la actividad administrativa);

4º) respecto a los casos en que se llega a vulnerar la esencia del derecho subjetivo privado. (Regulación residual.)

10. Este planteo es a nuestro juicio el correcto.

Sin embargo, hemos comprobado en la práctica que enseñar la aplicación del concepto de “facultad reglada” bajo ese cuádruple enfoque conlleva serias dificultades; y hemos comprobado asimismo que la actitud casi unánimemente adoptada por la doctrina, de mencionar dentro de las “facultades regladas” únicamente a las normas del carácter citado *que se encuentran en una ley que contempla directamente la actividad administrativa*, es más comprensible para la mayoría de los alumnos.

En lugar, pues, de incluir todo posible tipo de *regulación concreta que predetermine cómo debía ser el acto dictado por el administrador*, dentro de las facultades regladas, mencionaremos allí solamente a aquellos que surjan de una ley “administrativa,” esto es, de una ley destinada específicamente a la administración. Diremos que cuando una ley que no contemplaba directamente a la actividad administrativa, establece alguna prohibición o alguna norma general de conducta que resulta aplicable a la administración, hay una “limitación a la actividad discrecional de la administración.”

Hasta allí, en aras de la claridad. Pero aclararemos que *no todos los límites a la actividad discrecional* de la administración participan del mismo carácter: Distinguiremos entre los *límites concretos* y los *límites relativos*.

11. *Límites concretos* a la actividad discrecional serán todos los en que una norma jurídica (sea cual fuere su procedencia o ubicación, pero excluyendo las que se refieren típicamente a la administración) predetermine una conducta concreta que debe realizar el administrador; es decir, límites concretos del orden jurídico a la actividad discrecional son límites de certeza objetiva, que prestables algún requisito que debe llenar el acto del administrador.

*Límites relativos*, en cambio, son aquellos que establecen como principio el que la administración no deba “abusar” de la libertad que le den las normas jurídicas de certeza objetiva: Que no deba actuar “*caprichosamente*,” con “*desviación de poder*,” etc.; aquí el límite a la actividad discrecional no se predetermina objetivamente, sino que se deja librado al criterio del juzgador, para que éste aprecie en la valoración fáctica si ha habido efectivamente un mal uso de la discrecionalidad concedida por el derecho.

Hecha así la distinción de que los límites a la actividad discrecional de la administración son a veces *concretos* y a veces *relativos*, corresponde determinar la diferencia de régimen jurídico: *Los límites CONCRETOS a la actividad discrecional*

de la administración se rigen por los mismos principios referentes a la actividad reglada.

Ello, porque ya vimos que participan de su misma naturaleza, y porque en rigor forman incluso parte de la actividad reglada: Sólo por un criterio de facilitación didáctica se los separa, y por lo tanto no cabe asignarles diferentes consecuencias jurídicas.

12. La utilidad de hacer esta aclaración reside en que, como ya vimos, hay ciertos problemas de derecho administrativo que reciben distinta solución según haya actuado el administrador en ejercicio de una facultad discrecional o reglada. Sus actos son *irrevocables administrativamente* cuando, entre otras circunstancias, han sido dictados en ejercicio de una actividad reglada; a su vez, en algunas provincias argentinas, los actos de la administración son *irrevisibles judicialmente* cuando fueron dictados en ejercicio de una facultad discrecional. En cada uno de estos casos, al dar mayor amplitud al concepto de actividad reglada se da mayor protección a los derechos de los administrados. (En el primero, son más los actos irrevocables administrativamente; en el segundo, son más los actos atacables judicialmente.) Por eso, si con un fin pedagógico se da un concepto estrecho de actividad *reglada*, no por ello ha de dejarse de aplicar el correcto principio de que todo *límite* concreto a la actividad de la administración se identifica en su esencia con la *actividad reglada* y da lugar a sus mismas aplicaciones y consecuencias.

#### IV. Límites a las facultades discrecionales

13. Consideraremos ahora los *límites relativos* a la actividad discrecional de la administración. En el derecho público argentino podrían hallarse límites relativos a la actividad administrativa en algunos principios constitucionales; más indirectamente, en los principios de “razonabilidad” y “arbitrariedad” ocasionalmente recogidos por la jurisprudencia.

Pero en realidad, y como principio general, no existen estos límites relativos de que el administrador no deba *abusar* de la libertad que le conceden las normas, que no deba actuar *desviadamente*.

14. Ello se debe en gran parte a que no existe entre nosotros (salvo en algunas provincias) el *recurso de anulación* (“acción de nulidad” en el derecho uruguayo; “recurso de ilegitimidad” en el derecho provincial argentino; “recurso de exceso de poder” en el derecho francés), el cual se instituye para la protección del *derecho reflejo*.

El mencionado recurso tiene su principal campo de aplicación con referencia a las *facultades regladas*, en verdad. Sirve así, cuando no se tiene un *derecho subjetivo*, para impugnar de nulidad un acto de la administración viciado de *in-*

*competencia, vicio de forma, violación de la ley en el objeto*, casos ellos en todos los cuales nos encontramos ante una *facultad reglada*.

Pero también puede ser instituido para *restringir con un límite relativo el ejercicio de la actividad discrecional*, permitiendo anular el acto:

1º) Cuando falta una situación de hecho determinante. (Cuando, pues, el administrador obra por *capricho*.)

2º) Cuando se ha usado del poder para una finalidad distinta de la prevista por la ley. (Cuando, pues, el administrador ha obrado con *desviación de poder*.)

En estos dos casos, el acto impugnado ha sido realizado, por hipótesis, dentro de la competencia del órgano, observando todas las formas prescriptas, y no cometiendo ninguna violación formal de la ley;<sup>12</sup> pero constituye una decisión *caprichosa* o *desviada*.

15. En el primer caso se exige que toda decisión administrativa repose sobre un motivo, es decir, se justifique por una cierta situación de hecho existente al momento de tomarse la decisión.

Esto se aplica tanto en el caso de una decisión *motivada* —i. e., precedida de una explicitación sobre los motivos de la decisión— como no motivada. En el primer caso, si el administrador invoca como fundamento de su determinación hechos que no son ciertos (error de hecho) o que no tienen el carácter jurídico que les concede (error de derecho),<sup>13</sup> el juez puede comprobar ese error y anular el acto.

Pero aunque la decisión no sea motivada (es decir, aunque no explique cuáles son los hechos que justifican su determinación), debe igualmente reposar sobre una situación objetiva. La agravación de una decisión anterior, sin existir hechos nuevos; el retiro de una autorización, por hechos ya conocidos al momento, de acordarla; la prohibición de una procesión, sin que exista posibilidad de que altere el orden público material, etc., son ejemplos de actos anulables por carecer de una situación de hecho que los justifique.

Estos casos no deben ser confundidos con aquellos en que por tratarse de una actividad reglada, el *legislador* dispone ante qué situación de hecho se tomará una decisión determinada, ya que entonces el juez se limita a analizar si se dan los hechos previstos por la ley, y *no si ellos justifican en realidad la medida*.

16. En el segundo caso se exige que el administrador ejerza el poder que le confiere la ley única y exclusivamente con la finalidad de cumplir el objetivo de la ley. Mientras que en el caso anterior se analizaban los motivos en cuanto *hechos objetivos* que podían justificar la decisión, se consideran aquí los *móviles*, es decir, el *sentimiento*, el *deseo*, la *finalidad* que ha inspirado al autor del acto.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> HAURIU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1933, 12ª ed., p. 442; doctrina uniforme.

<sup>13</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 208.

<sup>14</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 444.

Son anulables por lo tanto los actos inspirados en la pasión política, la venganza, el favoritismo, etc.; pero también son anulables aquellos actos que sin estar inspirados en un *fin personal* del agente, se apartan del fin previsto por la ley.

Así por ejemplo, si el administrador usa del poder de “policía” de la salubridad, seguridad, etc., con fines fiscales,<sup>15</sup> o del poder de “policía” del dominio público con fines de “policía” de la moralidad o higiene;<sup>16</sup> cuando se paraliza un trámite administrativo de un individuo para coaccionarlo a pagar tasas o derechos adeudados por una actividad que no tiene relación alguna con la que origina el trámite, etc.

Finalmente, cuando el administrador obra con la intención de favorecer a un tercero o a una categoría de terceros: Limitación del número de taxis, en interés de la corporación de taxistas; imposición del uso de un cierto tipo de canillas, en interés del fabricante de tales canillas; exigencia del empleo de cualquier artefacto determinado, en interés del fabricante de dicho artefacto, etc.: En todos esos casos el acto está viciado de desviación de poder.

17. Estas restricciones al ejercicio del poder discrecional, que consisten según vemos en que el mismo no pueda ser caprichoso ni desviado (o sea, que deba responder a una situación de hecho que lo justifique, y que deba ser realizado con la finalidad de cumplir el objetivo de la ley) no existen prácticamente en el derecho argentino.

Es preciso pues distinguir lo que es el orden jurídico y cómo debe aplicarse según lo entiende *la doctrina*,<sup>17</sup> y lo que es el orden jurídico y cómo la aplica *la jurisprudencia*; en este sentido la realidad es que no existen limitaciones al ejercicio de facultades discrecionales, salvo la muy excepcional que se efectúa mediante el *recurso extraordinario* o el *recurso de amparo*, y alguno que otro antecedente aislado. (Ver *Revista de Administración Pública*, n° 2, p. 96 y ss.)

## Segunda Parte

### Derecho subjetivo e interés legítimo<sup>18</sup>

#### I. Nociones generales

1. No existen deberes ni derechos sin destinatario: Todo deber jurídico es derecho de alguien (por ejemplo, si yo tengo que pagar \$ 100, debe forzosamente haber alguien que tenga derecho a cobrar esos \$ 100, o de lo contrario la deuda no

<sup>15</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 451; FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 139.

<sup>16</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 450.

<sup>17</sup> Así por ejemplo lo que dice LINARES, *op. cit.*, p. 241 y ss.; o SARRÍA, FÉLIX, *Teoría del Recurso Contencioso-Administrativo*, Córdoba, 1943, 3ª ed., p. 192 y ss.; o lo que afirmamos *supra*, cap. V, n° 14 *in fine*.

<sup>18</sup> Al hacer este estudio<sup>(a)</sup> no nos interesa en realidad el aspecto filosófico del problema, ni encontrar una definición estilísticamente correcta, aunque hagamos algunas consideraciones acerca de los elementos que integran o no el concepto de derecho subjetivo. Esas consideraciones tienen una sola finalidad: sentar las bases sobre las cuales construiremos luego una serie de reglas que permitan

existiría) y todo derecho es deber de alguien. (Por ejemplo, si él tiene un crédito de \$ 100, debe haber alguien que esté obligado a pagárselo.) Es decir,

a) las relaciones humanas de trascendencia jurídica tienen por contenido una actividad humana positiva o negativa, la cual es para uno de los términos de la relación jurídica, deber jurídico, y para el otro, derecho subjetivo; el contenido de la relación jurídica es uno solo (en este caso, la prestación monetaria de \$ 100) para ambos sujetos de la relación; pero afecta distintamente a ambos;

b) todo derecho exige, para existir, que haya un titular y un obligado; todo deber jurídico exige igualmente que haya un obligado y un titular o beneficiario.

2. Desde el punto de vista del *contenido* u objeto, el deber *jurídico* (que es el derecho subjetivo visto desde el ángulo del obligado, y no del titular) puede consistir en un *hacer, dar o no hacer*. En todos los casos *el deber es una actividad jurídicamente exigible al obligado*; en los dos primeros (hacer, dar), el correlativo *derecho subjetivo* reside en la *posibilidad de exigir la realización de tal actividad*. En el tercer caso (no hacer), en cambio, consiste en una libertad jurídicamente protegida: En la posibilidad de adoptar una conducta determinada que el otro individuo está obligado a respetar (*no haciendo nada*, absteniéndose de intervenir); es pues una facultad de actuar, jurídicamente protegida.

El derecho subjetivo sería así, desde un punto de vista material o de contenido, y en esta primera proposición, ya I) la posibilidad de exigir una determinada conducta a otro individuo, ya II) una actividad propia, jurídicamente protegida.

Esta idea tiene larga data,<sup>19</sup> pero, a pesar de ser exacta, es insuficiente para indicarnos cuándo hay un derecho subjetivo.

3. La *esencia* del derecho subjetivo es puramente conceptual: Se trata de la *calificación* que el orden jurídico da a una actividad humana (protegiéndola imperativamente; ordenándola); el *objeto* del derecho subjetivo es la actividad humana misma.

Se advierte fácilmente que la *esencia* del derecho subjetivo (o la “forma” al decir de IHERING) tiene interesantes posibilidades estilísticas, pero que es insuficiente por sí misma para indicar cuándo hay o deja de haber derecho subjetivo en la práctica. IHERING critica a quienes estudian al derecho subjetivo desde el punto de vista del objeto mismo,<sup>20</sup> pero al presente, pasados muchos años desde esa posición de IHERING sin que todavía se sepa con seguridad cuándo hay o deja determinar en forma práctica *en qué casos hay derecho subjetivo y en qué casos hay derecho reflejo o ningún derecho*.

<sup>(a)</sup> Publicado originalmente en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 1960-III, p. 177 y ss.

<sup>19</sup> Ya IHERING se ocupaba de criticar la definición de MACKELDEY, compartida con mayores o menores diferencias por SEUFFERT, MÜHLENBRUCH etc.: “La facultad de poder hacer por nosotros mismos una cosa, o de exigir de otro que haga u omita una cosa por nosotros.” (*La dogmática-jurídica*, Buenos Aires, 1946, p. 173, nota 486.)

<sup>20</sup> “No podemos contentarnos con semejante modo de definir, que sólo contiene en su fondo una descripción y un indicio de la manifestación exterior del derecho.” IHERING, *ob. cit.*, p. 174.

de haber un derecho subjetivo, parece hora de abandonarla y retomar el camino opuesto. Lo que interesa no es tanto la esencia íntima del derecho, sino la manifestación exterior del mismo, la descripción, es decir, aquello que nos permitirá determinar en el orden jurídico positivo cuándo un individuo tiene un derecho subjetivo y cuándo no.

## II. El derecho subjetivo en relación con el sujeto

4. WINDSCHEID define al derecho subjetivo como “un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico,”<sup>21</sup> pero a esta concepción que encuentra el derecho subjetivo en el poder de voluntad, es decir, en la voluntad misma, opuso IHERING con éxito que no se aplicaba en el caso de los locos, los niños y las personas por nacer, todos los cuales tenían derechos subjetivos sin tener voluntad alguna.<sup>22</sup> Luego, demostró que el derecho subjetivo no residía en la voluntad del sujeto que lo tenía.

5. IHERING definió entonces el derecho subjetivo como un “interés jurídicamente protegido,” definición ésta que MICHOU,<sup>23</sup> no del todo conforme con la exclusión de la voluntad, combinó con la de WINDSCHEID, considerando que el derecho subjetivo es “el interés de un hombre o de un grupo de hombres, jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad, de representarlo y defenderlo.”<sup>24</sup> La voluntad es necesaria, según MICHOU, no para el *ejercicio* del derecho (lo que obvia la crítica respecto a los locos y los niños) sino para la *protección* del mismo;<sup>25</sup> o sea que la ley no protege a la voluntad, sino al interés que esa voluntad representa.<sup>26</sup>

Sin embargo, tanto la doctrina de IHERING como la de MICHOU y las demás “mixtas” —así como también algunas pretendidamente modernas— no toman en cuenta que hoy en día la acción popular y los recursos objetivos de anulación (en el procedimiento contenciosoadministrativo) *también conceden a una voluntad poder para representar y defender un interés.*<sup>27</sup> O sea que la defensa o la protección de un interés existen tanto en el caso del derecho subjetivo como del derecho reflejo (según otras denominaciones “*interés legítimo*,” “derecho objetivo,” “derecho objetivo reflejo,” “derecho debilitado,” “derecho imperfecto,” “reflejos de derecho,” etc.)

<sup>21</sup> V. el apéndice a la obra de IHERING citada, p. 222.

<sup>22</sup> IHERING, *ob. cit.*, p. 174.

<sup>23</sup> Y en sentido similar GEORG JELLINEK, FERRARA, SALEILLES: Son las llamadas “doctrinas mixtas” que combinan el interés con la voluntad. Ampliar en DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, p. 90 y ss.

<sup>24</sup> MICHOU, LÉON, *Théorie de la Personnalité Morale*, t. I, París, 1924, p. 103.

<sup>25</sup> MICHOU, *ob. cit.*, p. 177.

<sup>26</sup> MICHOU, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>27</sup> ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 124.

Si el derecho subjetivo fuera el interés protegido por una voluntad que lo representa y defiende, desaparecería así precisamente la distinción entre derecho subjetivo y derecho reflejo; desaparecería incluso la distinción entre derecho subjetivo e interés simple, ya que quien ejerce una acción popular también tiene un interés protegido por un poder que se le concede a su voluntad de representarlo y defenderlo. Esto lo reconoce ya IHERING, al recordar la *actio populis* romana, mediante la cual se concedía a todo ciudadano romano la posibilidad de exigir que se realizaran las fundaciones instituidas por disposiciones de última voluntad:<sup>28</sup> Según IHERING existe allí un derecho subjetivo; pero esta concepción no puede ser aceptada modernamente. El orden jurídico establece *régimen jurídico diferenciado* para los derechos subjetivos, los derechos reflejos y el interés simple, respectivamente; por lo tanto, con *stilum juris* o sin él, los distingue. El derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción o recurso de *plena jurisdicción*: En tales casos el individuo puede obtener una indemnización; el derecho reflejo (“interés legítimo”) se defiende con un recurso de *anulación*: En tales casos el individuo sólo puede lograr que anulen el acto ilegítimo. Al recurso de plena jurisdicción sólo lo ejerce el lesionado; al recurso de anulación lo pueden ejercer un número determinado de personas; a la acción popular la puede ejercer cualquiera. Estas son realidades del derecho positivo que es imposible dejar de lado.

Observamos así a las doctrinas que incluyen al elemento “interés” que tal interés jurídicamente protegido *existe también cuando no hay derecho subjetivo*. El que se presente a un concurso puede exigir que se excluya a quien no reúne las condiciones mínimas de ingreso: Ese individuo tiene un interés jurídicamente protegido, pero no tiene un derecho subjetivo sino un derecho reflejo; quien se presenta a una licitación puede exigir que la misma se realice de acuerdo a las disposiciones legales: Ese individuo tiene un interés jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlo y defenderlo, pero no tiene un derecho subjetivo sino un derecho reflejo.

De estos ejemplos surge además el criterio que nos permitirá distinguir al interés, en el caso del derecho subjetivo, del interés en el caso del derecho reflejo: El interés de que se trata en el derecho subjetivo es un interés propio del portador del derecho,<sup>29</sup> individual a él,<sup>30</sup> es decir, *excluyente*.<sup>31</sup> En el caso del “interés legítimo,” el interés que se defiende es de tal individuo y de otros: Es un interés común con otros individuos, un interés concurrente. (En principio.) En el derecho subjetivo hay un interés propio, excluyente.

<sup>28</sup> IHERING, *ob. cit.*, p. 195.

<sup>29</sup> JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 201.

<sup>30</sup> BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bressgau, 1956, 2ª ed., p. 75: “... un interés individual determinado...”

<sup>31</sup> Ver KORMAN-LIST, *Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts*, 1930, 2ª ed., p. 250.

Esta *exclusividad* por oposición a *conurrencia*, es un elemento de fundamental importancia. Pero, aclarada esa incorrección de las definiciones de MICHOU, SALEILLES, etc., podría pretenderse obviarla completando el concepto con esa nota de “exclusividad.”

6. Así lo intenta WALTER JELLINEK, y con él parte de la doctrina alemana,<sup>32</sup> definiendo al derecho subjetivo como el poder de voluntad conferido por el orden jurídico a un individuo en su *propio interés*.<sup>33</sup> La referencia al “poder de voluntad” es por supuesto equivocada, y para analizar el concepto sin volver a criticar errores ya superados, modificamos la definición con el aporte de lo ya aclarado por MICHOU. Derecho subjetivo sería entonces el “interés propio y exclusivo de un hombre, jurídicamente protegido por medio del poder conferido a una voluntad de representarlo y defenderlo.”

Llega ahora el momento de analizar específicamente ese elemento introducido por IHERING: El interés. IHERING definió al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, y ahora vemos que se trata de un interés *propio y exclusivo* del individuo. Falta saber si realmente es un interés.

Y no lo es. Hay situaciones que el orden jurídico protege a un individuo por medio de derechos subjetivos, sin que ese individuo tenga interés en la situación que se le protege:

a) Considerando al interés desde un punto de vista subjetivo, fácil es advertir que hay muchos individuos a quienes no les interesa la situación que les protege el derecho, lo que no quita que el derecho exista;<sup>34</sup>

b) si nos apartamos del aspecto de la valoración o actitud mental, existen igualmente casos en que se puede apreciar *objetivamente* que el individuo no tiene interés en la situación que se le protege o la facultad que se le confiere. Con criterio objetivo es así claro que el mudo no tiene interés en la libertad de hablar; que el ciego no tiene interés en la servidumbre de vista; que quien ha perdido la razón, y el tonto, y el niño, no tienen interés en la libertad de expresión del pensamiento, etc. En todos estos casos, sin embargo, es claro que el individuo tiene a pesar de todo un derecho subjetivo: Derecho subjetivo en el que no se le protege un interés ni siquiera en un aspecto objetivo, por la sencilla razón de que no puede realizar aquello que se le protege: La situación protegida no le concierne en realidad a él.

c) Finalmente, hay casos en que en lugar de un interés se protege un perjuicio. Todos los individuos tenemos derecho a cruzar a nado el Océano Atlántico: ¿Hay

<sup>32</sup> Se destaca en contra VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 136, sin negar empero la individualidad como elemento del concepto; en sentido similar: DABIN, *ob. cit.*, p. 100 y ss.

<sup>33</sup> W. JELLINEK, *ob. cit.*, p. 201.

<sup>34</sup> Para este aspecto de la crítica, ampliar en KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, p. 93-94.

allí acaso un *interés* jurídicamente protegido? A ninguno nos importa ese derecho; tampoco podríamos realizarlo si nos llegara a importar; y si intentáramos realmente ejercer ese derecho, perderíamos la vida: Luego, objetiva y subjetivamente, hay un *perjuicio* jurídicamente protegido. Lo mismo puede decirse del derecho a dañarse la salud, a tener cualquier vicio, a no aumentar nuestra cultura, etc.

El *interés* no es pues de ninguna forma un elemento que deba tenerse en cuenta para el análisis del derecho subjetivo.

### III. El derecho subjetivo en relación con el derecho objetivo u orden jurídico

7. KELSEN considera que hay derecho subjetivo, “cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito.”<sup>35</sup>

Se advierte al punto que en la definición entran igualmente el derecho subjetivo como el derecho reflejo o aún el interés simple. La acción popular mediante la cual cualquier habitante puede impugnar una lista electoral, por ejemplo, consiste en una manifestación de voluntad o acción judicial emanada de un individuo lesionado en su interés por un acto ilícito (la inscripción en la lista de un individuo que no corresponde) y es una de las condiciones de la sanción. (Borrar al inscripto del padrón.)

Lo mismo sucede con el derecho reflejo: Cuando un particular afectado por un acto administrativo ilegítimo recurre en vía objetiva ante el tribunal de lo contencioso administrativo, hallamos que “entre las condiciones de la sanción” (la anulación del acto) “figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial” (el recurso de anulación), “emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito.” Podrá tal vez pretenderse afirmar que resultaría entonces a la luz de la investigación kelseniana, que el derecho subjetivo y el derecho reflejo son absolutamente iguales, que participan de la misma esencia y pueden por ello compartir la misma definición; pero *in claris et expressis non fit interpretatio*: el derecho positivo rechaza claramente esa asimilación. (Ver *supra*, n° 5.)

Digámoslo una vez más: El derecho positivo (el derecho administrativo al menos) distingue entre derecho subjetivo y derecho reflejo, determinando que *en cada caso corresponde un recurso jurisdiccional diferente, un procedimiento jurisdiccional diferente, y diferentes consecuencias jurídicas*. De modo que es necesario diferenciar cuándo hay derecho subjetivo y cuándo hay derecho reflejo, para saber qué recurso corresponde interponer y cuáles son las consecuencias jurídicas que corresponden.

<sup>35</sup> KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, p. 122.

8. Como se ha visto, el autor citado centra el concepto de derecho subjetivo en la acción judicial mediante la cual se lo hace efectivo; existen fundadas críticas para ese planteo,<sup>36</sup> pero la discusión carece de importancia práctica.

Desde luego, si el orden jurídico dispone con carácter taxativo los casos en que puede iniciarse acción judicial para proteger al derecho subjetivo, *sólo en ellos lo hay* efectivamente; si el orden jurídico no crea el recurso de anulación para proteger el derecho reflejo, *no hay derechos reflejos*, Nadie puede negar, en este aspecto, que la acción o recurso es imprescindible para que el derecho subjetivo o reflejo esté verdaderamente protegido y no sea una mera declaración teórica; pero *dado un orden jurídico que cree en forma general la posibilidad de accionar en justicia para defender el derecho subjetiva*, esa existencia de la acción no soluciona el problema práctico que interesa, pues con un planteo tan general no podremos solucionar ningún caso concreto. Lo mismo cabe decir del recurso de anulación.

Se advierte así que aunque la “definición” sea filosóficamente exacta, no sirve en la práctica para indicarle al abogado cuál es la acción que debe emplear, y si tiene un derecho subjetivos o un derecho reflejo, y si puede pedir indemnización, en el caso que le plantea su cliente.

El correcto planteo del problema es aquel que distingue el derecho subjetivo o derecho reflejo como construcción lógico-jurídica correspondiente a una determinada situación, y la *protección* de ese derecho mediante una acción o recurso judicial. Si falta la acción o recurso (sea porque el orden jurídico la instituyó taxativamente para ciertos casos, sea porque no lo instituyó —en el caso del recurso de anulación— en medida alguna) diremos simplemente que el derecho de que se trata no está protegido; si hay acción o recurso (por estar instituidos sin restricciones de ninguna clase; por no aplicarse la restricción al caso concreto) diremos que el derecho que pueda corresponder está protegido, y nos dedicaremos a buscar los elementos que nos indiquen de qué derecho se trata.

Este planteo no será muy “puro,” en cuanto un derecho no protegido por el orden jurídico mal puede ser llamado “derecho” en sentido positivo, pero es la única salida para una discusión estéril.

9. Lo que más interesa, en realidad, es que la actividad humana que constituya el objeto del derecho subjetivo se halle protegida mediante *la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada* ante la no realización de la actividad en cuestión; dicho en otros términos, al derecho subjetivo interesa fundamentalmente *la existencia de una sanción* que proteja contra la violación de aquello que tiene por contenido.

Al respecto es necesario señalar una importante coincidencia entre el derecho subjetivo y la norma jurídica. La norma jurídica general consiste en: I) Una *proposición condicionante* que contiene una situación de hecho, II) cuya realización

<sup>36</sup> Así DABIN, *op. cit.*, p. 121 y ss., y los autores citados en su nota 152; también HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. I, Tübingen, 1953, 2ª ed., p. 686.

suscita la aplicación del segundo elemento: La consecuencia que la regla atribuye a los hechos. La primera parte (o sea los hechos jurídicos, la situación de hecho, el *Tatbestand*) es el antecedente, y cuando ella se da, corresponde aplicar el dispositivo, es decir, las consecuencias jurídicas. (Sanción, *Rechtsfolge*.)

También el derecho subjetivo, que por cierto nace de normas jurídicas, consiste en un *juicio lógico* en el cual hay una proposición condicionante (la actividad humana protegida; el interés; la situación de hecho) y un *dispositivo*. (La protección jurídica; las consecuencias jurídicas.)

El derecho subjetivo consta pues: I, *a*) De una situación de hecho, *b*) ante cuyo incumplimiento o violación corresponde; II, *c*) una consecuencia jurídica, *d*) que puede invocar un individuo. La “protección jurídica” consiste pura y simplemente en la *consecuencia jurídica*, y aparece en forma *negativa*, como sanción que se prevé para la violación de la situación de hecho que se determina; de donde el derecho subjetivo actúa en realidad objetivamente, sobre otros individuos. El *antecedente* de la proposición “derecho subjetivo” es pues *un hecho antijurídico de posible comisión por un tercero*.<sup>37</sup>

10. En efecto, vimos ya que los tipos de conducta humana a que puede referirse un derecho subjetivo son tres: Dar, hacer, no hacer; dijimos ya que en el caso del *dar y hacer* de un tercero frente al cual tenemos el derecho subjetivo, hay *una posibilidad de exigir la realización de tal actividad*; que en el caso del *no hacer* de un tercero frente al cual tenemos el derecho subjetivo, hay una facultad de actuar, una actividad propia, jurídicamente protegida mediante la orden de *no hacer* impuesta al tercero.

Se advierte así que en el primer caso, el derecho subjetivo es la protección jurídica concedida a la exigencia de que un tercero realice una determinada conducta; en el segundo caso, es la protección jurídica concedida a la realización de una conducta propia, mediante una limitación impuesta a la conducta de terceros.<sup>38</sup> En ambos casos el derecho subjetivo es pues *parte inseparable de una relación jurídica con terceros*; en ambos casos es algo *que otro ser humano*, no el que tiene el derecho, debe hacer o abstenerse de hacer.

Sostener en base a esta comprobación que el derecho subjetivo se identifica con el derecho objetivo u orden jurídico<sup>39</sup> puede ser exacto, pero no aporta nada para la finalidad que aquí buscamos.

Esa comprobación debe en cambio usarse para indicar *una evidente escisión en el concepto de derecho subjetivo*: En un caso asume una forma *positiva*, en cuanto

<sup>37</sup> Pues para que la protección jurídica exista es necesario que nuestro derecho sea deber de un tercero, y para que sea deber de un tercero es necesario que deba acarrear una sanción en caso de incumplimiento; luego, nuestro derecho consiste en que si un tercero no lo respeta deba ser que se le aplique una sanción.

<sup>38</sup> Es notorio que el derecho subjetivo, como pura facultación al individuo para actuar, no tendría sentido, pues es inseparable del mismo el que los demás seres humanos tengan la obligación de abstenerse de molestarlos en esa actuación.

<sup>39</sup> KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, p. 112 y ss.

constituye la exigencia de una *conducta positiva* de otro sujeto de derecho; en el segundo caso asume una forma *negativa*, en cuanto constituye un límite negativo a la conducta de terceros, una valla que se pone a la actividad de los demás.

En el derecho subjetivo *positivo* la protección jurídica reside en la exigibilidad de que un tercero realice una determinada conducta positiva (hacer, dar); en el derecho subjetivo *negativo* la protección jurídica está en la exigibilidad de que un tercero *se abstenga de interferir con la actividad del sujeto*, es decir, realice una determinada conducta negativa. (No hacer.)

En ambos casos, el juicio lógico que es el derecho subjetivo contiene una consecuencia jurídica que se aplica ante la realización de un antecedente que es un hecho antijurídico. Ese hecho antijurídico es, en el primer caso, que el tercero *no realice* la actividad positiva que nos debía, y en el segundo, que *interfiera* con nuestra actividad o esfera jurídica.

11. Esa distinción tiene muy importantes consecuencias, pues ante la regla lógica de que rige la libertad en tanto que el orden jurídico no la restrinja —regla lógica que la Constitución Nacional adopta en su artículo 19—, el derecho subjetivo es de interpretación *extensiva* en cuanto se refiere al derecho a que no nos impidan una actividad, y a que no nos exijan algo; es de interpretación *restrictiva* en cuanto se refiere al derecho a exigir que un tercero realice algo.

En efecto, si nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda, el derecho subjetivo de un tercero a que yo dé o haga algo (derecho subjetivo positivo; prestación positiva) debe estar expresamente mandado por la ley (interpretación restrictiva); en inversamente, puesto que nadie será privado de lo que la ley no prohíbe, el derecho subjetivo de ese individuo a hacer lo que quiera sin que yo lo moleste o se lo impida (derecho subjetivo negativo; prestación negativa) existe *ipso jure* aunque ninguna ley diga nada al respecto. (Interpretación extensiva.)

Como se ha dicho con más tecnicismo, frente a aquel que pretende de otro una conducta no establecida por el orden jurídico vigente, tiene éste un “derecho” concedido por el orden jurídico, a la omisión de esa conducta; derecho en el sentido de libertad jurídicamente garantida. El orden jurídico no sólo contiene la proposición de que sé está obligado a una conducta determinada (en cuanto su incumplimiento acarrea una sanción), sino también la proposición “se es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado;” esta norma negativa es la que se aplica cuando se rechaza una pretensión dirigida a una conducta no convertida por la ley en un deber jurídico.<sup>40</sup> En el caso citado, se rechaza la demanda aplicando “la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden

<sup>40</sup> Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p. 172.

jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido.”<sup>41</sup>

Así pues, nadie está obligado a *hacer* o *dar* algo a menos que la ley se lo mande, y correlativamente nadie tiene derecho a exigir a alguien que *haga* o *dé* algo a menos que la ley se lo autorice: Por ello los derechos subjetivos positivos (*i.e.*, aquellos en que se exige una prestación *positiva* del otro sujeto), deben estar *expresamente* considerados en la ley. Por otra parte, todos tienen derecho a que nadie los moleste en su actividad, y correlativamente nadie tiene derecho a impedir la actividad de los demás: Luego los derechos subjetivos negativos (*i.e.*, aquellos en que se exige una prestación *negativa* del otro sujeto) existen de pleno derecho en forma absoluta.

Insistimos pues: El derecho subjetivo positivo (es decir, el derecho cuyo contenido es una obligación de dar o hacer que nos es debida por un tercero) ha de entenderse en sentido restringido, concedido sólo en tanto y en cuanto *la ley expresamente lo regule*; el derecho subjetivo negativo (es decir, aquél cuyo objeto es una obligación de no hacer impuesta a un tercero en relación con nosotros) debe entenderse en sentido amplio, *limitado sólo* por las expresas determinaciones de la ley.

En virtud del régimen jurídico diferenciado que acabamos de ver se concluye que en el derecho subjetivo *positivo* tenemos un elemento nuevo que agregar: El de que la actividad humana que el tercero nos debe a nosotros *debe estar reglada*, esto es, específicamente determinada en cuanto a la oportunidad y modalidades; pues si ha de entenderse restringidamente, sólo en aquello que esté específicamente determinado podremos tener un derecho subjetivo positivo.

12. En los elementos que hemos estado reuniendo del derecho subjetivo se observa que hay: I) Una norma jurídica, II) que protege una situación de hecho, III) individual, exclusiva, IV) mediante la consecuencia jurídica que el titular puede invocar, V) ante la violación o incumplimiento de la misma, VI) y que tratándose de una prestación positiva que exigimos de un tercero, esa situación de hecho debe estar específicamente determinada, esto es, “reglada.”

Hemos eliminado: I) El poder de voluntad, II) el interés jurídicamente protegido, III) el interés protegido por el poder concedido a una voluntad, IV) el interés propio y exclusivo protegido por el poder concedido a una voluntad, V) la acción judicial del individuo lesionado —dando por supuesto que debe existir para que ese derecho se halle efectivamente protegido—.

<sup>41</sup> Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p. 172 y ss.

Tenemos así finalmente la descripción externa del derecho subjetivo *positivo*. Hay derecho subjetivo positivo, cuando una norma jurídica,<sup>42</sup>

1ª) sobre la base de una actividad humana,

2ª) específicamente determinada en cuanto a la oportunidad y modalidad (“reglada”),<sup>43</sup>

3ª) reconoce a un individuo determinado,

4ª) en carácter de exclusividad<sup>44</sup>

5ª) frente a otro individuo determinado,

6ª) la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada,<sup>45</sup>

7ª) ante la no realización por parte del obligado, de la actividad en cuestión.

Es decir, el derecho subjetivo positivo consiste en la exigibilidad de una actividad humana específicamente determinada en cuanto a la oportunidad y modalidades, reconocida en carácter de exclusividad por el orden jurídico a un individuo determinado frente a otro, y concretada en la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada ante la no realización de la actividad en cuestión. Concisamente, en la exigibilidad exclusiva de la actividad reglada de otra persona, cuya no realización hace aplicable una sanción a ésta.<sup>46</sup>

De tales elementos los más importantes para identificar al derecho subjetivo son la conducta *reglada*, y la *exclusividad*. En los casos concretos se tratará pues de averiguar si la conducta que se cree puede ser exigible por un derecho subjetivo positivo: 1º) Está reglada y 2º) hay exclusividad de un titular respecto a ella. Si hay discrecionalidad (es decir, si no está específicamente ordenada), o si hay concurrencia de más de un titular respecto a ella, no hay derecho subjetivo.

Ello no significa como regla general que al faltar la regulación no haya derecho subjetivo alguno, pues faltan considerar los derechos subjetivos *negativos*; pero sí es regla general con relación a la exclusividad. (El funcionamiento concreto de estos principios lo ejemplificaremos *infra*, nº 19 y ss., al desarrollar las reglas esquematizadas en el nº 18.)

13. Son elementos del derecho subjetivo *negativo*, el que una norma jurídica,

1º) sobre la base de una actividad humana reglada o discrecional,

2º) reconozca a un individuo determinado,

<sup>42</sup>WOLFF, HANS J., *op. cit.*, p. 209: “Una ley material, no solamente declaraciones programáticas.”

<sup>43</sup>Comparar WOLFF, *op. loc. cit.*: “En base a una situación de hecho determinada.”

<sup>44</sup>BENDER, *op. loc. cit.*, W. JELLINEK, *op. loc. cit.*, KORMANN-LIST, *op. loc. cit.*

<sup>45</sup>WOLFF, *op. loc. cit.*

<sup>46</sup>Dicho de otra manera, es la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada, ante la no realización por parte de otra persona de una actividad específicamente determinada, si esa actividad era exigible en carácter de exclusividad por el titular.

- 3°) en carácter de exclusividad,
- 4°) frente a otro u otros individuos,
- 5°) la libertad de realizarla,<sup>47</sup>
- 6°) concretada en la posibilidad de invocar consecuencias jurídicas determinadas,
- 7°) ante la interferencia con esa actividad.

Pero ese enfoque del derecho subjetivo está dado en función del sujeto: Para ser coherentes con el concepto anterior, debemos considerarlo desde el punto de vista de las relaciones con los demás sujetos de derecho. Para adoptar este enfoque hay además otra razón: En el caso del derecho subjetivo negativo frente a la administración pública, existe una dificultad nueva, que aquel concepto no puede solucionar.

En efecto, los individuos tenemos una serie de derechos subjetivos negativos frente a la administración (por ejemplo, los arts. 14 a 20 y 32 de la Constitución Nacional), y la administración tiene a su vez una serie de derechos subjetivos negativos frente a los nuestros, resultantes de que la ley autoriza a la administración a actuar. (Y nos obliga a respetar esa actividad.)<sup>48</sup>

La dinámica se plantea así en una constante colisión de derechos subjetivos negativos: Por un lado, los individuos tenemos derechos subjetivos negativos a que no nos molesten en nuestra libertad, propiedad, etc.; por el otro, la ley autoriza a la administración a actuar de forma que puede resultar lesiva a nuestra libertad, propiedad, etc., concediéndole el derecho subjetivo negativo a que no la molestemos: Allí coliden nuestro derecho subjetivo negativo y el derecho subjetivo negativo de la administración. ¿Cuál prevalecerá? ¿Quién tiene el auténtico derecho subjetivo negativo? ¿Somos nosotros los que tenemos derecho a. que la administración no nos moleste, o es la administración la que tiene derecho a actuar sobre nosotros sin que la molestemos?

Este problema interpretativo se resuelve en cuatro planteos sucesivos. (*Supra*, p. 74 y ss.)

A) A veces la ley prevé expresamente la solución de esa dinámica, reglamentando específicamente la forma en que *puede* actuar la administración frente a nuestra esfera jurídica. En ese caso tenemos un derecho subjetivo negativo a que la administración no propase los límites que le son fijados por la ley *a su propia actividad*; esa es la regulación *directa*, la que se estudia en el derecho administrativo bajo el título de “facultades regladas de la administración.”

<sup>47</sup> O, si se trata de una *situación de hecho*, la libertad de mantenerla.

<sup>48</sup> Ello no debe confundirse con la noción infundada de “poder de policía,” ver GORDILLO, “La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, p. 227 y ss.

Cuando la administración actúa *dentro* de sus facultades regladas, tiene un derecho subjetivo *negativo* a que suframos su actuación; cuando viola sus facultades regladas, nosotros tenemos un derecho subjetivo negativo *a no* sufrir su actuación. (Es decir, a que no haga nada en violación de sus facultades regladas, y si lo ha hecho, a que le sea anulado.)

B) Otras veces la ley prevé también expresamente la solución. de la interferencia mutua de derechos. Hay otra “regulación,” la regulación *inversa* (comúnmente designada como uno de los límites a las facultades discrecionales), que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.: Cuando la ley regula no ya el derecho subjetivo negativo de la administración a no ser molestada en su actividad que avanza sobre nuestra esfera jurídica, sino el derecho subjetivo negativo *de los individuos* frente a los demás sujetos y entre ellos la administración, diciéndoles: Nadie tiene derecho a interferir con esta actividad o situación de hecho que aquí les regulo a ustedes.

De esta manera la actividad de la administración no se encuentra, es cierto, *directamente* reglada, pero como la actividad de los particulares sí lo está frente a la actividad administrativa, resulta que esa última está reglada en forma inversa. Es el caso, por ejemplo, del derecho de propiedad: La ley autoriza a la administración a realizar obras públicas, y deja librado a la discrecionalidad administrativa la forma concreta de realizarla. Sin embargo, como el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña un inmueble de un administrado (grietas, filtraciones, etc.), comete un hecho antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo negativo a invocar las consecuencias jurídicas del caso. (V. p. IADA-VI-14 y ss.)

C) Cuando falta también esta limitación, todavía no entramos en la plena discrecionalidad administrativa, pues la ley aún prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos subjetivos negativos. En efecto, la Corte Suprema ha declarado que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la esencia de los derechos subjetivos negativos que la Constitución concede.<sup>49</sup> Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada en forma directa, ni esté limitada en forma *inversa*, le resta todavía esta limitación *residual* que ofrece la Constitución cuando la discrecionalidad afecta la esencia del derecho por ella previsto.

D) Queda por considerar un cuarto caso, muy similar al anterior, en que la administración tiene facultades discrecionales, y no hay una regulación inversa o residual que pueda servir para tipificar un derecho subjetivo del administrado, pero existe en el orden jurídico el principio de que la administración no debe *abusar* de sus facultades discrecionales. (Se trataría principalmente de la

<sup>49</sup> Sobre el fundamento de este principio, ver GORDILLO, *Estructuración dogmática del Estado de Derecho*, op. loc. cit.

anulación de actos administrativos por *desviación de poder*, cuando existe el procedimiento objetivo contenciosoadministrativo V. *Supra*, cap. VI, 1ª parte, n° 13 y ss., acerca de los “*límites relativos*.”)

Habiendo individualidad, y una pretensión negativa que se exige a la administración, tendría que admitirse la posibilidad de que exista un derecho subjetivo negativo del administrado (pues ya vimos que los derechos subjetivos negativos también podían presentarse en el caso de las facultades discrecionales). Sin embargo, esa limitación a la discrecionalidad administrativa según la cual sus actos no deben estar viciados de desviación de poder, aparece en Francia y de allí se universaliza como “derecho reflejo,” que se defiende mediante un “recurso de anulación;” o sea que en el presente caso no hay derecho subjetivo negativo del administrado, sino sólo derecho reflejo.<sup>50</sup>

En efecto, hay que tener en cuenta que aquí el administrado está no tanto protegiendo su propia actividad o situación de hecho, como tratando primordialmente de impedir la actividad desviada de la administración: Luego, es aquí donde más manifiesta aparece la colisión de *dos pretensiones negativas*. Si se tratara de una pura pretensión negativa del administrado frente a otro sujeto de derecho, ese principio no reglado podría bastar para crear un derecho subjetivo (y así sucede en el derecho privado con el “abuso del derecho”), pero dado que es una pretensión negativa a la que se opone *otra pretensión negativa* (la facultad discrecional de la administración), y dado que ambas deben interpretarse extensivamente, hay que dar una solución equidistante, y esa es precisamente la de considerar que el particular tiene aquí un derecho reflejo en lugar de un derecho subjetivo o ningún derecho.

E) Hechas estas aclaraciones, podemos ahora describir el derecho subjetivo negativo de un individuo frente a la administración; el mismo existe cuando una norma jurídica,

- 1º) sobre la base de una actividad administrativa,
- 2º) reglada en forma *directa*, o limitada en forma *inversa o residual*,
- 3º) reconoce a *un individuo* determinado,
- 4º) en carácter de *exclusividad*,
- 5º) frente a la administración pública,
- 6º) la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada,
- 7º) ante la violación de alguna de las regulaciones a tal actividad.

<sup>50</sup> Nuestra jurisprudencia conoce algunos de estos casos de desviación de poder, en los que se entendió que se trataba de un derecho subjetivo; pero en ellos invariablemente se hizo gala de normas constitucionales —con lo que recaemos en el caso anterior. (N° 13, ap. C.)

Reuniendo estos elementos, diremos que es la prohibición para la administración pública de exceder sus facultades regladas o violar los límites creados en forma inversa o residual a sus facultades discrecionales, exigible en carácter de exclusividad por un individuo determinado y concretada en la posibilidad de invocar consecuencias jurídicas determinadas ante la comisión del hecho antijurídico previsto. Sucintamente, es la exigibilidad exclusiva de que la administración no exceda sus facultades regladas ni los límites objetivos de sus facultades discrecionales, cuya violación hace aplicable una sanción a ésta.<sup>51</sup>

#### IV. El derecho subjetivo en relación con el derecho reflejo. Sistematización

14. Así como hay dos tipos de derecho subjetivo (el positivo y el negativo), hay también dos tipos de derecho reflejo; pero la distinción no se basa ahora en la naturaleza de la prestación que constituye el deber jurídico, sino en la forma en que el orden jurídico haya establecido ese deber. (Como actividad reglada, o como prohibición de abusar de las facultades discrecionales; es decir, como un límite de certeza objetiva, o dependiente de una valoración fáctica.)

En un primer caso, el derecho reflejo es, la exigibilidad *concurrente* de que la administración no exceda sus facultades regladas. Aquí la pretensión es que la administración cumpla lo objetivamente predeterminado en la ley (y puede tratarse de una prestación positiva o negativa), y esa pretensión no le pertenece a ningún individuo exclusivamente, sino *concurrentemente* a más de uno.

En un segundo caso, el derecho reflejo es exigibilidad *individual* o *concurrente* de que la administración no dicte actos en *abuso* de sus facultades discrecionales. Aquí la pretensión no es objetivamente predeterminable; además, constituye una exigencia de una prestación *negativa* de la administración. A diferencia del primer caso, puede haber derecho reflejo también cuando hay *individualidad*.

Se observa así que el concepto varía según se trate de facultades regladas o discrecionales: En las primeras lo que caracteriza al derecho reflejo es la *concurrentencia de varios individuos* en la pretensión jurídica; en las segundas, la circunstancia de que la antijuridicidad de la conducta reprimida no deriva de su comparación objetiva con una norma que preestablezca un marco concreto, sino de un criterio de “abuso,” “desviación,” “exceso,” etc., es decir, de un mal uso de la libertad concedida por las normas jurídicas.

15. Pero las características señaladas no son por sí mismas determinantes de que exista derecho reflejo: Es necesario además que el recurrente o pretensor tenga un *interés personal y directo* en la anulación que pide. (Dicho de otra forma, que el acto atacado lo afecte a él directa y personalmente.)

<sup>51</sup> En otros términos, es la posibilidad exclusiva a un individuo de invocar una consecuencia jurídica determinada, ante la violación por parte de la administración de un límite establecido en forma directa, inversa o residual por la ley a su actividad.

Este nuevo requisito (que explica por qué también, se denomina “interés legítimo” al derecho reflejo) se entiende generalmente con sentido patrimonial,<sup>52</sup> pero excepcionalmente puede ser suficiente un interés *moral*;<sup>53</sup> para el análisis de sus modalidades nos remitimos a las obras generales de derecho administrativo.

En ambos casos de derecho reflejo, las consecuencias jurídicas que el particular puede invocar son: a) Habiendo un *acto*, la *anulación* del mismo, b) habiendo un *hecho* o una mera abstención, que el juez ordene al administrador ajustar su conducta a lo que la ley determina. (Y aplique sanciones por *contempt of court* al funcionario que no le obedezca.) Se observa así que la sanción que protege al derecho reflejo nunca consiste en reparaciones pecuniarias. (Pues entonces aparecería la individualidad y la regulación, es decir, el derecho subjetivo.)

Es fundamental señalar que para que el derecho reflejo esté protegido por el orden jurídico es necesario que se haya establecido un “recurso objetivo” (también llamado “acción de nulidad,” “recurso de ilegitimidad,” “recurso por exceso de poder,” y más comúnmente, “*recurso de anulación*”) en el procedimiento contencioso-administrativo, que permita solicitar del tribunal esta protección.

16. Cabe agregar que si el recurso objetivo es instituido al estilo francés como “recurso de *anulación*,” sólo sirve para atacar ACTOS administrativos (en sentido lato: Particulares o generales), y es inaplicable en consecuencia mientras la administración no haya dictado un acto antijurídico. Por lo mismo que se lo instituye como recurso de *anulación*, sólo se aplica para *anular actos*, y de esa forma deja sin protección a los derechos reflejos que puedan ser afectados por la mera *inactividad* de la administración, o por *hechos* administrativos.

17. Expondremos a continuación las reglas que resultan de lo hasta aquí expuesto en materia de derechos subjetivos y derechos reflejos; lo haremos primero en forma esquemática a fin de permitir una visión de conjunto, y luego en forma desarrollada, con ejemplos.

*En el esquema usaremos los términos “prestación positiva” para indicar que se trata de exigir al juez que obligue a la administración a hacer o dar algo; “prestación negativa” cuando lo que se pide es la anulación del acto o la cesación del hecho; “individualidad” cuando el orden jurídico ha previsto que sea un individuo determinado el que detente la situación jurídica en carácter de exclusividad; “conurrencia” cuando hay más de un individuo reunidos en la misma pretensión.*

Respecto a la “conurrencia” aclaramos desde ya que su identificación varía según el tipo de *prestación* frente al cual la haya; tratándose de una *prestación negativa*, la conurrencia consiste en que la anulación del acto beneficiará por igual a todos los afectados, y no exclusivamente al que lo pidió; tratándose de una *prestación positiva*, hay que distinguir si se trata de una *prestación uti univertitis* o *uti singulii*. En el primer caso (una plaza, un camino, etc., que servirán

<sup>52</sup> “Material,” según la jurisprudencia francesa.

<sup>53</sup> BERTHELEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 993.

indiferenciadamente a una pluralidad de personas), la concurrencia también consiste en que la realización de la prestación beneficiará por igual a todos los afectados (los habitantes del lugar, por ejemplo); pero en el segunda caso (becas, préstamos, premios, etc., a darse individualmente) la concurrencia consiste en que la prestación no es susceptible de reiterarse *tantas veces como individuos concurren*: si todos los peticionantes pudieran obtenerla habría exclusividad y con ello derecho subjetivo (así, el ingreso a la Universidad no habiendo limitación numérica), y por eso es que la concurrencia, en este caso de la prestación positiva individual, presupone que no todos los individuos pueden obtenerla. (Así, el ingreso a la Universidad habiendo un número de vacantes inferior al de aspirantes.) Hacemos notar además que al usar el término concurrencia, dentro del esquema que sigue, lo hacemos dando por sobreentendido que en cada caso es *también* necesario un interés personal y directo en cada uno de los concurrentes para que exista el derecho, reflejo que señalemos.

Usaremos la frase “límites concretos” para referirnos a la limitación inversa y residual de que habláramos *supra* n° 13, ap. B y C; diremos “límites relativos” para referirnos a los casos en que la antijuridicidad de la conducta administrativa resulta sólo de un criterio de “abuso,” “desviación de poder,” “capricho,” etc., y no de su comparación objetiva con requisitos preestablecidos en forma concreta por la norma.

Hacemos notar, finalmente, que los casos en que indicamos que hay *derecho reflejo* sólo están protegidos cuando existe un *recurso objetivo*, y que aún entonces es posible que no estén protegidos sino los casos en que se exige una prestación negativa. (*Supra*, n° 16.) Los casos de derecho subjetivo, por el contrario, están protegidos con la mera existencia de la posibilidad de accionar en justicia mediante acción común o “recurso de plena jurisdicción.”

#### 18. Sistematización .

Los derechos subjetivos y reflejos se presentan en los siguientes casos:

##### A) *En las facultades regladas*

- 1°) prestación positiva, individualidad —D.S.
- 2°) prestación positiva, concurrencia,
  - a) prestación general, *uti universitatis* —D.R.<sup>54</sup>
  - b) prestación individual, *uti singulii* —D.R.
- 3°) prestación negativa, individualidad —D.S.
- 4°) prestación negativa, concurrencia —D.R.

<sup>54</sup> En este caso hay dificultades especiales —además de las indicadas en el n° 16— para la protección del derecho reflejo. Ver *infra*, n° 18, Ap. 2, a.

B) *En las facultades discrecionales*

- 5º) límites concretos, prestación negativa, individualidad —D.S.
- 6º) límites concretos, prestación negativa, concurrencia —D.R.
- 7º) límites relativos, prestación negativa, individualidad —D.R.
- 8º) límites relativos, prestación negativa, concurrencia —D.R.
- 9º) límites relativos, prestación positiva .

19. A continuación ejemplificaremos las nueve reglas expuestas en el esquema.

1º) *Prestación positiva e individualidad: Derecho subjetivo.*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe una conducta positiva, reglada, y en forma exclusiva a un individuo. Luego, en materia de prestaciones generales, *uti universitis*, no puede haber derecho subjetivo alguno (ver caso 2º); tratándose de *una* prestación singular, que es el presente caso (1º), la exclusividad consiste en que *una* prestación sólo puede ser exigida por *un* individuo: Si hay varios individuos que pueden exigir esa prestación, y la misma *es susceptible de reiterarse ante la exigencia de cada uno*, sigue habiendo exclusividad pues hay una actividad para *un* individuo.

El derecho a cruzar un puente, habida una pluralidad de individuos que aspiran a ello, puede ser subjetivo o reflejo, según que la autorización para cruzarlo deba reiterarse ante cada individuo, o sólo pueda darse una vez, frente a uno sólo de los que se presentan. Así, si cada individuo tiene derecho a cruzar el puente, no hay concurrencia (y hay por lo tanto derecho subjetivo), pues respecto al hecho individual de que ese sujeto cruce el puente hay una total exclusión de los demás; si, en cambio, hubiera autorización para que sólo uno o más, *pero no todos* los individuos que estén en iguales condiciones, puedan pasar, deja de existir la exclusión y aparece la concurrencia.

En un barco que está por naufragar, si hay suficientes botes para toda la tripulación, no hay concurrencia: Todos tienen la posibilidad exclusiva de ocupar un puesto en los botes (Hay pues derecho subjetivo.) Si, en cambio, hay menos botes que los necesarios, aparece la concurrencia, pues para cada asiento hay más de un individuo que aspira a ocuparlo: No hay exclusión.

En resumen, en el caso de la prestación positiva singular de la administración, hay exclusión (es decir, individualidad) cuando todos los individuos en igualdad de condiciones pueden obtener la prestación o actividad de que se trata, sea porque I) se trata de un sólo individuo y una sola prestación, II) o, tratándose de muchos individuos y una misma prestación, esta prestación se repite individualmente cada uno de ellos. Si alguno de los individuos en igualdad de condiciones no puede obte-

ner la prestación (por haber menos prestaciones que individuos), no hay exclusión para ninguno, sino concurrencia, nadie tiene derechos subjetivos.

2º) *Prestación positiva y concurrencia: Derecho reflejo.*

a) *Prestación positiva de tipo genérico*

Cuando la ley obliga a la administración a realizar una prestación positiva pero de tipo genérico o universal (es decir que no está destinada a uno o varios individuos singularmente considerados, sino *en forma conjunta a una pluralidad de individuos*), no hay, por hipótesis, un individuo que la pueda exigir en carácter de exclusividad: *Al obtenerla uno la obtienen necesariamente los demás*. El que exige la prestación lo hace en forma concurrente para todos. No hay pues derecho subjetivo, sino derecho reflejo. (Para quienes tengan un interés personal y directo en la prestación.)

Ejemplos: Cuando la ley manda a la administración construir una plaza, un camino, una fuente, etc.; u organizar determinados cursos, enseñar determinada materia, editar un libro o folleto, etc.

Cuando la administración no cumple lo determinado por la ley, sin dictar un acto en tal sentido, el recurso de *anulación* no sirve para proteger el derecho reflejo (pues a pesar de tratarse de una conducta antijurídica, no hay un acto que pueda *anular* el tribunal: *Supra*, nº 16); pero aún existiendo en forma amplia un recurso objetivo que sirva tanto para atacar actos ilegítimos como hechos o meras inactividades *contra legem*, el presente caso ofrece dificultades especiales. En materia de obras públicas se advierte particularmente que el juez no podría en realidad tomar medidas concretas para hacer que se cumpla la ley que manda realizar un puente, camino, etc., pues carece de aptitudes técnicas para ello; en tales casos nunca habría en consecuencia un verdadero derecho reflejo.

Tampoco podría el juez otorgar indemnizaciones a los individuos que no reciben el beneficio de la obra, pues con ello aparecería una prestación individual y exclusiva para cada uno. (Es decir, se transformaría indebidamente al derecho reflejo en derecho subjetivo.) Distinto es el caso, empero, en que la no realización de la prestación positiva genérica causa un daño a los individuos: Cuando los habitantes del lugar han hecho alguna contribución pecuniaria para la obra, o cuando los alumnos han asistido a un curso o carrera que luego la administración deja de realizar, etc.; en estos casos, si la administración persiste en negarse a ejecutar la prestación genérica ordenada por la ley, y no ofrece una prestación compensatoria, debería indemnizar, no a título de la prestación incumplida, sino por el daño particular y exclusivo que le causó a cada individuo. (El dinero aportado, el tiempo empleado, etc.)

b) *Prestación positiva de tipo singular.*

Cuando la ley obliga a la administración a realizar una prestación positiva, pero de tipo individual o singular, habrá derecho subjetivo si todos los individuos la pueden obtener (*supra*, caso 1°), y derecho reflejo *si no todos los recurrentes pueden obtenerla*.

Así, los estudiantes que pretenden ingresar a la Universidad tienen derecho subjetivo a ello si hay suficientes plazas para todos los que reúnen las condiciones del caso; no hay allí concurrencia, pues la actividad de inscribirlos, si bien sustancialmente similar, es en realidad distinta; lo inscriben a *Primus*, lo inscriben a *Secundus*, lo inscriben a *Tertius*; la actividad se presta en forma individual y excluyente. Si, en cambio, hay un número limitado de vacantes, y éste resulta inferior al de aspirantes, aparece la concurrencia, pues no todos pueden recibir la misma prestación en el mismo período lectivo. Entonces, en vez de derecho subjetivo, todos los aspirantes tienen tan sólo un derecho reflejo.

Cuando muchos individuos se presentan a la Universidad, después de aprobados sus exámenes, a solicitar un diploma, hay *exclusión* si la Universidad les va a otorgar un diploma a cada uno: La actividad es sustancialmente igual, pero no hay concurrencia, pues la actividad se repite tantas veces como individuos en condiciones la soliciten; hay pues derecho subjetivo. En cambio, si la Facultad va a dar un premio a la mejor tesis de todas las recomendadas por las mesas examinadoras, aparece allí la concurrencia, desde que sólo uno de los afluyentes puede obtener ese premio; por el otro lado, si la Facultad va a dar una mención accesoria a todos los que no obtengan el premio principal pero hayan obtenido la recomendación, no hay concurrencia sino exclusión, pues la prestación se realizará en forma individual a cada uno, y tantas veces como sujetos se encuentren en esas condiciones.

Tratándose de una prestación positiva que se exige a la administración, y de un derecho *reflejo* para pedirla, repetimos la observación de que si el recurso objetivo es de “anulación” sólo puede ser utilizado en caso de que la administración dicte un acto negándose a realizar la tal prestación.

3°) *Prestación negativa e individualidad: Derecho subjetivo.*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe abstenerse de violar lo dispuesto reglamentariamente por la ley con referencia a individuos determinados. Así por ejemplo, si la administración tiene reglada por la ley su facultad de retirar permisos y autorizaciones, cada individuo que tiene un permiso, autorización, etc., tiene un derecho subjetivo a que no se lo cancelen *sino en las condiciones y circunstancias previstas por la ley*.

Luego, si la ley dispone que se dará permiso de conductor a todo aquél que sea mayor de edad, no registre condenas por accidentes de tránsito y apruebe un

examen, cada individuo que reúna esas tres condiciones tiene un derecho subjetivo positivo a obtener su permiso (caso 1°); si la ley dispone además que ese permiso sólo le podrá ser retirado por sufrir una tal condena, por conducir en estado de embriaguez, o por no pagar el derecho o patente respectivo, cada individuo que no se encuentra en ninguna de esas tres circunstancias, tiene derecho subjetivo negativo a que no le retiren el permiso. (Caso 3°.)

#### 4°) *Prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.*

Hay derecho reflejo cuando la administración debe abstenerse de violar lo dispuesto reglamentalmente por la ley con referencia a una pluralidad de individuos en forma concurrente.

Cuando la ley dispone, pues, la forma de hacer una licitación pública o un concurso, los licitantes o concursantes no tienen derechos subjetivos a que se cumplan los requisitos establecidos para la licitación o el concurso, por cuanto esa obligación negativa de la administración es debida en forma genérica y *no exclusiva a cada uno*; pero como la posibilidad de ganar la licitación o concurso constituye un interés personal y directo, tienen derechos reflejos.

En general, cuando la administración hace un nombramiento contrariando *expresas* disposiciones legales (por ejemplo, condiciones de edad, nacionalidad, diploma, etc.) en vigor, nadie tiene derecho subjetivo a impugnar el nombramiento; pero tienen derecho reflejo a hacerlo todos aquellos que ostentan un interés personal y directo, como puede ser el reunir los requisitos exigidos por la ley para dicho cargo y poder en consecuencia haber sido nombrados ellos mismos en lugar del otro, o ser otro funcionario al cual ese nombramiento ilegal perjudica creándole un competidor en su avance en la carrera.

Los jubilados o pensionados de una Caja de Previsión Social tiene derecho reflejo a impugnar cualquier jubilación o pensión ilegítimamente conferida por la Caja de que forman parte, pues la posibilidad de que ese acto contribuya a trastornar la estabilidad económica de la Caja constituye un interés personal y directo.

Estos casos en que una pluralidad de individuos puede pedir que se anule un acto ilegítimo son los más frecuentes de derecho reflejo, y son también aquellos en que se hace especialmente necesario el requisito de que el recurrente tenga un interés personal y directo en la anulación que pide, pues esa es la única forma de evitar que el recurso se transforme en acción popular.

20. En los cuatro casos cuyas reglas hemos considerado, se trata de facultades *regladas* de la administración; en cualquiera de los ejemplos, si faltara esa regulación, esa determinación *específica* de qué era lo que *debía* hacer la administración, no habría el derecho indicado. En los casos de prestación positiva (1°, 2°a 2°b), desaparecen tanto el derecho subjetivo como el derecho reflejo: I) Si la ley en lugar de *obligar* a la administración a realizar esa prestación, simplemente la *faculta*,

dándole la posibilidad de realizarla o no si lo considera oportuno, II) si la ley no aclara concretamente en qué consiste la prestación positiva que debía hacer la administración: Si la obliga a hacer escuelas, pero no aclara dónde; si la obliga a proveer cargos, pero no dice cuándo, etc. En los casos de prestación negativa (3º, 4º), si la ley faculta a la administración a dar y retirar permisos cuando lo considere oportuno, a realizar licitaciones y concursos con los requisitos que le parezcan convenientes, a nombrar agentes públicos sin necesidad de que éstos reúnan condición alguna, etc., es obvio que en esa dirección no se encontrará derecho subjetivo o reflejo alguno; pero puede haberlos, sin embargo, por causas distintas. (*Infra*, casos 5º y ss.)

Inversamente, es de destacar que la simple reglamentación e inclusive orden interna dirigida por el Estado a sus agentes ordenándoles realizar determinada actividad (lo que por interpretación técnica de dicho reglamento u orden sería exigible solamente por el Estado a su agente, y no sería exigible por el particular al agente o al Estado), se transforma automáticamente, en virtud del art. 1112 del Código Civil, *en obligación reglada del Estado frente a los particulares*,<sup>55</sup> y da lugar a derechos subjetivos cuando normalmente no habría ningún derecho.

21. Entramos ahora a considerar los casos de derechos subjetivos y reflejos en las facultades discrecionales de la administración.

##### 5º) *Límites concretos, prestación negativa e individualidad: Derecho subjetivo*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe una conducta negativa establecida en forma inversa o residual (*supra*, nº 13, ap. B y C), a un individuo determinado.

Están comprendidos aquí los casos en que la ley no ha reglado como debe ser la actividad administrativa (o como debe *no ser*), pero otra ley o la Constitución misma han dispuesto en qué situaciones es antijurídico interferir en una situación de hecho individual de un particular. Ejemplos: La ley autoriza a la administración a imponer multas y penalidades al concesionario de servicios públicos por causas que aprecia discrecionalmente la misma administración, pero el Código Penal dice en qué casos un particular puede sufrir penas privativas de la libertad: Luego, este individuo tiene derecho subjetivo negativo a que la administración no le imponga tales penas privativas de la libertad a pesar de la discrecionalidad indicada por la primera ley. Además, la Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad: Luego, la administración tampoco puede confiscarle sus bienes ni imponerle multas tan severas que afecten una parte sustancial del patrimonio del mismo, en relación con lo invertido en el servicio; a lo que el concesionario también tiene derecho subjetivo negativo, no obstante aquella discrecionalidad. Lo mismo sucede en el caso que la administración tenga facultades discrecionales

<sup>55</sup> GORDILLO, "La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado," en *Lecciones y Ensayos*, nº 14, p. 94, donde explicamos cómo funciona el artículo 1112 en este aspecto.

para imponer sanciones disciplinarias a sus agentes, o penas administrativas a los administrados;<sup>56</sup> es también el caso citado de la obra pública, que aunque producto del ejercicio de una facultad discrecional de la administración, viola un derecho subjetivo negativo de los particulares cuando daña inmuebles.

6°) *Límites concretos, prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.*

Habiendo un límite concreto establecido en el orden jurídico (por ejemplo, una prohibición de realizar determinados actos), la pretensión negativa de que la administración no lo viole, y concurrencia en lugar de individualidad, hay derecho reflejo. Así como el caso 5° se soluciona similarmente al 3°, dando lugar a un derecho subjetivo, el presente se soluciona igual al 4°, dando lugar a un derecho reflejo. No hay ninguna razón particular para exponerlo como un caso específico, pero lo hacemos para mayor simetría lógica del esquema.

En cuanto a las posibles prestaciones *positivas* que correspondería considerar con referencia a los “límites concretos,” recordamos aquí que no puede haber derechos subjetivos ni reflejos por la sencilla razón de que estamos considerando prohibiciones, limitaciones, y por lo tanto meras obligaciones de *no hacer*.

7°) *Límites relativos, prestación negativa e individualidad: Derecho reflejo.*

Hay derecho reflejo cuando la administración deba a un individuo determinado la prestación negativa de no abusar de sus facultades discrecionales.

Usamos los términos “abusar de sus facultades discrecionales” para referirnos a los casos en que el orden jurídico no ha preestablecido un requisito concreto que determine con certeza la juridicidad o antijuridicidad de su conducta, pero ha creado el principio de que a pesar de esa discrecionalidad las decisiones administrativas no deben ser *caprichosas o desviadas*. Lo primero significa que los actos administrativos deben tener alguna situación de hecho que los justifique, y no deberse al mero capricho del administrador. (Sería caprichosa, por ejemplo, la agravación de una sanción anterior sin existir hechos nuevos; el retiro de una autorización, por hechos ya conocidos al momento de acordarla, etc.) Lo segundo, que el administrador, además de cumplir con lo que objetivamente disponga la ley, debe actuar con la finalidad de cumplir el objetivo de la ley; si, pues, el sentimiento, deseo o finalidad del agente público está inspirado en la pasión política, la venganza o el favoritismo y no en realizar el fin de la ley, se dice que hay *desviación de poder* y el acto es nulo.<sup>57</sup>

Dado pues un caso en que el acto impugnado ha sido realizado dentro de la competencia del órgano, observando todas las formas prescriptas, y no cometiendo

<sup>56</sup> Sobre “policía” ver nota 48 y su remisión.

<sup>57</sup> Ampliar LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed., p. 373 y ss. Sobre el *capricho* (en Francia se habla de “*defaut de motif legal*”) ver WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 436 y ss.

ninguna violación formal de la ley<sup>58</sup> pero que constituye una decisión *caprichosa* o *desviada*, el particular afectado tiene un derecho reflejo a solicitar la anulación del acto. Aunque la pretensión sea detentada en carácter de exclusividad por un individuo determinado, no hay derecho subjetivo sino derecho reflejo.<sup>59</sup>

Ejemplo: Si la administración, en uso de facultades discrecionales y sin afectar el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, aplica al concesionario una multa moderada, pero viciada de desviación de poder (pues se la impone por venganza personal, o para zaherirlo, etc.); si revoca una concesión precaria (que como tal podía ser revocada en cualquier momento), pero con desviación de poder; si un Concejo Deliberante dicta una ordenanza diciendo: "Todos los sanatorios deben estar a tantos kilómetros de la Ciudad," y se prueba que en la ciudad sólo hay un sanatorio, y que pertenece a un adversario político; los dos casos de capricho citados. En todas estas situaciones hay *límites relativos* a la actividad administrativa, una prestación negativa que se exige, e individualidad: Corresponde el derecho reflejo.

8º) *Límites relativos, prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.*

Hay también derecho reflejo cuando la administración debe a una pluralidad de individuos en forma concurrente la prestación negativa de no abusar de sus facultades discrecionales.

El caso es similar al anterior, con la sola diferencia de que hay varios individuos afectados por el acto: Una sanción colectiva, la exigencia caprichosa o desviada a un grupo de administrados de que cumplan con determinados requisitos, etc. Ejemplo: La administración, en ejercicio de facultades discrecionales, exige a todo los comercios que instalen un aparato de higiene, seguridad, etc. *de una determinada marca*, y se advierte, lo que no es difícil, que el fin del acto es realizar un negociado con el fabricante respectivo, y no exclusivamente proteger la higiene o seguridad de la población.<sup>60</sup>

9º) *Límites relativos, prestación positiva, individualidad o concurrencia: Ningún derecho.*

No hay ningún derecho (salvo el interés simple de presentar denuncias) cuando la administración debe a uno o más individuos una prestación positiva no reglada.

El caso es simple, y la falta de regulación puede presentarse en dos formas: I) Ninguna norma jurídica dice concretamente *qué es* ese algo que la administración debe *dar* o *hacer*, y es por lo tanto absurdo pedir algo que no puede especificar, II) o la ley dice expresamente cuál es la prestación positiva a que se refiere, *pero*

<sup>58</sup>HAURIU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1933, 12ª ed., p. 442; doctrina uniforme.

<sup>59</sup>El fundamento lo expusimos *supra*, nº 13, ap. D.

<sup>60</sup>Entre nosotros, a falta de recurso objetivo, se lo anuló por violación de la libertad de comercio, lo que si bien no muy exacto, era necesario ante la notoria inmoralidad del acto.

*no obliga a la administración a realizarla*, sino que simplemente la faculta para ello, dejando librado a su criterio el efectuarla o no.

En este segundo aspecto del caso, que es el más común, no hay ningún derecho, mientras la administración se limite a no actuar; pero si la administración dicta un acto negando la prestación respectiva, puede atacársele a éste en caso de que estuviera viciado de *desviación de poder*. Esta posibilidad es *distinta* de la señalada *supra*, n° 16 y n° 19, ap. 2ª, pues allí se trataba de algo claramente establecido en la norma, que no se podía cumplir por la inaplicabilidad del recurso de anulación (faltando un acto que se negara a cumplir la ley), mientras que aquí *no se trata de argüir la violación concreta de un requisito legal*, sino sólo el capricho o la desviación con que la administración ha actuado en una determinada circunstancia; ello sólo es posible establecerlo en el caso concreto.

### V. Conclusión

22. Indicaremos ahora el método a seguir para usar el esquema ofrecido en el análisis de un caso dado. (Ver *supra*, n° 18.)

Para averiguar qué ubicación corresponde a una situación de hecho determinada y con ello qué derecho corresponde al particular, hay que analizar en primer término si la actividad administrativa *se halla reglada o no, directamente*, por alguna norma jurídica. (Ley, reglamento, ordenanza.) Es en ello donde debe ponerse mayor cuidado, pues es fácil incurrir en error. (Ver *supra*, n° 20.)

Si la actividad administrativa estuviera reglada, corresponderá ubicarse en el grupo "A," de los cuatro primeros casos, y analizar a continuación si se trata de una *prestación negativa o positiva* que se pretende de la administración. (*Supra*, n° 17 y n° 10.)

En el primer caso (prestación negativa) la averiguación de si se trata de una situación individual o concurrente soluciona la pregunta. (Casos 3° y 4°: Derecho subjetivo y reflejo, respectivamente.) En el segundo caso (prestación positiva) también, pero habrá que prestar atención a si se trata de una prestación positiva de tipo general (caso 2ª: Derecho reflejo), o de tipo individual: En esta última circunstancia puede haber tanto individualidad como concurrencia. (Casos 1° y 2°b: Derecho subjetivo y reflejo respectivamente.)

Si la actividad administrativa no estuviere reglada en forma directa, corresponderá dirigir la búsqueda hacia los cinco últimos casos (5° al 9°), y analizar primero si se ha violado un límite concreto (*supra*, n° 13, B y C) a las facultades discrecionales (caso 5°) o un límite relativo cual el de la desviación de poder, abuso o capricho.

En el caso del límite concreto, habiendo individualidad, corresponde el derecho subjetivo (caso 5°); habiendo concurrencia, el derecho reflejo. (Caso 6°.) En el caso del límite relativo, debe averiguarse si se trata de una *prestación positiva*

*o negativa:* En el primer caso no hay derecho alguno (caso 9°), y en el segundo, hay derecho reflejo tanto en el caso de que haya individualidad (caso 7°) como concurrencia. (Caso 8°)

#### *VI. Resumen final*

23. En resumen, los caracteres externos que tipifican al derecho subjetivo son dos:

*a)* La existencia de una norma jurídica que regule o limite concretamente cuál es la actividad debida. (*Supra*, pp. IADA-VI-5 y ss., IADA-VI-16 y ss., IADA-VI-30.)

*b)* La individualidad con que esa norma atribuya la protección jurídica a una persona determinada.

24. Por su parte, el derecho reflejo o interés legítimo no presenta una tipificación externa única, sino que existe en dos formas: Una común, que la denominamos así por ser la que más usualmente se presenta en la práctica, y una forma especial, a la que así llamaremos por la menor frecuencia con que cabe aplicarla.

La *forma común* de interés legítimo se tipifica con dos caracteres:

*a)* La existencia de una norma jurídica que regule o limite concretamente cuál es la actividad debida (en esto al igual que el derecho subjetivo);

*b)* la concurrencia de varios individuos en la exigencia de esa conducta (*supra*, p. IADA-VI-24), o sea, la ausencia de individualidad en la relación. (Y aquí está la diferencia entre este tipo de interés legítimo y el derecho subjetivo.)

25. La *forma especial* de interés legítimo se tipifica también con dos caracteres.

*a)* La ausencia de una regulación o limitación normativa concreta, y la existencia en cambio de un límite relativo, elástico (arbitrariedad, capricho, desviación de poder); en esto se diferencia este tipo de interés legítimo con el otro, y también con el derecho subjetivo.

*b)* Individualidad o concurrencia. (Puede indistintamente presentarse uno u otro elemento.)

26. En la forma común de interés legítimo, la diferencia entre el mismo y el derecho subjetivo está en la concurrencia, que aparece en el primero y falta en el segundo; en ambos hay regulación o limitación concreta.

En la forma especial de interés legítimo, la diferencia entre el mismo y el derecho subjetivo está en la ausencia de regulación o limitación concreta que aparece en el primero, frente a la existencia de regulación o limitación concreta que caracteriza al segundo; en ambos puede haber individualidad.

La diferencia entre la forma común y la forma especial de interés legítimo estriba en que en el primero hay regulación o limitación concreta y en el segundo no: Y que en el primero nunca hay individualidad, y en el segundo puede haberla.

El derecho subjetivo, por su parte, deja de presentarse, para ceder el paso al interés legítimo en sus dos tipos, toda vez que falte la individualidad o la regulación normativa concreta.

27. Y para expresarlo gráficamente:

	<i>Derecho subjetivo</i>	<i>Interés legítimo (forma común)</i>	<i>Interés legítimo (forma especial)</i>
Regulación o limitación concreta	sí	sí	—
Falta de regulación concreta	—	—	sí
Individualidad	sí	—	sí
Concurrencia (más interés personal y directo)	—	sí	sí







Tratado de Derecho  
Administrativo  
y obras selectas

TOMO 5

**Primera edición**

**Libro II**

**EL ACTO ADMINISTRATIVO**



# Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas

TOMO 5

Primera edición

Libro II

## EL ACTO ADMINISTRATIVO

(Noción. Nulidades. Vicios. Los actos de gobierno)

Prólogo del Dr.

JUAN FRANCISCO LINARES

1<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS

TOMO V

Libro II

EL ACTO ADMINISTRATIVO

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

Reimpresión como Libro II del *Tratado de derecho administrativo  
y obras selectas*, t. V, Buenos Aires, FDA, 2012

## Prólogo

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 mismo al diálogo entrecruzado con que la ciencia levanta lentamente la obra humana del saber sobre un modo humano de obrar. Dificilmente 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 incurrir en erudición baldía; 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.

### *A modo de introducción*

El acto administrativo es una de las instituciones fundamentales del derecho administrativo, y si acaso la más importante. Prácticamente todos los temas de derecho administrativo (por ejemplo servicios públicos, dominio público, poder de policía, contencioso administrativo, función pública, etc.), giran necesariamente alrededor de la teoría del acto administrativo, y es a ésta que deben recurrir para solucionar más de una cuestión decisiva. Es que la institución del acto administrativo cumple una función ordenadora y metodizadora dentro del derecho administrativo; es una especie de columna vertebral, un imprescindible nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia.

Además, desde el punto de vista práctico, el acto administrativo y los recursos existentes contra el mismo constituyen la temática de aplicación más frecuente y necesaria, tanto para el abogado como para el administrador en cuanto toman contacto con problemas de derecho administrativo.

Ahora bien, en el estado actual del derecho administrativo argentino y mundial, hemos creído innecesario insistir en algunas discusiones y principios ya suficientemente analizados por la doctrina existente, y hemos considerado en cambio que puede tratarse de continuar la obra realizada, en otros sentidos todavía no desarrollados plenamente. En ese aspecto, parécenos conveniente (salvo en el caso de los actos de gobierno, en el cual hemos vuelto a intentar un ataque frontal) realizar una tarea que complementa lo ya construido, antes de que se superponga a ello.

Esa tarea de complementación la encaramos aquí en tres direcciones: 1º) La explicación más detallada de qué es el acto administrativo y sobre todo, qué sentido tienen las controversias acerca de su noción; 2º) la formulación de una teoría de las nulidades del acto administrativo, que sea integral y en lo posible precisa; 3º) la presentación de indicaciones explícitas y concretas que puedan orientar en cada caso particular acerca de si el acto administrativo que se está analizando es o no inválido, y por qué.

Hemos querido, pues, por un lado tratar de transmitir al lector una comprensión integral del problema teórico debatido, y por el otro darle una herramienta de

trabajo que en los casos prácticos le permita determinar con alguna aproximación cuál es el vicio del acto considerado. Los dos primeros capítulos se ocupan de la teoría del acto de gobierno y de la noción de acto administrativo. El tratamiento del segundo tema, en particular, no es habitualmente muy extenso en cuanto a su fundamentación en las obras de derecho administrativo, y no es poco frecuente que se dé directamente una definición que luego el autor desarrolla, pero sin haber explicado antes cómo y por qué llegó a ella. Nos hemos apartado de ese criterio, en consecuencia, intentando explicar con el mayor detenimiento posible, el por qué de cada uno de los elementos de la noción de acto administrativo: Consideramos que sólo de esta forma, facilitando al lector una clara comprensión de la finalidad de cada debate y argumento al respecto, podrá éste lograr una asimilación efectiva y de síntesis del concepto final. Es decir, hemos querido evitar que el lector esté desorientado acerca de las finalidades que persigue la investigación y sea por ello un mero espectador de disquisiciones cuya verdadera razón u origen no alcanza a comprender ni puede, por ende, valorar o enjuiciar.

El capítulo tercero aborda un tema arduo y plagado de discrepancias doctrinarias: Aquí también hemos cuidado de explicar detalladamente que debe perseguir el estudio de las nulidades —pues de ello se trata—, y a qué se ciñen o deben ceñirse las discusiones; con esos presupuestos hemos tratado de elaborar una teoría de las nulidades para el derecho público argentino, tomando como punto de partida las elaboraciones jurisprudenciales en la materia.

El capítulo cuarto marca un distinto enfoque y contenido en relación al resto de la obra. Mientras que en los tres primeros capítulos hemos intentado delinear con rasgos amplios un esquema omnicompreensivo de la institución, aquí hemos querido efectuar un análisis concreto y minucioso de los vicios que pueden afectar al acto administrativo: En ello reside la finalidad práctica perseguida.

Si bien no podemos dejar de reconocer que es imposible indicar a priori con exactitud cuál es la nulidad que corresponde a un vicio determinado —porque al no haber regulación legislativa expresa, se trata siempre de una cuestión de apreciación fáctica, caso por caso— hemos pensado que, aún a riesgo de cometer errores, es necesario intentar una clasificación conjunta de los vicios y de las nulidades que les corresponden. Tenemos el firme convencimiento de que en la práctica es imprescindible contar con algún tipo de guía que pueda orientar al abogado o administrador, en principio al menos, acerca de cuál es el camino que debe seguir en la investigación concreta de un vicio del acto administrativo. Abrigamos la esperanza de que ello nos sirva de justificación por el intento, y paliativo por los errores.

A. G.

Buenos Aires, Julio de 1962.

## CAPÍTULO I

### SUPRESIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

#### SUMARIO

I. <i>Origen y evolución de los actos de gobierno</i> .....	EAA-I-1
1. Los diferentes conceptos de gobierno .....	EAA-I-1
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno .....	EAA-I-1
3. Gobierno y actos de gobierno .....	EAA-I-2
4. Teoría o hecho de los actos de gobierno .....	EAA-I-2
5. Origen de los actos de gobierno .....	EAA-I-3
6. La teoría del móvil político .....	EAA-I-3
7. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración ...	EAA-I-4
8. Insuficiencia de la distinción .....	EAA-I-5
9. Conclusión acerca del estado actual del problema en Francia .....	EAA-I-5
II. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la defensa en juicio</i> .....	EAA-I-6
10. En la Constitución nacional no hay excepciones a la garantía de la defensa en juicio .....	EAA-I-6
11. En qué consiste, en este aspecto, la defensa en juicio .....	EAA-I-7
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos ...	EAA-I-8
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad</i> .....	EAA-I-9
13. La garantía de constitucionalidad. Concepto .....	EAA-I-9
14. Estructura infraconstitucional del Estado .....	EAA-I-9
15. Sujeción del acto de gobierno a la Constitución .....	EAA-I-10
16. Falsa antítesis entre constitucionalidad del acto y revisión judicial del mismo .....	EAA-I-10
17. La constitucionalidad del acto no puede fundar la ausencia de recursos judiciales .....	EAA-I-11
18. La situación en nuestros tribunales: Conocen y resuelven de los recursos contra esos actos .....	EAA-I-11

19. Advertencia: El equivocado empleo del concepto de “revisión judicial” .....	EAA-I-11
20. Continuación .....	EAA-I-12
21. Diferencia entre “revisión judicial” y “anulación judicial del acto” .....	EAA-I-13
22. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles jurisdiccionalmente .....	EAA-I-14
23. Revisión judicial y límites constitucionales a la actividad del Poder Ejecutivo .....	EAA-I-14
24. Aplicación de esos límites por el juez .....	EAA-I-15
IV. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la legalidad</i> .....	EAA-I-15
25. La duda acerca de si la legislación es aplicable a ciertos actos del Poder Ejecutivo.....	EAA-I-15
26. Los actos de gobierno como ejecución directa de una disposición formal de la Constitución .....	EAA-I-15
27. Crítica. Dicho concepto no responde a la realidad jurisprudencial .....	EAA-I-16
28. El caso del nombramiento de magistrados de la Corte Suprema y su regulación legislativa .....	EAA-I-19
29. El requisito de la ciudadanía .....	EAA-I-19
30. El requisito de la renta anual .....	EAA-I-19
31. El caso del indulto: Su regulación legislativa .....	EAA-I-19
32. El caso del nombramiento de ministros plenipotenciarios y Encargados de negocios.....	EAA-I-20
33. El caso de la provisión de empleos militares de oficiales superiores .....	EAA-I-20
34. Conclusión: Las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo están ya en parte reguladas legislativamente, y pueden serlo más .....	EAA-I-20
35. Ubicación del problema de la regulación legislativa.....	EAA-I-20
36. Conclusión sobre los pretendidos actos de gobierno .....	EAA-I-21
V. <i>Los actos de gobierno ante la política</i> .....	EAA-I-22
37. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política.....	EAA-I-22
38. El principio de la irrevisibilidad judicial es contrario al interés público .....	EAA-I-23
39. Continuación .....	EAA-I-23
VI. <i>Conclusión</i> .....	EAA-I-24
40. Eliminación del nombre y la teoría de los actos de gobierno, y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos .....	EAA-I-24

## *Capítulo I*

# SUPRESIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

### *I. Origen y evolución de los actos de gobierno*

1. Gobierno, en su acepción más pura, designa el conjunto de los tres poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo. Ese es el sentido en que nuestra Constitución emplea el término, al tratar en la segunda parte, título primero, del “Gobierno Federal:” Sección primera, “Del Poder Legislativo,” Sección segunda, “Del Poder Ejecutivo;” Sección tercera, “Del Poder Judicial;” en igual sentido habla en el título segundo de los “Gobiernos de Provincia.”

Sin embargo, no todos los países tienen la misma terminología constitucional. En Francia, por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución de la V República (1958), siguiendo la ya vieja tradición francesa al respecto, llama “Gobierno” al gabinete ministerial.<sup>1</sup> Idéntico concepto encontramos en la Constitución alemana de 1949,<sup>2</sup> y en la Constitución austríaca.<sup>3</sup> En este concepto el *gobierno* es el conjunto *de los más altos órganos ejecutivos* del Estado.<sup>4</sup>

2. Los dos empleos señalados del vocablo, y particularmente el último, pertenecen a la teoría política y al derecho constitucional,<sup>5</sup> y deben ser cuidadosamente

<sup>1</sup> Ver traducción y notas de la Constitución francesa de 1958 en *Lecciones y Ensayos*, n° 10/11, Buenos Aires, 1959. p. 71 y ss.

<sup>2</sup> *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Constitución de la República Federal Alemana), art. 62. Ver SARTORIUS, CARL, *Verfassungs und Verwaltungsgesetze*, t. I, Munich y Berlín, 1959, § 66, p. 19.

<sup>3</sup> Citada por ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrechts*, Viena, 1954, p. 8.

<sup>4</sup> ANTONIOLLI, *op. loc. cit.*, Es aproximadamente el concepto que impuso MERKL, ADOLF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena y Berlín, 1927, p. 57: “Gobierno es la suma de las funciones administrativas que están ubicadas en el radio de acción más alto, es decir, en los órganos administrativos que son independientes de los demás órganos administrativos,” actualmente uniforme en la doctrina alemana y austríaca.

<sup>5</sup> Ver NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, II parte, t. 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln, 1955, p. 14 y ss.

distinguidos de una tercera acepción del término, que pertenece específicamente al derecho administrativo.

Es este tercer empleo de la palabra, se la hace designar a *ciertas actividades —y solamente ellas— del Poder Ejecutivo*. Se trata de la *teoría de los “actos de gobierno,”* nacida en Francia con referencia a un cierto tipo o conjunto de actos realizados por el Poder Ejecutivo (El “Gobierno” en el segundo sentido), y recogida nominalmente en nuestro país por obra de la jurisprudencia y de la doctrina.

En derecho administrativo, pues, el problema del llamado acto de gobierno debe entenderse sólo con referencia a ese conjunto de actos del Poder Ejecutivo.

3. Algunos autores relacionan el primer y tercer concepto, buscando ubicar a la *teoría del acto de gobierno* dentro del concepto constitucional —en el derecho argentino— de *Gobierno*.<sup>6</sup>

Sin embargo, dado que no consideramos que sea correcta la *teoría del acto de gobierno*, según lo intentaremos demostrar, no nos parece útil ni necesario buscarle ubicación alguna dentro de otras nociones.

Por ello debe tenerse presente que si bien “gobierno” es el total de los tres poderes del Estado, bajo el nombre de “actos de gobierno” se estudia una categoría de actos que son solamente del Poder Ejecutivo; a estos últimos nos vamos a referir aquí.

4. ¿Qué es la teoría del acto de gobierno? Más que teoría, es por ahora y en Francia *el hecho* de que los tribunales (tanto judiciales como contenciosoadministrativos) se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre ese número de actos que se designan con tal nombre. Si bien los tribunales fundan su decisión de no juzgar el acto en que el mismo es “acto de gobierno,” la única característica de éstos es que no son juzgados por los tribunales... Se trata como es evidente de un círculo vicioso y de una jurisprudencia carente de toda fundamentación legal o constitucional;<sup>7</sup> en otras palabras, la decisión del juez de no entender en la cuestión no parte de principios jurídicos sino de consideraciones políticas subjetivas: El juez considera que la importancia política del acto hace necesario que la administración goce de libertad frente a él, y por ello se inhibe de inter-

<sup>6</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1957, 5ª ed., p. 546; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 518; quienes conjuntamente con SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 402, siguen a RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed., p. 50. Estos autores dicen por ejemplo que un acto legislativo, en cuanto parte del gobierno en el sentido lato de la Constitución, es acto de gobierno: Pero tal afirmación, correcta en su formación, poco o nada tiene que ver con la teoría en análisis, a menos que se la quiera fundar a la misma en la idea de soberanía, cosa que por supuesto no corresponde. Ver al respecto nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 25.

<sup>7</sup> WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195.

venir, olvidando con ello que tales consideraciones son esencialmente extrañas a la función de un tribunal de justicia.<sup>8</sup>

Por tales razones es importante recordar el origen y la evolución de esta singular doctrina.

5. El consejo de Estado Francés, creación napoleónica, fue vivamente atacado por los liberales y ultra-derechistas con el retorno de los Bribones al poder y, ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa, el tribunal decidió prudentemente disminuir por sí mismo sus atribuciones, a fin de supervivir.<sup>9</sup>

En cumplimiento de este propósito, 1º) giró a los tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia, y 2º) a otras cuestiones las consideró “*irrecevables*,” es decir, no revisibles y ni siquiera receptibles por su parte: La acción o recurso era directamente rechazada mediante la interposición por parte de la administración de algo que se designó como “*fin de non recevoir*.”<sup>10</sup> Estas materias que el Consejo de Estado se negaba ahora a considerar y que tampoco enviaba a los tribunales judiciales, quedaban por tal causa huérfanas de todo control jurisdiccional, produciéndose así una denegación de justicia que con distintas variantes se prolonga hasta nuestros días;<sup>11</sup> éstos son los actos de gobierno.

6. Superada la primera dificultad, el Consejo de Estado francés empieza poco a poco a aumentar su control contencioso de la legalidad, introduciendo los recursos por desviación de poder y violación de la ley; “Pero para no comprometer el éxito de este desenvolvimiento, el Consejo de Estado se resigna a sacrificar algo para salvar el resto; al Gobierno, le concede todo un dominio en el cual por política jurisprudencial, entiende no penetrar,”<sup>12</sup> este dominio es elástico y se rige en cuanto a sus límites por el criterio del mismo poder administrador: Es acto no susceptible de revisión por el Consejo de Estado (acto de gobierno) todo acto que tiene un *móvil político*.

Así pudo DUFOR definir, en la época, que “lo que hace al acto de gobierno, es el fin que se propone su autor. El acto que tiene por fin defender la sociedad tomada en sí misma, o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos interiores o exteriores, reconocidos u ocultos, presentes o futuros, he ahí el acto de gobierno...”<sup>13</sup> De esta manera, todo acto administrativo podía en principio transformarse en acto de gobierno, con el sólo requisito de que tuviera un fin

<sup>8</sup> Desde luego, esto lo afirmamos con referencia a los países de sistema judicialista, y en particular el nuestro; pues en Francia el hecho de que el Consejo de Estado sea un tribunal administrativo justifica *en parte* su actitud.

<sup>9</sup> DUEZ, PAUL, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, p. 31.

<sup>10</sup> Algo así como una excepción perentoria a fin de que no se reciba siquiera el recurso, y no se le dé más trámite.

<sup>11</sup> WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195.

<sup>12</sup> DUEZ, *op. loc. cit.*

<sup>13</sup> Citado por DUEZ, *op. loc. cit.*

político; evidentemente, se trataba de una noción vaga y peligrosa, por prestarse notablemente a la arbitrariedad.

7. Al caer el régimen imperial y desarrollarse el espíritu de la legalidad, el acto de gobierno se presentaba como una pieza discordante en el derecho público francés.

La doctrina no pensó sin embargo en un comienzo, que el acto de gobierno fuera totalmente erróneo o condenable, sino que consideró que lo que estaba mal era que el mismo fuera fundamentado en el *fin político* del poder administrador. Se creyó que sólo era necesario suprimir ese criterio del *fin o móvil político* en cuanto medio de determinar qué actos escapaban al control jurisdiccional, y sustituirlo por otro más objetivo que restringiera el acto de gobierno a límites precisos y concediera de tal modo seguridad de protección tribunalicia a los demás casos.

Se intentó así determinar cuándo un acto era administrativo y cuándo de gobierno, fijando directivas *a priori* que señalaran una separación precisa destinada a evitar toda posible transformación de un simple acto administrativo en acto de gobierno, como sucedía primeramente. Ese intento condujo a la distinción entre gobierno y administración, distinción que, no obstante, es a su vez política, pues debe entroncarse con una diferenciación entre función gubernamental y función administrativa, considerando entonces a la primera como de mayor importancia política que la segunda; dominándola, y determinando la orientación general según la cual se cumplirá al última.<sup>14</sup> A pesar de ello constituye un avance sobre la doctrina del “móvil político,” *pues la distinción no la haría ya el mismo poder administrador con su motivación subjetiva del acto*, sino la doctrina o la jurisprudencia, objetivamente.

LAFERRIÈRE considera que “administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, cuidar las relaciones de los ciudadanos con la administración central o local y de las diversas administraciones entre ellas. Gobernar, es proveer a las necesidades de la sociedad política toda entera, velar por la observación de su constitución, el funcionamiento de los grandes poderes públicos, las relaciones del Estado con las potencias extranjeras, la seguridad interior y exterior.”<sup>15</sup> Para HAURIUO, gobernar es “solucionar los asuntos excepcionales y velar por los grandes intereses nacionales; administrar, es hacer los asuntos corrientes del público.” Según TEISSIER, “gobernar es exclusivamente... velar por el funcionamiento de los poderes públicos en las condiciones previstas por la constitución y asegurar las relaciones del Estado con las potencias extranjeras. Administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con el poder público y las diversas administraciones entre ellas.”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> DUEZ, *op. cit.*, p. 32.

<sup>15</sup> LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, París, 1906, t. II, 2ª ed., p. 32.

<sup>16</sup> TEISSIER, GEORGES, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 41.

8. Pero ya BEQUET observó que estas definiciones distan mucho de ser claras o útiles: “La delimitación de las atribuciones de las dos autoridades, así hecha, es más aparente que real... ¿Qué es en efecto, en administración, asegurar la aplicación diaria de las leyes? ¿Qué es velar por las relaciones de los ciudadanos con la administración central? ¿Qué es, en gobierno, proveer a la seguridad interior o exterior? Si el gobierno, para proveer a la seguridad interior, suprime la ejecución de una ley; si para proveer a la seguridad exterior suspende las relaciones de los ciudadanos con la administración central, realizará él un acto de administración o de gobierno?”<sup>17</sup>

9. La jurisprudencia francesa, que en 1872 abandonó la teoría del *móvil político* en cuanto fundamento del acto de gobierno, y que dijo entonces que “No son los motivos de la decisión de un funcionario los que imprimen a un acto su carácter esencial. Este carácter resulta de la naturaleza misma del acto, de su objeto”<sup>18</sup> —con la cual originó la distinción conceptual indicada—, no ha podido tener más éxito que la doctrina en precisar cuál es ese objeto del acto de gobierno; *no ha podido decir que es “gobierno” por oposición a “administración.”*

En otros términos, desechado el criterio del *fin político* para fundar la irrevisibilidad de este grupo de actos, e insuficiente la distinción conceptual entre gobierno y administración, la jurisprudencia comentada queda huérfana de toda fundamentación.

Esta comprobación, que no es nueva, no ha tenido por efecto producir el cambio de tal jurisprudencia; ésta se ha mantenido, desafiando toda lógica jurídica y refugiándose en el ámbito de lo político. Y ello ha obligado en Francia a llegar a la conclusión de que la irrevisibilidad de tales actos no es más que un hecho, como decíamos: El hecho de que los tribunales se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre un número determinado de actos que por tal causa se designan “de gobierno.”

Se ha abandonado entonces la distinción entre gobierno y administración como fundamento de una posible diferenciación en cuanto a régimen jurídico de los actos de órganos administrativos, pues es bien evidente, entre otras cosas, que la distinción es tan incierta y vaga que en la práctica no distingue nada.<sup>19</sup> Con carácter didáctico y general, solamente, se permite hoy la doctrina mencionar una posible diferencia entre “gobierno” y “administración.” Nadie pretende obtener de allí conclusiones dogmáticas, ni sustraer en base a ella alguna porción de la actividad del Poder Ejecutivo al debido control de la justicia; ello depende enteramente de una situación fáctica de jurisprudencia, cuyo fundamento, si es lo que tiene, no es jurídico.

<sup>17</sup> Citado por BRÉMOND, “Des actes de gouvernement,” en *Revue de Droit Public*, t. V, París, 1896, p. 23 y ss., p. 32.

<sup>18</sup> Así lo expresa el Comisario de Gobierno CHARDENET, en *Revue de Droit Public*, París, 1911, p. 674; DUEZ, p. 34.

<sup>19</sup> BONNARD, ROGER, *Précis de droit public et administratif*, París, 1948, p. 127.

Ya lo dice, en efecto, BONNARD: “Actualmente, la categoría de los actos de gobierno es mantenida. Pero no se ensaya más de dar una definición general. Se explica la inadmisibilidad del recurso por la necesidad, basada en razones de hecho, de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconveniente en dejar desarrollarse la cuestión.”<sup>20</sup>

Es ésta la posición que ya adelantó HAURIUO,<sup>21</sup> y parcialmente RIVET,<sup>22</sup> quienes introducen la que DUEZ llama la “concepción empírica del acto de gobierno,” y que consiste pura y simplemente en la exposición o detalle de los mismos;<sup>23</sup> acto de gobierno es “aquel que figura en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos.”<sup>24</sup>

## II. El acto de gobierno ante la garantía de la defensa en juicio

10. ¿Puede admitirse en el *derecho argentino* una categoría de actos del Poder Ejecutivo que no sean susceptibles de revisión judicial?

El sólo planteamiento de la cuestión conlleva su respuesta. Nuestro sistema constitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial al menos en la cual ventilar sus reclamos: Es un aspecto del requisito de la defensa en juicio, establecido en el artículo 10 de la Constitución, con el alcance de que “*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos,*” cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia.

Ese principio constitucional de tan clara formulación no es exceptuado en norma expresa constitucional alguna; a lo sumo se confieren ciertas facultades amplias al Poder Ejecutivo, *pero nunca se afirma en artículo alguno que el acto del Poder Ejecutivo en consideración esté exento de revisión judicial*. En consecuencia, por un elemental principio de lógica jurídica, si la regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla debe interpretarse restrictivamente y, al menos, figurar *expresamente* contemplada en las normas que fueren del caso. No existiendo esa expresa excepción constitucio-

<sup>20</sup> BONNARD, *op. cit.*, p. 127.

<sup>21</sup> HAURIUO, MAURICE, *Précis élémentaire de droit administraif*, París, 1938, p. 262.

<sup>22</sup> Comisario de Gobierno RIVET, en el fallo *Couïétas* (1923), en *Revue de Droit Public*, París, 1924, p. 86; DUEZ, p. 34.

<sup>23</sup> DUEZ, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentarie de Driot Administratif*, París, 1957, p. 229.

<sup>24</sup> HAURIUO, *op. loc. cit.* Esta es, a nuestro juicio, la opinión dominante en Francia. Existe, además, un posición que considera que el acto de gobierno es un falso problema, pues la irrevisibilidad del acto se explica, en los casos ofrecidos por la jurisprudencia, por el juego normal de las reglas del procedimiento contenciosoadministrativo, Así VIRALLY, “L’introuvable acte de gouvernement,” en *Revue de Droit Public*, París, 1952, p. 317; VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, 1961, p. 207 y ss. Según se verá más adelante, hay en esto una confusión acerca de qué es “revisión judicial,” ya que si por tal entendemos, como corresponde, la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia a fin de que declare el derecho en el caso concreto, *la negativa del juez a declarar el derecho* no es, en cuanto tal, justificada por las reglas del procedimiento judicial.

nal sino sólo vagas referencias a otras cuestiones, vanos son todos los esfuerzos mentales que quieran forzar un texto constitucional hacia el significado de que el mismo contenga en algún caso una excepción categórica al principio general.

Obsérvese que el principio general es claramente que debe haber “defensa en juicio de la persona y de los derechos;” una excepción, por ende, debe decir expresamente que “respecto a tal facultad del Poder Ejecutivo, no es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.” Al decir que la excepción debe ser expresa, por lo tanto, señalamos que se requiere que el artículo excepcional de que se trate hable de la misma cuestión acerca de la cual se quiere crear la excepción.”

Si el problema debatido es “revisibilidad jurisdiccional,” no es acertado sostener que la pretendida excepción esté hablando de fortísimas facultades del Poder Ejecutivo pero *no mencione para nada la revisión judicial*.<sup>25</sup>

Al no existir una tal excepción constitucional, corresponde así partir de la primera y terminante aseveración de que siempre debe haber oportunidad de ocurrir a una instancia judicial en procura de justicia, contra los actos del Poder Ejecutivo y demás órganos administrativos.<sup>26</sup>

11. Cabe aclarar que esto no significa que el tribunal tenga la obligación de anular o mirar con criterio rígido a los actos atacados: Quiere decir tan sólo que debe escuchar las pretensiones del recurrente, valorarlas, considerar luego la validez del acto, y decidir finalmente, si acaso, que el acto no estaba limitado por norma constitucional alguna, que era discrecional, y que es pues válido.

Esto puede verse con mayor claridad en un ejemplo algo absurdo. Supóngase que yo entienda que mi vecino no tiene derecho a pasar todos los días por la vereda de mi casa, y que instaure una demanda contra él a fin de que se le condene a no pasar más. El juez que vea esta demanda pensará seguramente que es un sinsentido, *pero no puede ordenar su devolución por Secretaría*. (Si cumplo con los requisitos procesales corrientes.) Tiene la obligación de darle curso, ordenar el traslado y escuchar lo que dice la contraparte, y más adelante, eventualmente, sentenciar en mi contra y condenarme en costas por lo infundado de mi petición. En tal hipótesis, yo no habré ganado el pleito, *pero obtuve defensa en juicio de mi persona y de mis derechos*. Por ello, defensa en juicio o revisión judicial no

<sup>25</sup> En el caso de ciertas actividades administrativas de los jueces y el Congreso, puede llegar a interpretarse una excepción, según se verá (*infra*, cap. II, n° 15), pero en el caso del Poder Ejecutivo ello no puede hacerse ante la disposición prohibitiva del artículo 95 de la Constitución, que cierra toda vía a las interpretaciones contrarias a la revisión judicial de todos sus actos. V. *infra*, p. EAA-II-8 y ss.

<sup>26</sup> Ver también, sobre el derecho de obtener protección jurisdiccional —entendiendo por tal la otorgada por jueces independientes y distintos de la administración— REAL, ALBERTO RAMÓN, “El «Estado de Derecho»,” en el libro de homenaje a Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 587 y ss., especialmente p. 601, y del mismo autor “La función Jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La Justicia Uruguaya*, tomo XVII, 1948, sección 2 (doctrina), p. 47 y ss., p. 51.

pueden ser confundidos con una *solución* determinada del caso: Anulación del acto de gobierno o prohibición de pasar por mi vereda; es tan sólo la posibilidad de que el juez analice y sopesa los argumentos; de hecho y de derecho que uno crea pertinente hacer sobre la cuestión, y que decida si ellos determinan o no la antijuricidad del acto atacado.

12. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha entendido uniformemente que no es requisito constitucional que haya *más de una instancia judicial*; pero sí ha reiterado que debe haber *una al menos*.<sup>27</sup>

Si, entonces, entendiéramos que en algún caso determinado el Poder Ejecutivo estuviera facultado para dictar una decisión respecto de la *cual no hubiera ya revisión judicial, estaríamos afirmando que el Poder Ejecutivo es una instancia judicial de que habla la Corte*; interpretación que choca contra la letra del artículo 95 de la Constitución: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”

Por lo demás, la misma Corte Suprema ha expuesto frecuentemente la regla de que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, en el sentido de que siempre debe haber, de las decisiones de órganos ejecutivos, “recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,”<sup>28</sup> y que a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente “con los derechos y garantías constitucionales.”<sup>29</sup>

Ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia “que la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que, desde luego, no es lícito trasgredir,” entre las que figura ante todo la que obliga a que el pronunciamiento “emanado de órganos administrativos quede sujeto a *control judicial suficiente*, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. (*Fallos*, 244: 548.)”<sup>30</sup> Y ha agregado por vía de principio general “Que una interpretación contraria no tendría cabida dentro del derecho argentino, en mérito a dos razones principales. Primeramente, porque el artículo 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. (*Fallos*, 193: 135; 209: 28; 246: 87, considerando 9°.) Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, *si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha*, como las leyes que el recurrente tacha de inválidas, *existe agravio constitucional originado en privación de justicia*. En efecto, ésta se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art. 18, *queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho*, sea que ello ocurra con

<sup>27</sup> CSJN, *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio José (Suc.)*, 1960, *Fallos*, 247: 646.

<sup>28</sup> CSJN, *Blas Freijomil*, 1943, *Fallos*, 195: 50.

<sup>29</sup> CSJN, *Fernández Arias*, 1960, *Fallos*, 247: 646, cit.

<sup>30</sup> *Fallos*, 247: 646, 656, considerando 13°.

motivo de situaciones contradictorias como la contemplada en *Fallos*, 193: 135 (en igual sentido: *Fallos*, 178: 333; 179: 202; 234: 382; 237: 285, etc.), o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa (*Fallos*, 234: 482), o bien —como acontece en la especie— a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial. (Doctrina de *fallos*, 129: 405, considerando 2º; 184: 162, considerando 3º; 205: 17, considerando 3º.) Puede afirmarse, por tanto, que, aun cuando el art. 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, *debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos*, siempre que estén en juego derechos, relaciones e intereses como los que aquí se debaten, los que de ningún modo pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios sin agravio constitucional reparable por la vía del art. 14 de la ley 48.”<sup>31</sup>

### III. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad

13. Ese es el principio general de nuestra Constitución, tal como acertadamente lo interpreta la Corte Suprema; y la jurisdicción omnicompreensiva de los tribunales federales surge con claridad del artículo 100 de la Constitución, cuando expresa que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y... de los asuntos en que la Nación sea parte.”

La norma del artículo 100 es fundamental: Los tribunales han sido encargados de resolver las contiendas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y ninguna contienda de índole constitucional o en la cual la Nación sea parte puede en consecuencia quedar ajena a su jurisdicción y competencia.

A ese respecto cabe ya hoy en día sentar la premisa de la existencia de una garantía genérica: *La garantía de la constitucionalidad* de todos los actos del poder público, hecha efectiva por los tribunales.<sup>32</sup> Esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; corresponde pues a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de la misma; lo que quiere decir que *deben siempre amparar el derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial acerca de la constitucionalidad de cualquier acto emanado de una autoridad pública en el Estado.*<sup>33</sup>

14. Ese principio surge, además, de todo el contexto y el espíritu de nuestro sistema constitucional. Así lo indican los lineamientos mismos de nuestra estructura estadual en la Constitución, de acuerdo a los cuales 1º) existe un orden jurídico básico, el constitucional, bajo cuyo imperio están creados en si-

<sup>31</sup> *Fallos*, 247: 646, 658, considerando 20º. El subrayado es nuestro.

<sup>32</sup> Vide SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, 1951, p. 1.

<sup>33</sup> Comp. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961, p. 120-1.

tuación de paridad y equiparación tanto los derechos del Estado como los de los individuos; 2º) el Estado es simplemente un sujeto de derecho más en el orden jurídico constitucional, obligado o facultado por los deberes y derechos que éste le concede, y en especial equilibrado en sus facultades legislativo-ejecutivas por los derechos individuales de los habitantes;<sup>34</sup> 3º) como ya lo señalaba ALBERDI, “La constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a si mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatorios, que son los tres podereres que integran el gobierno nacional.”<sup>35</sup>

Ubicado así el planteo de la estructura infraconstitucional del Estado, y su esencial sujeción ante la Constitución, no cabe sino formular nuevamente la terminante premisa de que todos los actos del Estado se hallan sujetos al orden jurídico constitucional —inclusive por supuesto los actos del Poder Ejecutivo en cualquier hipótesis concebible.<sup>36</sup>

15. Y entonces cabe repetir, con BERTHÉLEMY, que “De dos cosas una: O bien estas medidas están conformes a la ley (cabría que nosotros dijéramos la Constitución, en esta hipótesis y a esta altura de la argumentación), y entonces no vemos que haya de hacerse diferencia entre ellas y los actos de administración por los cuales se procura la ejecución de las leyes; o bien ellas no son conformes a la ley (la Constitución); entonces no vemos en ningún lado un principio de derecho que autorice al jefe del Estado a tomarlas, y, si ellas son tomadas, no vemos ninguna regla que pueda sustraerlas al recurso de anulación.”<sup>37</sup>

Es decir, no cabe sino razonar que el presunto acto de gobierno, en cuanto facultad del Poder Ejecutivo, está sujeto a la Constitución tal como también lo están las leyes al menos; y que si contraviene la Constitución es antijurídico; y que la función y el deber de los jueces es declarar tal ilegitimidad.

16. No corresponde tampoco decir, como BEQUET, que la razón de que el acto considerado sea irrevisible por los tribunales reside en que el mismo no causa un *daño antijurídico* a los individuos, en virtud de que la Constitución o las leyes autorizan ese proceder del Poder Ejecutivo.

En efecto, si fuera cierto que estos actos se hallan autorizados por disposiciones constitucionales o legales, y que por lo tanto son perfectamente jurídicos en cuanto se realizan dentro del marco previsto por tales disposiciones, *no habría razón alguna para rechazar el recurso jurisdiccional en base a que el acto es insusceptible de ser recurrido ante la justicia*: Habría que considerar el recurso y *resolverlo* (no rechazarlo de plano en forma negativa), fundando la decisión en

<sup>34</sup> Ampliar en nuestra *Introducción del Derecho Administrativo*, p. 16 y ss.

<sup>35</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos Póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

<sup>36</sup> BIDART CAMPOS, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>37</sup> BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 110. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

que el acto de que se recurre es, por ejemplo, perfectamente válido y se ejerció dentro del marco de las atribuciones pertinentes del Poder Ejecutivo. Esto es, a nuestro parecer, fundamental: *Si el acto de gobierno es un acto autorizado por el régimen jurídico positivo, lo que corresponde ineludiblemente es que los tribunales conozcan de los recursos contra el mismo*<sup>38</sup> *y los rechacen una vez comprobado que el acto es efectivamente un acto legítimo* —en caso de que así corresponda; en otros términos, que *juzguen efectivamente la constitucionalidad del acto impugnado*—.<sup>39</sup>

17. Cuando, en cambio, los tribunales rechazan la *posibilidad misma del recurso*, ello significa que hay algo más que una simple legitimidad del acto; o algo menos: Pero no es la legitimidad ni la constitucionalidad del acto lo que puede fundar con éxito la incompetencia voluntaria de los tribunales.

Y si ello no es así, no vemos qué puede serlo: Pues no será argumento valedero el que nos hable de razones políticas, cuando es tan claro que el sistema constitucional no las prevé ni las admite; ni será argumento serio el de la supraconstitucionalidad o de que la inconstitucionalidad no significa un vicio en un acto estatal:<sup>40</sup> Si algún juez se atreviera a hacer tamaña afirmación ello haría viable en verdad el juicio político contra el mismo.

18. Y si traemos a colación le del juicio político, no lo es en cuanto crítica a la jurisprudencia de nuestros tribunales. Pues cabe reconocerles que si bien usan una terminología desafortunada y tomada erróneamente de la doctrina francesa o norteamericana, y si bien hablan de “actos no justificables,” *no obstante conocen y resuelven de los recursos en los que se plantea la posible inconstitucionalidad o incluso ilegalidad de los actos que se dice son “irrevisibles jurisdiccionalmente.”*

En otros términos: Cumplidos los recaudos procesales comunes, nuestros tribunales *no rechazan liminarmente un recurso o demanda que pretenda obtener la declaración de inconstitucionalidad de un acto de gobierno*; estudian la cuestión en cuanto al fondo y resuelven en forma negativa el recurso. Es obviamente criticable la actuación judicial señalada, ya que casi nunca han declarado inconstitucional un acto de tal tipo, pero hay que reconocerle al menos que no ha cometido el acto extremo de lesa constitucionalidad de *rechazar un recurso sin estudiar si el acto atacado es constitucional o no*.

19. Para comprender esta afirmación, sin embargo, hay que analizar en un prisma particular las sentencias de los tribunales. Tomaremos aquí el caso de

<sup>38</sup> Conf. FIORINI, BARTOLOMÉ, *Proyecto de Código Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, 1960, p. 36-7, nota al artículo 6°.

<sup>39</sup> En sentido similar WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I.*, Munich y Berlín, 1961, 4ª ed., p. 247.

<sup>40</sup> “Toda evasión teórica encuentra su derrota en el engarce jurídico del artículo 31 de nuestra Constitución Nacional que predica la soberanía del orden normativo creado por ella misma.” FIORINI, *op. loc. cit.*

las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, que son el ejemplo típico en materia de actos presuntamente “no justiciables.”

La Corte Suprema expresa que las medidas dictadas en virtud del estado de sitio “son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a revisión judicial,”<sup>41</sup> ya “Que el modo cómo el P.E. ejercita facultades privativa, no está sujeto al contralor del Poder Judicial,... salvo las francas transgresiones a los límites que la Constitución le fija y en cuanto éstas puedan exigir el restablecimiento de derechos y garantías confiados a su función.”<sup>42</sup> Al haber la salvedad de que en ciertos casos el acto podrá ser “controlado,” el tribunal indica ya a pesar suyo que está hablando de “invalidación:” Es decir, que “en ciertos casos el acto podrá ser invalido.”

De otro modo la afirmación resultaría incomprensible: Si el tribunal efectivamente *controlara* (esto es, verificara, inspeccionara, revisara, etc.) algunos actos sí y otros no, entonces la elección tendría que hacerla por sorteo; a los actos que les corresponda un número par, por ejemplo, los va a estudiar (revisar, inspeccionar, controlar, analizar); y a los actos que les corresponda un número impar no los va a controlar. (Es decir, no los va a estudiar, no va a leer el recurso, ni abrir el expediente.)

Ello, desde luego, es absurdo. Todo surge de un vicio de lenguaje derivado de asignar al término “control” o “revisión” el significado figurado de “crítica,” “invalidación,” etc., en lugar del común y corriente de análisis, inspección, verificación, constatación.

El tribunal, pues, *controla* (revisa, analiza) siempre los actos recurridos, para determinar si en los mismos se dan o no los requisitos de excepción que darán lugar a la *invalidación* de ellos.

20. Todos los fallos dejan traslucir, no obstante el defectuoso empleo de la terminología, lo mismo. En el importante fallo *Sofía*,<sup>43</sup> la Corte Suprema ha dicho que “...el control de los actos de la naturaleza del que origina las presentes actuaciones es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así dicho control procedería:

a) Tratándose de la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación, si mediara trasgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental. Verbigracia, si el presidente de la república aplicara una pena o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para salir del territorio argentino, en circunstancias como las que motivaron los precedentes de *Fallos*, 170: 246 y 197: 483.

<sup>41</sup> *Fallos*, 243: 504, 514; 235: 681; 197: 483; 195: 439; 170: 246, etc.

<sup>42</sup> *Fallos*, 197: 483, 494, *García*, 1943.

<sup>43</sup> *Fallos*, 243: 504, 513 y ss., año 1959.

b) Respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los fines del art. 23.”

En este fallo el tribunal deja ya deslizarse el empleo correcto del término “control:” “...Conforme a lo expuesto, la misión de los jueces, en casos como el presente, debe reducirse al control de razonabilidad” (lug. cit., p. 519-20); es decir, que en todos los casos el tribunal controla si el acto es o no razonable: De igual manera, por lo tanto, controla si se dan o no las circunstancias de excepción que tornarían inválido el ejercicio de una facultad que en principio es discrecional —pero no irrevisible judicialmente—.

En efecto, si el control judicial no procede sino cuando se dan ciertas circunstancias de excepción en el acto del Poder Ejecutivo y en los hechos de la causa, *es obvio que el tribunal deberá, caso por caso, analizar si se dan o no esas circunstancias de excepción para poder decidir algo coherente.*

21. Ejercer el control o revisión judicial no significa anular el acto: Se trata de dos procesos distintos.

A) El primero, o sea el ejercicio del control, *se cumple toda vez que el juez estudia la causa* en base a sus conocimientos de derecho;

B) el segundo podrá producirse si luego de su estudio el juez llega a la conclusión de que el acto es inválido. Si el juez, en cambio, llega a la conclusión de que el acto es constitucional porque no se dan las circunstancias de excepción que lo viciarían, *ya ha ejercido igualmente el control judicial* aunque, como es lógico, no declare la invalidez del acto.<sup>44</sup>

Por control judicial debe pues entenderse simplemente *que el juez analice el caso que le es planteado* y que tenga facultades para eventualmente considerarlo antijurídico; que considere si el mismo se ajusta o no a derecho. Y bien, nuestros tribunales declaran que *analizan si se dan o no, en cada caso, las circunstancias de excepción mencionadas; ello significa ya que hay control judicial*, aunque el acto no sea anulado por considerarlo el tribunal como válido.

Lo que el tribunal debió decir en los casos reseñados, en consecuencia, no es que tales actos son en principio no justiciables, *sino que son en principio válidos, y que sólo serán inválidos cuando se den esas circunstancias de excepción mencionadas.*

Dicho de otra forma: La construcción que la Corte ha hecho respecto a las circunstancias excepcionales, y la razonabilidad, etc. NADA TIENE QUE VER CON LA POSIBILIDAD DE OCURRIR A LA JUSTICIA: *Ellas hacen pura y exclusivamente al dere-*

<sup>44</sup>Sumamente sugestivo es un párrafo del reciente fallo *Manubens Calvet*, 250: 251 (1961), en el cual la Corte Suprema expresa —prácticamente en el mismo sentido que lo sostenido en el texto—: “Que, por otra parte, en cuanto el apelante considera que las vías ordinarias a que el *a quo* lo remite para la dilucidación del caso le están vedadas, porque habiéndolas intentado, el resultado obtenido ha sido adverso a sus pretensiones, es obvio que no puede agraviarse por una efectiva privación de justicia, ya que la posibilidad de defender un derecho en juicio, como exigencia constitucional, no puede identificarse con el acogimiento de toda pretensión en él sustentada.” (Considerando 5º, p. 253.)

cho de fondo, al régimen jurídico por el cual se rigen tales actos en cuanto a su validez o invalidez. Y, repetimos, el tribunal incurre simplemente en un defecto expositivo, al decir que puesto que tales circunstancias no se dan, el acto es irrevisible; tal afirmación es inconducente, pues para poder afirmar tal cosa el tribunal ha debido ya revisar el acto.

Si el acto fuera verdaderamente irrevisible, el tribunal tendría que decir que no puede determinar si el acto es o no claramente irrazonable, y que tampoco puede decir si se da supuesto de excepción alguno, pues le está vedado controlar (revisar, analizar, estudiar) el acto y por lo tanto no se aboca al estudio de la causa.

Si, en cambio, el tribunal afirma que el acto *no es irrazonable*, y que no se ha producido una “*trasgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental*,” entonces es evidente que ha controlado el acto como era su deber hacerlo, y que el acto es perfectamente justiciable, en cuanto respecto a él el particular pudo hacer ante un tribunal de justicia “la defensa de la persona y de los derechos.” (Artículo 18, Constitución Nacional.)

22. Si bien, pues, el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo no es eficiente, y si bien los jueces son remisos en considerar violada la Constitución, y si bien usan términos política y jurídicamente repudiables, y si bien hacen referencia a instituciones o principios totalmente inconstitucionales, no obstante, al menos, no rechazan ningún recurso sin antes haber estudiado el caso, sin antes haber ejercido, en una palabra, su irrenunciable *jurisdictio* constitucional.

Debe así sostenerse, a pesar de todas las palabras que diga la jurisprudencia, que *en nuestro derecho positivo no hay, ni en el sistema constitucional ni en la práctica jurisprudencial, actos de gobierno*, pues ya vimos que actos de gobierno son aquellos cuya única característica definitoria es la irreversibilidad jurisdiccional, mientras que en nuestro país no existen en la justicia actos inatacables por recurso alguno; *puesto que de hecho no se admite que existan actos irrevisibles jurisdiccionalmente*.

23. Las afirmaciones precedentes tienden todas a señalar que nuestros jueces tienen jurisdicción amplia con respecto a los actos del Poder Ejecutivo: Nada decimos con ello acerca del régimen jurídico de fondo de tales actos.

En efecto, el que el juez tenga jurisdicción para entender de la juridicidad de un determinado acto del Poder Ejecutivo, no significa que el particular que provoca el ejercicio de tal jurisdicción tenga razones suficiente para que el acto de referencia sea necesariamente anulado: *Nuestra afirmación no adelanta nada en consecuencia acerca de si la Constitución contiene o no límite alguno para los actos del Poder Ejecutivo; pero sí expresa categóricamente que todo límite que exista habrá de ser efectivizado por el juez.*<sup>45</sup>

<sup>45</sup> En igual sentido, WOLFF, *op. cit.*, p. 247; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1953/4, 2ª ed., p. 656; NAWIASKY, *op. cit.*, t. 2, p. 16-7, y t. 3, *Staatsrechtslehre*, Ein-

24. Vanos son pues los argumentos que se hagan mostrando cómo tal o cual cláusula constitucional da una libertad determinada al Poder Ejecutivo, pues con ello no nos dicen sino que *en ese caso el juez no tendrá motivos para anular el acto*, y lo declarará válido, condenando en costas al recurrente.

La conclusión que obtenemos, por lo tanto, es que siempre tiene el presunto interesado al derecho de dirigirse a la justicia impetrando se declare la nulidad de un acto del Poder Ejecutivo; siempre tiene el juez el deber de entender de la causa, habilitando la instancia, dando traslado de la demanda, abriendo a prueba la causa cuando ello fuere oportuno, y finalmente dictando sentencia. Allí, en la sentencia, en el debido ejercicio de su irrenunciable potestad de juzgar la juridicidad de los actos estatales, el juez determinará si había o no limitaciones a la actividad del Poder Ejecutivo que éste no haya respetado en su actuación concreta; allí dirá, si corresponde, que el acto no ha transgredido ninguna disposición a él aplicable; y allí rechazará la demanda, y condenará en costas si es que el particular no tenía ni siquiera un asomo de razón o de justificación jurídica para entablar la demanda o recurso que presentó.

#### IV. El acto de gobierno ante la garantía de la legalidad

25. Hemos visto ya que todos los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los hipotéticos actos de gobierno, están sometidos al control judicial, y hemos indicado que el control judicial se ejerce en primer lugar sobre la constitucionalidad de estos actos.

Corresponde ahora analizar lo que es prácticamente el último reducto del acto de gobierno: La duda de si la legislación común le es aplicable a esta categoría de actos, y si el Congreso puede dictar leyes reglamentando su ejercicio.

26. La duda preindicada tiene su punto de partida en el concepto que diera DUCROCQ de “actos de gobierno:” Para este autor deber reconocerse el carácter de tales “*a los que son la ejecución directa de una disposición formal de la Constitución.*”<sup>46</sup> Si bien DUCROCQ no desarrolló su proposición de que el acto de gobierno sea la ejecución directa de una disposición formal de la Constitución, podría parecer que, entendiendo por ejecución directa aquella que no se hace a través de la ley, todos los actos que se puedan reunir en esa categoría diferirían de los actos administrativos.

Mientras que el principio que rige a los actos administrativos es el contenido en el artículo 86, inc. 2º de la Constitución y por otra parte pacífico en doctrina, en que deben respetar la ley, el “acto de gobierno,” o los actos que se agrupen bajo esa denominación, estarían desprovistos de esa característica fundamental. Se interpretaría así que en cuanto la Constitución ha atribuido directamente

<sup>46</sup>DUCROCQ, *Cours de Droit Administratif et de la législation française de finances*, t. I, París, 1897, 7ª ed., p. 88.

una determinada facultad al Poder Ejecutivo, ha dispuesto no supeditarla a la regulación legislativa, por lo que la misma escaparía al principio de la legalidad.

En este sentido sostiene DIEZ: “Entendemos que lo que hemos denominado actos políticos tienen una contextura especial. Mientras todas las actividades administrativas resultan de la ejecución de la ley y deben estar, en consecuencia, sometidas al principio de la legalidad, lo que caracteriza al acto de gobierno es la circunstancia de que se encuentra libre de la necesidad de una habilitación legislativa.” “De allí entonces que puede decirse que los actos políticos pueden considerarse, por lo menos en este sentido, como actividad independiente de las leyes.”<sup>47</sup> “Resulta ser de lo que antecede, que el órgano administrativo sube una grada en la pirámide jurídica al dictar el acto político y se coloca en situación similar a la del legislador. Ello en el sentido de que tanto el legislador, como el órgano administrativo al dictar actos políticos, proceden a ejecutar directamente la Constitución. Por ello el órgano legislativo no puede restringir las facultades que tiene el administrador de dictar los actos políticos, ni determinar por medio de normas generales o aún de prescripciones particulares, el uso que debe hacerse de ellas.”<sup>48</sup>

27. Pero este concepto no responde exactamente, ante todo, a la realidad jurisprudencial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó el caso *Bianchi*<sup>49</sup> el problema originado por el decreto-ley 1.285/58, que estableció los requisitos para ser miembro de los tribunales judiciales, reglamentando así la facultad conferida en forma directa y exclusiva al Poder Ejecutivo por una disposición constitucional expresa: El inciso 5° del art. 86. (“Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado.”) Si este acto, uno de los que se ha considerado de gobierno, fuera un acto sujeto a regulación legislativa, le ley mencionada sería inconstitucional en todas sus partes.

No ha sido ésa sin embargo la decisión de la Corte Suprema. Señala en primer lugar que por lo que respecta a las “tribunales inferiores” de que habla la Constitución, la reglamentación legislativa es *válida* (considerando 7°); y que en lo que hace a los jueces de la Corte Suprema hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 97 (y su correlativo, 47) de la Constitución, donde se establecen los requisitos para ser miembro de la Corte Suprema, es decir, se reglamenta la facultad del Poder Ejecutivo de designar tales magistrados.

En el supuesto concreto de magistrados de la Corte Suprema, el tribunal llegó a la conclusión de que el decreto-ley 1.285/58 *altera* los requisitos que la Constitución prescribe en los art. 97 y 47 (considerando 7°) y que por tal causa, para hacer una interpretación de la ley que concuerde con las disposiciones constitucionales,

<sup>47</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 528.

<sup>48</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 529. En sentido similar CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, México, 1948, p. 483.

<sup>49</sup> *Fallos*, 248: 398, año 1960.

debe entenderse que tal ley no se aplica a los magistrados de la Corte Suprema. (Considerando 8º, primera parte.) Si bien al terminar el considerando siguiente se afirma que “toda vez que las calidades de los miembros de ésta hállanse establecidas en la Ley Fundamental y representan, por tanto, una materia sustraída por el Poder Constituyente a la competencia del Poder Legislativo” —lo que daría idea de que el Congreso no puede reglamentar lo que la Constitución ya ha reglamentado, pero sí lo que sea discrecional dentro de ésta—, no cabe duda de que la decisión del tribunal se funda, no en tal circunstancia, sino en que la ley *altera* el sentido de la disposición constitucional de los artículos 97 y 47 —pero no del 86 inciso 5º—, y restringe en el caso irrazonablemente las facultades del Poder Ejecutivo.

Se trata, en suma, de un problema de apreciación que puede o no compartirse, según se considere o no que la ley es irrazonable al prohibir que sean miembros de una mismo tribunal colegiado parientes dentro del cuarto grado civil, y si ello altera o no, en el caso concreto, la facultad del Poder Ejecutivo. No se trata de que el Congreso no pueda reglamentar esas facultades que la Constitución confiere en forma directa e inmediata al Poder Ejecutivo. (Lo que sería genérico y tornaría inconstitucional *ipso iure* toda ley que de alguna forma refiera a las mismas), sino de que *no puede reglamentarlas irrazonablemente, ni puede alterar los requisitos que la Constitución ya ha establecido*. (Lo que es materia de análisis concreto en cada caso, de acuerdo al contenido y alcances de la ley.)

Ese otro principio es el que se aplica en todos los casos, y deriva de los criterios generales de constitucionalidad de las leyes; su aplicación al caso considerado de los actos de gobierno no sufre modificación conceptual alguna; no puede por ello construirse a su alrededor teoría alguna de actos de gobierno.

Piénsese por ejemplo en la hipótesis de que una ley prohíba ser miembros de la Corte Suprema a las personas que hayan sido declaradas “traidores a la patria.” Evidentemente, tal requisito no está previsto en los arts. 97 y 47 de la Constitución, pero ello no quita que el legislador esté facultado sin duda alguna para establecer esta restricción. No se trata tampoco de una distinción de requisitos positivos o negativos: El criterio para analizar la constitucionalidad de la ley es siempre el de la razonabilidad, y el de si altera o no el requisito que la Constitución pueda haber fijado.

Si la ley exige que los miembros del tribunal deben saber leer y escribir, no creemos que pueda discutirse seriamente la validez de la ley; en cambio, una ley que exigiera el conocimiento de varios idiomas, sería sí inconstitucional, pero ello en virtud de que es irrazonable creer que el criterio jurídico depende de la información a que se tiene acceso: La inconstitucionalidad de la ley surge pues de irracionalidad, no de que agregue un requisito a los que establece la Constitución.

También los requisitos concretos que la Constitución fija en este caso son susceptibles de regulación legislativa, e incluso en algunos casos están indirectamente legislados. Sabemos que tales requisitos son: a) Ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio; b) tener las calidades requeridas para ser senador, a saber: Tener la edad de treinta años; c) haber sido seis años ciudadano de la Nación; d), disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente; e) “ser natural de la provincia que lo elige, o con dos años de residencia inmediata en ella.”<sup>50</sup>

Cuando el Poder Ejecutivo deba proponer un nombramiento de magistrado de la Corte, y el tribunal considerar la validez del mismo, tendrán que determinar *qué es un abogado*, para aplicar la norma constitucional que lo exige. Parece obvio señalar que al efecto deberán atender a lo que hayan dispuesto las leyes respectivas; no podría pretenderse que una ley que establezca la organización universitaria y directa o indirectamente disponga qué se requiere para ser abogado, sería inconstitucional. En otros términos, el Congreso pudo perfectamente reglamentar esa norma constitucional, legislando qué es el título de “abogado” en nuestro país, y tanto el Poder Ejecutivo como los tribunales están obligados a acatar esa norma legislativa. Si la ley dice que puede expedir título profesional de abogado una universidad privada, no podría el tribunal negarle ese carácter; e inversamente, si la ley dijera que las universidades privadas no pueden expedir tales títulos, o que ellos no son el título a que se refiere la Constitución (como lo hace por ejemplo el decreto-ley citado, art. 6º: “...abogado graduado en Universidad Nacional...”), no podría el Poder Ejecutivo nombrar un magistrado que contara sólo con título expedido por tal universidad. *El hecho de que la Constitución haya reglado esta facultad del Poder Ejecutivo, no implica de ninguna manera, según se advierte, que el Poder Legislativo no pueda seguir legislando sobre el punto.*

Lo mismo puede decirse del requisito de tener “ocho años de ejercicio de la profesión.” No podría considerarse que fuera ajeno a la competencia legislativa reglamentar qué debe entenderse por “ejercicio de la profesión.” Si el Congreso dispusiera, por ejemplo, que para poder considerar que una persona ejerce la profesión de abogado, es necesario que la misma esté inscrita en la matrícula profesional respectiva o haya desempeñado un cargo que requiere tal título, tal ley sería perfectamente constitucional, y no podría el Poder Ejecutivo designar con acuerdo del Senado a un magistrado que como abogado nunca estuvo inscripto en la matrícula ni desempeñó un tal cargo; ni podrían los tribunales convalidar un tal nombramiento. Igual cosa corresponderá decir de una ley que disponga que los ocho años de ejercicio de la profesión deben ser continuos, y que en caso de ser discontinuos sólo se computará el tiempo de ejercicio efectivo, etc.

<sup>50</sup> Este requisito debe aquí entenderse como que debe ser natural del país, o con dos años de residencia inmediata en él.

28. La Constitución exige también que el magistrado de la Corte Suprema tenga treinta años de edad. Y los años de los miembros de la Corte Suprema también deben constarse de acuerdo al Código Civil: Si éste dijera que la edad se cuenta desde el nacimiento, no podría nadie decir que tal ley es inconstitucional o inaplicable al presente caso, y que el Poder Ejecutivo puede contar la edad de los magistrados que designa desde el momento de la gestación, o con posterioridad al nacimiento. Y a la inversa, si el Código Civil dijera que la edad se cuenta desde la gestación, no podría afirmarse que eso es inconstitucional —a menos que se diga que es irrazonable, con lo que nuevamente entramos en la teoría general y escapamos de toda teoría especial de gobierno.

29. La constitución dice también que deben haber sido seis años ciudadano de la Nación. Hay en el país leyes dictadas por el Congreso diciendo qué debe entenderse por ciudadano de la Nación, formas de obtener la ciudadanía, etc.

No puede, aquí tampoco, entenderse que el Congreso no pueda legislar tal materia también con referencia a los miembros de la Corte Suprema; y si de acuerdo a las leyes del país Fulano de Tal no es ciudadano argentino, no vemos cómo el Poder Ejecutivo podría invocar la Constitución para decir que a su criterio, *independiente de regulación legislativa*, Fulano de Tal sí es argentino, y que por lo tanto lo nombra como magistrado de la Corte Suprema. Si la ley adopta el *ius solis*, no podrían el Poder Ejecutivo o el tribunal entender que debe aplicarse, *por ejecución directa de la Constitución*, el *ius sanguinis*; parece de ello resultar que no es dable afirmar que estos actos del Poder Ejecutivo estén sujetos sólo a la Constitución.

30. Si una ley estableciera la equivalencia de los “pesos fuertes” de que habla la Constitución a la moneda actual, y dispusiera de tal forma cuál es actualmente la renta anual que se requiere para ser nombrado miembro de la Corte Suprema, tampoco aquí tal ley es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo decirlo o admitirlo el tribunal, que no obstante que el Congreso ha decidido que una renta anual de “dos mil pesos fuertes” equivale, por ejemplo, a doscientos mil pesos, él puede considerar que la ley es en ese aspecto violatoria de las disposiciones constitucionales respectivas y que una renta anual de dos mil pesos fuertes equivale a ciento setenta mil pesos... Eso sería una invasión de poderes, una extralimitación de facultades del Poder Ejecutivo, que el juez no puede dejar de sancionar con la nulidad del acto.

31. Tomemos otro ejemplo: *El indulto*. Dice el inciso 6º del artículo 86 que el Presidente de la Nación “Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.”

Pues bien: Cuando los tribunales tratan algún caso de indulto, interpretan el significado de los términos “pena,” “delito,” “jurisdicción federal” y aplican dichas

disposiciones *en base a la legislación*. Y no es inconstitucional ni en modo alguno inaplicable el Código Penal cuando establece qué son los delitos y las penas, o la ley 48 cuando define qué es la jurisdicción federal.

No creemos que pueda decirse que esto es materia vedada al Congreso, que escape a su competencia legislar acerca de estas facultades del Poder Ejecutivo, y que éste pueda *ex novo* y *ex inventione* ponerse en cada caso a determinar discrecionalmente qué es delito, qué es pena, qué es jurisdicción federal.

32. Y veamos al caso del inciso 10: El Poder Ejecutivo “Nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de Negocios, con acuerdo del Senado” Aquí también el Poder Ejecutivo y los tribunales deben recurrir a la ley de servicio exterior de la Nación para saber qué es un “ministro plenipotenciario” y qué es un “encargado de negocios;” y esa ley no es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo o el tribunal interpretar, contra lo que dispone el Congreso, qué es un ministro plenipotenciario o un encargado de negocios en el sentido de la Constitución.

33. Y veamos otro ejemplo. Según el inciso 16° del mismo artículo 86 el Poder Ejecutivo “provee los empleos militares de la Nación: Con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores del Ejército y Armada.”

Es obvio señalar que la determinación de qué es “Ejército,” “Armada,” “empleos militares,” “grados,” “oficiales superiores,” no está conferida al Poder Ejecutivo, sino a la ley; de donde, nuevamente, surge que el hecho de que la Constitución haya dado en forma directa una facultad determinada al Poder Ejecutivo no significa que la misma no esté también sujeta a la legislación.

34. En definitiva, todo esto nos demuestra:

1°) Que de hecho ya toda una legislación que necesariamente se aplica en una u otra oportunidad a las facultades concedidas “directamente” por la Constitución al Poder Ejecutivo, sin que nunca se haya cuestionado su constitucionalidad, ni, confiamos, nunca se llegue a cuestionar; *por lo que debe anotarse que estas facultades ESTÁN AL PRESENTE SUJETAS A LEGISLACIÓN*; con lo que el concepto señalado no responde al contenido de la jurisprudencia y de la legislación imperante.

2°) Que *el Congreso tiene todavía un amplio margen para legislar acerca de las facultades que la Constitución le confiere directamente al Poder Ejecutivo*, y que todas esas posibles leyes que hemos reseñado no podrían bajo ningún aspecto ser consideradas como que exceden la competencia constitucional del Congreso.

35. En verdad, en todo esto se ha cometido una confusión. Se ha advertido que la Constitución confiere cierta libertad al Poder Ejecutivo; se ha pensado entonces en la posibilidad de que una ley lo ate totalmente, no dejándole ninguna

libertad de acción; y se ha concluido en que tal ley sería inconstitucional: Sobre eso se ha construido la idea de los actos de gobierno.

Repetimos, ello importa una confusión: El que una ley de ese tipo sea inconstitucional deriva simplemente de que reglamenta *irrazonablemente* la Constitución; su vicio, en consecuencia, se basa en los principios generales aplicables a cualquier ley del Congreso y no a teoría especial de gobierno alguno.

Y ello es el criterio de acuerdo al cual debe encararse el problema todo de la reglamentación legislativa de facultades del Poder Ejecutivo: Tal legislación será constitucional siempre que no modifique ni altere ninguna disposición constitucional expresa, ni sea de otro modo irrazonable.

En tal sentido, señala HUBER que el legislador tiene a su mano la decisión acerca de si dará discrecionalidad a los órganos supremos de la administración para actuar sobre las cuestiones que estime fundamentales a la existencia del país, o si en cambio los sujetará a regulación legal;<sup>51</sup> NAWIASKY por su parte indica que “ciertamente que su actividad está sujeta, en todas estas direcciones, a las leyes existentes,” y añade que a lo sumo podría encontrarse una ausencia de leyes detalladas sobre ciertos actos del Poder Ejecutivo: Ausencia que está derivada de la política legislativa, nada más.<sup>52</sup> En igual sentido expresa WOLFF que el gobierno no es actividad libre de la legislación, sino *sometida* a ella, y que si el Poder Ejecutivo o Gobierno puede jurídicamente tener alguna libertad para actuar ello es sólo gracias a que su influencia en el Parlamento le permite obtenerla en algunos casos.<sup>53</sup>

Y ello nos lleva tal vez al nudo del problema: En toda esta cuestión, como en tantas otras, se está tratando un problema cuyo objeto en la vida diaria es de índole política; pero eso no significa que el problema sea político; si ha de ser resuelto interpretando normas de la Constitución, es y seguirá siendo, en ese aspecto, un problema jurídico. “El origen del error reside en que a veces se consideran a las controversias constitucionales —esto es, controversias que deben decidirse según las normas de la Constitución—, no desde el punto de vista del *jurista*, si no desde el punto de vista del *político*, y que entonces se mezclan ambas actitudes.”<sup>54</sup>

Consideramos en definitiva, con NAWIASKY, que tal vez desde un punto socio-lógico-político pueda hacerse una diferencia entre el gobierno y las demás partes de la actividad estatal; pero que bajo un aspecto puramente jurídico, todas las facultades del Poder Ejecutivo son ejecución de la Constitución y de las leyes;<sup>55</sup> por lo tanto, administración.

36. Por ello, cuando se deba analizar alguna facultad reglada o discrecional concedida al Poder Ejecutivo en forma directa e inmediata por una disposición

<sup>51</sup> HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 656.

<sup>52</sup> NAWIASKY, *op. cit.*, II parte, t. 2, p. 16-7.

<sup>53</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 66 y 247.

<sup>54</sup> Lo dice SPANNER, *op. cit.*, p. 46, con criterio general.

<sup>55</sup> NAWIASKY, HANS, *op. cit.*, t. 3, *Staatsrechtslehre*, Einsiedeln, 1956. p. 78-9.

constitucional expresa, debe partirse del principio de que tal facultad no está libre de regulación legislativa: Que no se trata de actividades en un plano de igualdad con la ley, sino de subordinación; y que el espíritu de la Constitución no es de ninguna manera que el Poder Ejecutivo se transforme en su propio legislador.

El principio, pues, es que tal facultad está sometida a las leyes, y que por lo tanto las leyes que al respecto se dicten están dentro de la competencia constitucional del Congreso, y que la posible inconstitucionalidad de éstas se rige por los principios generales; su inconstitucionalidad podrá derivar entonces de que modifiquen algún requisito constitucional, o lo interpreten irrazonablemente, o alteren los derechos individuales de los habitantes, pero no de que legislen sobre la actividad del Poder Ejecutivo en ciertos y determinados asuntos de “gobierno.”

#### V. Los actos de gobierno ante la política

37. Finalmente, no podemos dejar de mencionar la dolorosa circunstancia de que, no obstante las experiencias totalitarias por las que ha atravesado y atraviesa el mundo, haya siempre algún número de personas de buena fe que sostienen la *convivencia política* de que exista una categoría de actos de gobierno respecto de los cuales le sea vedado al juez declarar el derecho (o le sea vedado declararlo salvo casos excepcionales) y al legislador dictar normas jurídicas.

El error político más grave lo cometen, desde luego, los jueces que así lo consideren. Cuando el juez se inhibe de intervenir por considerar que, tratándose de una cuestión política, es extraño a su función entender de ello, adopta una grave decisión. En efecto, el juez no advierte que al inhibirse de intervenir *está tomando él mismo una tremenda decisión política* que no está autorizado a hacer; pues decir que un acto político es no justiciable, ES DECIR QUE EL JUEZ CONSIDERA COMO POLÍTICAMENTE DESEABLE LA LIBERTAD DEL ADMINISTRADOR: Ello es, precisamente, *inmiscuirse en la política*, pretendiendo alterar el *juego normal institucional de los poderes*;<sup>56</sup> ésa y no otra es la intervención política que los jueces no están autorizados a hacer.

Si un juez entiende que él no debe adentrarse en materias políticas, y que la política es ajena a su función y a sus conocimientos, debe entonces precisamente, *limitarse a analizar normas jurídicas*, y resolver de acuerdo a ellas; y dado que las normas jurídicas no le autorizan a resignar su jurisdicción, y a que el orden jurídico todo le está diciendo de la sujeción de todos los actos estatales al mismo, el juez debe, para abstenerse de intervenir en política, *decidir jurídicamente la cuestión política*. Esa es la única forma en que el juez podrá decir que no se ha inmiscuido en la política del Poder Ejecutivo. Si el juez en cambio se abstiene de decidir, de aplicar el orden jurídico al acto político impugnado, se está lavando

<sup>56</sup>O sea, pretendiendo alterar la estructura del orden jurídico, que por su carácter pleno no admite la existencia de acto alguno exento de contralor de la ley y del juez.

las manos como Poncio Pilatos: O sea, se está comprometiendo, por asentimiento tácito, con la decisión política adoptada por el Gobierno.

38. Por lo demás, es también un error creer que se beneficia en algo a la comunidad o al Estado con darle ese margen de libertad.

Como señala RADBRUCH, no puede concebirse al interés público como una mera convivencia material: El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores “seguridad” y “conveniencia” sino también, y primordialmente, el valor “justicia.” “En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que el pueblo aprovecha», sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.”<sup>57</sup>

Por ello es una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de un individuo; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad, se destruye también al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa.

En consecuencia, es necesario advertir que el interés público estatal está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que “conviene” a la administración o al Estado, en caso de ser “injusto,” no es un auténtico “interés público;” el interés público —conveniencia, cuando es antepuesto erróneamente al interés público-justicia, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso la misma conveniencia material.<sup>58</sup>

39. En sentido similar expresa HUBER: “Los actos de gobierno están sometidos al control judicial cuando surge del derecho constitucional o de las leyes que son actos regulados jurídicamente... También cuando son actos discrecionales, por otra parte, están sometidos al control judicial, en la medida en que la discrecionalidad ha sido ejercida defectuosamente; o sea, cuando se produce una desviación o un exceso de poder. No sería por nada legítimable declinar el control judicial de los defectos de discrecionalidad en los actos de gobierno en base a la «razón de Estado.» Ya que un vicio en la discrecionalidad pesa doblemente cuando emerge de los órganos estatales supremos, en el campo del propio poder de gobierno. Cada desviación y cada exceso del poder discrecional que está confiado a las autoridades gubernamentales para la salvaguardia de la existencia estatal, no solamente es una grave violación del derecho, sino que

<sup>57</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, Buenos Aires, 1962, traducción de M. I. AZARETTO DE VÁSQUEZ, p. 36. Sobre el problema, ver también GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, 1958, e *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1962, 2º ed., p. 149 y ss., p. 374.

<sup>58</sup> Sobre el concepto de “interés Público” ver también GORDILLO, *Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos*, n° 16-19, en *LL*, 106: 1187 y ss.

conmueve también la autoridad del gobierno y hace peligrar la consistencia del poder estatal. Precisamente la razón del Estado exige en consecuencia que en tales casos los límites de la discrecionalidad del gobiernos sean salvaguardados a través del control judicial.”<sup>59</sup>

#### VI. Conclusión

40. En resumen, podemos afirmar que en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno: 1º) Porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los artículos 18 y 100 de la Constitución, y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre estos actos; 2º) porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos no sólo a la Constitución sino también a la legislación, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, y porque de hecho existen variadas leyes que se aplican directa o indirectamente a todos esos actos, y han sido declaradas constitucionales.

Por ello, debe eliminarse del lenguaje y la técnica jurídica el nombre y la teoría del “gobierno” o los “actos de gobierno,” “actos políticos,” “actos no justiciables,” etc., porque no responde a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico.

Es, a lo sumo, un exponente más de la deficiencia de la legislación, de los abusos del Poder Ejecutivo, y de la insuficiente protección jurisdiccional de que padecemos en varios órdenes de la actividad estatal. Lo que se quiere designar como “gobierno” no es sino una parte más de la función administrativa, y allí debe ser subsumido; el que sea deficientemente controlado por las leyes y los tribunales no lo distingue ciertamente del resto de la actividad administrativa, pues ella participa también de la misma característica...

<sup>59</sup> HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 657.

## CAPÍTULO II

### LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Finalidad de la noción</i> .....	EAA-II-1
1. No existe un concepto legal de acto administrativo.....	EAA-II-1
2. La noción a ofrecer debe realizar una función metodizadora dentro de los principios del derecho administrativo, y no puede ser <i>a priori</i> sino que debe estar determinada por la experiencia.....	EAA-II-1
3. Análisis de la experiencia. Excesos de simplicidad .....	EAA-II-2
4. Continuación. Excesos de minuciosidad.....	EAA-II-2
5. El criterio debe ser la selección de los principales aspectos del régimen jurídico del derecho administrativo, para que éstos determinen la noción buscada .....	EAA-II-2
II. <i>El acto administrativo como producto de la función administrativa</i> .....	EAA-II-3
6. La jurisdicción contenciosoadministrativa no puede tenerse en cuenta para obtener la noción de acto administrativo .....	EAA-II-3
7. La actuación de órganos administrativos tampoco puede ser tomada como base de la noción.....	EAA-II-4
8. El choque entre los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa .....	EAA-II-4
9. Idéntica oposición de criterios en el acto administrativo. Comparación de ambas oposiciones.....	EAA-II-4
10. Contradicción de algunas posiciones. Crítica del concepto orgánico o subjetivo .....	EAA-II-5
11. Continuación de la crítica .....	EAA-II-6
12. Supresión del criterio puramente orgánico o subjetivo .....	EAA-II-6
13. Remisión parcial del concepto de acto administrativo a la	

noción de función administrativa .....	EAA-II-7
14. Noción de función administrativa.....	EAA-II-7
15. Función administrativa, función jurisdiccional y defensa en juicio .....	EAA-II-8
III. <i>El acto administrativo como declaración</i> .....	EAA-II-9
16. El acto como manifestación de voluntad .....	EAA-II-9
17. Crítica.....	EAA-II-9
18. El acto como declaración .....	EAA-II-10
19. Continuación. Deferencia entre acto y hecho administrativo ..	EAA-II-10
20. Continuación.....	EAA-II-11
IV. <i>Acto administrativo y acto de derecho privado</i> .....	EAA-II-12
21. El ejercicio de una potestad pública en el acto administra- tivo .....	EAA-II-12
22. El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto ni a los más importantes.....	EAA-II-12
23. Continuación. El caso de las locaciones.....	EAA-II-14
24. Conclusión. La administración nunca dicta “actos de derecho privado” .....	EAA-II-14
V. <i>Acto administrativo y acto de gobierno</i> .....	EAA-II-14
25. Remisión.....	EAA-II-14
VI. <i>El acto administrativo en cuanto acto unilateral e individual</i> .....	EAA-II-15
26. Qué debe tenerse en cuenta al decidir si la noción de acto administrativo comprende o no a los reglamentos y contratos administrativos.....	EAA-II-15
27. Continuación. Existe un régimen jurídico diferente entre los actos unilaterales y bilaterales, e individuales y generales.....	EAA-II-16
28. El error de considerar que esto constituye un problema lógico que pueda ser resuelto <i>a priori</i> , y no una mera cuestión pragmática .....	EAA-II-16
29. Alcances de la exclusión de los reglamentos y contratos de la noción de acto administrativo.....	EAA-II-17
30. Mayor comodidad y precisión de este concepto restringido.....	EAA-II-17
31. Acerca de las diferencias entre el acto administrativo unilate- ral y los contratos .....	EAA-II-17
32. Principales diferencias de régimen jurídico entre los actos administrativos individuales y los reglamentos .....	EAA-II-18
33. Conclusión.....	EAA-II-19
VII. <i>El acto administrativo en cuanto productor de efectos jurídicos</i> . EAA-II-19	
34. Es imprescindible aclarar que el acto administrativo es una	

declaración que produce efectos <i>jurídicos</i> .....	EAA-II-19
35. Pero no corresponde decir que es una declaración “destinada a producir” efectos jurídicos .....	EAA-II-20
36. Los efectos jurídicos deben ser directos, inmediatos .....	EAA-II-20
37. Los actos de contralor también son actos administrativos.....	EAA-II-21
VIII. <i>Noción de acto administrativo</i> .....	EAA-II-22
38. Noción final. Explicación somera.....	EAA-II-22



## Capítulo II

# LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

### I. Finalidad de la noción

1. Antes de entrar a analizar cuáles son o deben ser los elementos de la noción de acto administrativo, es imprescindible aclarar por qué se quiere dar una noción de acto administrativo, qué finalidad se entiende perseguir con el concepto a obtenerse, y qué consecuencias jurídicas emergerán según se adopte una noción amplia o restringida.

Es de destacar que mientras la legislación civil ofrece una definición del “acto jurídico” —lo que torna allí innecesaria esta problemática—, en la legislación administrativa falta un concepto positivo de “acto administrativo.” Ello nos da un punto de partida más amplio, pero al mismo tiempo un camino más difícil.

2. Corresponde ante todo indicar que la noción de “acto administrativo,” puesto que naturalmente será una contrapartida de la noción de “acto jurídico” del derecho privado, estará limitada al derecho público; y más específicamente al derecho administrativo.

En este primer planteo surge ya que la noción de acto administrativo estará destinada a explicar una serie de casos en que el derecho administrativo resulta de aplicación; o sea, será una noción científica que sirva para la aplicación a la vida empírica de las normas jurídicas del derecho administrativo.

Dícese entonces que si se toman todas las actividades administrativas no se podrá reunir las, por su amplitud, en una noción práctica y fructífera;<sup>1</sup> y que “puesto que el acto administrativo como noción jurídica tiene que realizar una tarea de metodización dentro del derecho,” es necesario delimitarlo y despojarlo de elementos que dificultarían esa metodización.<sup>2</sup> La noción *no es pues* “*a priori*,”

<sup>1</sup> BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bressgau, 1956, 2ª ed., p. 95, ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 195.

<sup>2</sup> BENDER, *op. cit.*, p. 95.

sino que constituye *un concepto fundado en la experiencia y determinado por el fin que con él se quiere llenar*.<sup>3</sup>

3. ¿Qué nos dice la experiencia? Según sean las normas y las instituciones y principios del derecho administrativo, así será la noción de acto administrativo. Supongamos por ejemplo que el orden jurídico establezca en esta materia una serie de principios generales referidos constantemente a “actos” y “hechos;” y que dentro de los “actos” y “hechos” no establezca diferencias dignas de mayor apreciación.

En esta hipótesis, la noción de acto administrativo sólo deberá tender a establecer esa mera distinción entre actos y hechos regidos por el derecho administrativo, y pulir si se quiere sus aristas, pero no restringir el concepto para que abarque menos casos que los señalados: Todo lo que no sea “hecho,” será “acto administrativo.”

Esa hipótesis, evidentemente, es falsa: El derecho administrativo no tiene esa simplicidad de principios, y por ende esa simplicidad de concepto es insuficiente para explicar la aplicación de dicho régimen jurídico a la vida empírica.

4. Aún en un planteo hipotético, es posible también ir al otro extremo en la gama de posibilidades: Afirmar que las peculiaridades que tiene el derecho administrativo en su aplicación a la experiencia son tantas que no puede darse una noción que las explique a todas; que es necesario, por ejemplo, crear una serie de nociones diversas, una sola de las cuales podrá denominarse “acto administrativo.” Aquella que parezca reunir un mayor número de datos.

Este planteo también es errado, pues al ubicar y exponer *todas* las peculiaridades del derecho administrativo en su aplicación, se desemboca inevitablemente en un casuismo teórico que hará imposible toda sistematización.

5. Obviamente, la solución está en el término medio: Deben analizarse *los principales aspectos del régimen jurídico* del derecho administrativo en su aplicación práctica, y sólo en base a ellos plantearse la posibilidad de dar o no una noción que los abarque a todos.

*El seleccionar esos aspectos jurídicos primordiales es lo que va a determinar la noción de acto administrativo:* Si se toman pocos, se dará una noción amplia; si se toman muchos, deberá necesariamente hacerse varias nociones, ante la imposibilidad de que una sola abarque todas las particularidades tomadas. Se trata de un problema de valoración, y debe tratar de evitarse estos dos extremos —ahora ya más razonables—, y dar una noción que:

<sup>3</sup>BENDER, *op. cit.*, p. 96. En igual sentido FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 280: “... El acto administrativo es un concepto empírico, fundado en la experiencia, no un concepto apriorístico que pudiera inferirse de consideraciones abstractas. Cumple una función heurística y metodológica y en su expresión concreta se halla determinado por el fin que debe cumplir en el marco del sistema jurídico-administrativo.” Este criterio teleológico fue propugnado inicialmente por E. VON HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes*, 1931, 2ª ed.; entre nosotros lo sigue DIEZ, *op. cit.*, p. 102 y ss.

1º) Tome el mayor número posible de principios jurídicos fundamentales del derecho administrativo;

2º) procure que los datos importantes que no toma en cuenta *puedan ser institucionalizados y reunidos en otros conceptos*, para que, entre éstos y aquél expliquen cabalmente la aplicación de dichos principios fundamentales del derecho administrativo;

3º) deseche los datos contingentes y variables, no incluyéndolos en la noción de acto administrativo ni comprendiéndolos en otra noción importante.

Al mismo tiempo, cabe señalar que los principios jurídicos que deben tomarse en cuenta e intentar explicar con la noción de “actos administrativo” deben ser *definidos, estables y universales*; deben tomarse *aquellos datos que ofrece la lógica jurídica y que no dependen del cambio de la orientación legislativa* de un país determinado: Esa es la única forma de que la noción empírica tenga al mismo tiempo algún valor teórico.

Ese será, pues, nuestro método de investigación en las páginas que siguen.

## II. El acto administrativo como producto de la función administrativa

6. Por lo dicho creemos que debe ser desechado en primer término 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 de acto administrativo a ciertos actos emanados de otros órganos estatales que los administrativos, en virtud de que ellos no son impugnables ante el juez de lo contenciosoadministrativo. Es éste un principio formalista, carente de fundamentación científica y supeditado no sólo al cambio de una ley de lo contenciosoadministrativo sino incluso al cambio de la jurisprudencia de la materia: Al querer buscar la noción de “acto administrativo,” pues, no debemos estar tratando de hallar la noción que responda a los actos que pueden ser llevados ante el tribunal de lo contenciosoadministrativo.

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 en base a ellos darse una noción de alcance sistemático.

Menos aun podrá considerarse, por lo tanto, *el recurso aplicable para atacar el acto*: Negar el carácter de “acto administrativo” a un determinado acto en virtud de que la jurisprudencia contenciosoadministrativa haya decidido que no le es aplicable el recurso por exceso de poder,<sup>4</sup> es un criterio que no resiste el menor análisis.

<sup>4</sup> Como lo hace por ejemplo STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954, p. 45.

7. 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 ellos, no pueden comprender a los remedios procesales de la contenciosoadministrativo, tanto en lo que se refiere a tribunal competente como a recursos existentes contra el acto, o a procedimiento a seguirse en su tramitación.

Con ello tomamos posición en el sentido contrario 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 los recursos contenciosoadministrativos se den en principio —y en las legislaciones actuales— sólo contra decisiones de órganos administrativos, hace que la doctrina adopte casi unánimemente 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 final de “acto administrativo” se refiere a *una especie de actos realizados por órganos administrativos*.

8. Este concepto adolece de los mismos problemas lógicos y metodológicos que el de la *función administrativa*, de cuya crítica y reconstrucción ya nos hemos ocupado:<sup>5</sup>

Para conceptuar a la función administrativa se dan esencialmente dos nociones:

1º) La orgánica, subjetiva, o formal: Función administrativa es todo lo que realizan órganos administrativos;

2º) la material, sustancial, u objetiva: Función administrativa es la actuación concreta, práctica, etc., del Estado. Esta es la noción preferida por la doctrina.

Hemos dicho ya que ambos conceptos son equivocados, y que necesariamente debe adoptarse un tipo de definición *mixta* —y no ecléctica, como se nos ha dicho—, que involucre a la vez elementos de tipo orgánico y material; o sea, que aúne datos objetivos y orgánicos para arribar a la noción final.

9. Lo mismo ocurre con el acto administrativo. Para conceptuarlo se dan esencialmente dos nociones:

1º) La orgánica, subjetiva, o formal: Acto administrativo es el que dictan órganos administrativos, y no otros órganos;

2º) la material, sustancial, u objetiva: Acto administrativo es todo acto 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 dominante; pues, desde luego, es una contradicción definir la función administrativa

<sup>5</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 32 y ss.

en sentido material, y el acto administrativo en sentido orgánico, para con ello arribar a la conclusión de que ciertas “sustancias administrativas” que en nada difieren de las demás, jamás darán lugar a “actos administrativos” sólo porque no hay de por medio órganos administrativos. Si la ausencia de un órgano administrativo es tan decisiva como para eliminar la posibilidad de que su actuación dé lugar a un “acto administrativo,” el razonamiento es igualmente válido para negar también que estemos ante una “función administrativa.”

10. 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 (por ejemplo, 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 (por ejemplo, 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 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 la 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 otro desiguales a un mismo objeto; y esa contradicción debe solucionarse en uno de los siguientes sentidos: 1º) O considerar que los dos casos son función administrativa y pueden dar lugar a actos administrativos (criterio en principio sustancial), o 2º) considerar que en el segundo caso, y únicamente en él, hay función administrativa y acto administrativo, y que en el primero no hay función administrativa ni acto administrativo.

Pero, según ya hemos visto, el segundo criterio es erróneo en cuanto para ello se basa puramente en la posibilidad de que exista o no un recurso ante el tribunal de lo contenciosoadministrativo; por lo demás, es evidente que *el régimen jurídico que regirá al nombramiento y remoción del empleado de tribunales es, salvo ese aspecto de lo contenciosoadministrativo, netamente el del derecho administrativo*. En consecuencia, debe concluirse en que en ambos casos hay función administrativa, y en que en ambos casos hay acto administrativo: Aclarando, si se prefiere, que en los actos administrativos dictados por órganos judiciales se aplicará el derecho administrativo salvo en lo que respecta al recurso para

atacarlo. (O sea, que se aplicará el derecho administrativo, en cuanto al fondo, pero que no se aplicará el derecho procesal administrativo.)

11. Un autor reciente no incurre en la contradicción señalada; pero en cambio se decide expresamente por conceptuar a la función administrativa y al acto administrativo en sentido orgánico.<sup>6</sup>

Se funda 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, es errónea en cuanto se refiere a la organización interna y al personal del Poder Judicial y Poder Legislativo; pues si bien no habrá tal vez recurso ante el Juez de lo Contencioso-administrativo contra los actos dictados en tales materias, es evidente que *toda la temática a aplicarse será la del derecho administrativo*. Que una “ley de empleados públicos” no les sea aplicable a esos funcionarios, por ejemplo, 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 anta 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.<sup>7</sup>

Que una ley determinada sea interpretada en el sentido de que sólo se aplica a los órganos administrativos no significa entonces que la regulación jurídica de los actos de sustancia administrativa realizados por otros órganos escapen a la regulación del derecho administrativo y pasen a regirse por el derecho procesal o el derecho parlamentario.

12. Lo dicho se refiere a los actos relativos a la organización administrativa interna, y al personal, etc., de los tribunales y del Poder Legislativo. Parecería en cambio que ciertos actos “de sustancia administrativa” realizados por los jueces y el Congreso estuvieran sustraídos a la regulación del derecho administrativo, tal como afirma GARRIDO FALLA: Así los actos referidos a la “jurisdicción voluntaria” de los jueces, y ciertas *leyes concretas* del Congreso. (Presupuesto, autorización al Poder Ejecutivo para vender bienes, etc.) En lo que hace a los actos de la jurisdicción voluntaria creemos que la afirmación del autor citado es correcta; pero cabe señalar que *tal vez lo inexacto sea considerar que estos actos son de sustancia administrativa*. En este sentido es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de estos actos,

<sup>6</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1961, 2ª ed., p. 356, y ss., p. 26 y ss.

<sup>7</sup> Lo mismo ocurre en lo referente al manejo de fondos por parte de las Cámaras parlamentarias o la justicia, en virtud de disposición expresa de la ley de contabilidad. V. *infra*, cap. IV, nº 9, apartados e) y f), p. 128 y ss.

y decir que si bien ellos no tienen intrínsecamente un carácter jurisdiccional (en cuanto no son resolución de una contienda entre partes) *deben con todo asimilarse a los actos de esta naturaleza*, por su íntima relación sustancial y formal con los mismos. Igual principio puede ser la salida para la idéntica objeción en el caso de las leyes concretas del Parlamento.

Pero, y he aquí lo fundamental, por más dudas que susciten ciertas actividades no específicamente jurisdiccionales o legislativas de los órganos jurisdiccional y legislativo, ello no puede nunca llevar a sostener que los actos que estos órganos realizan en lo que se refiere a su *organización interna, medios materiales, y personal*, no se rijan por los principios del derecho administrativo.

La indiscutida sustancia administrativa de estos últimos actos, unida al hecho de que los mismos necesariamente se rigen por los principios del derecho administrativo (aunque alguna que otra ley administrativa no sea de aplicación en sus términos expresos), hace que no podamos racionalmente excluirlos del concepto de acto administrativo.<sup>8</sup>

13. Por ello partimos de la base conceptual de que la raíz del acto administrativo no se halla en los órganos administrativos, sino en el ejercicio de la función administrativa. Nuestro concepto por ende, es que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce.<sup>9</sup> Y desde luego, 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*.

Damos esa noción, según lo dicho, porque consideramos: 1º) Que debe eliminarse la contradicción lógica entre las nociones de función administrativa y acto administrativo, 2º) que dicha eliminación debe hacerse sin tomar en cuenta datos accidentales como el del recurso procesal aplicable, y considerando en cambio lo esencial de la regulación jurídica de fondo aplicable al caso, 3º) que los actos del Poder Judicial y del Poder Legislativo referidos a su organización interna, medios materiales, y empleados públicos, se rigen necesariamente por los principios del derecho administrativo, por lo que no puede lógicamente excluirse del concepto de acto administrativo.

14. Finalmente, y para completar el concepto en el aspecto indicado, recordaremos ahora nuestra noción de “función administrativa:” Es la actividad estatal que resta luego de excluidos los actos y hechos legislativos y jurisdiccionales que no sean tales a la vez en sentido material y orgánico; o sea, es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos

<sup>8</sup> Con ello nos ubicamos también en disenso con FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 279 y ss.; STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 41 y ss. FERNANDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 15.

<sup>9</sup> Conforme: FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 149; PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 152 y nota 1; BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 5 (aunque no lo aclara en su definición); SAYAGUÉS, LASO, *op. cit.*, t. I, p. 390.

jurisdiccionales, excluida su función jurisdiccional en sentido material, y los órganos legislativos, excluida su función legislativa en sentido material.<sup>10</sup>

En consecuencia, el Congreso no realiza sino actividad legislativa (leyes) y administrativa (nombramiento y remoción de funcionarios, Imprenta del Congreso, Biblioteca del Congreso, etc.); y los jueces no realizan sino actividad jurisdiccional (resolución de contiendas con fuerza de verdad legal) y administrativa. (Nombramiento, dirección y remoción de empleados judiciales, etc.) En virtud de lo aclarado anteriormente, señalamos además que el concepto de “función jurisdiccional” y “función legislativa” deberá tomarse en sentido amplio, abarcando también los actos que, si bien en rigor no son sustancialmente judiciales (jurisdicción voluntaria) o legislativos (ciertas leyes concretas), tienen con todo una mayor similitud conceptual y formal con los actos específicos de esas funciones que con la función administrativa.<sup>11</sup>

15. En otro aspecto, no debe tampoco ser objeto de confusión en el concepto de función administrativa, el hecho de que el Congreso realice el “juicio político” —sustraído en principio a la revisión judicial—, y que los actos de los jueces en materia administrativa estén frecuentemente sustraídos a revisión judicial ulterior. En tales hipótesis no hay “función jurisdiccional” que destruya la noción dada o impida considerar a estos actos como propios de la función administrativa, sino que se trata tan sólo de que la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio se halla salvada por otros medios que el *juicio* en sentido estricto.

En efecto, la garantía de la defensa en juicio significa: 1º) Que debe haber un tribunal imparcial, 2º) ante el cual se dé oportunidad de hacerse oír y producir prueba de descargo;<sup>12</sup> y el primer elemento no se encuentra salvado sólo con la actuación de órganos administrativos (argumento del artículo 95 de la Constitución), porque éstos carecen, además, de la imparcialidad e independencia necesaria.<sup>13</sup> Tanto los jueces como el Congreso cuando ejercen función administrativa, en cambio, son en principio ajenos a la contienda, y nunca están sujetos a órdenes de un órgano superior: Esa imparcialidad e independencia es la que llevaría a la conclusión de que no hay agravio a la garantía citada; pero ello no significa que dichas actuaciones sean función jurisdiccional, pues para tener imparcialidad e independencia, y oír al interesado, no hace falta necesariamente que haya una contienda entre partes; por ello, la función jurisdiccional no es sino una de las actividades estatales (aunque sí la más importante) en que debe aplicarse

<sup>10</sup> Para más detalles ver nuestra *Introducción al derecho administrativo, op. loc. cit.*

<sup>11</sup> Modificamos en este aspecto, pues, la explicación de nuestra definición. *Comp. Introducción, op. cit.*, p. 33 y ss.

<sup>12</sup> CSJN, *Fallos*, 198: 78, p. 84-5; jurisprudencia uniforme.

<sup>13</sup> A lo que se suma, desde luego, lo expuesto *supra*, cap. I, nº 10 y ss. Por ello nunca los órganos administrativos pueden ejercer función jurisdiccional (*Conf. Introducción, op. cit.*, pp. 37-39) y es innecesario, en ese aspecto, hacer aclaración alguna en la noción de acto administrativo: Los actos de contralor, etc., de los órganos administrativos son actos administrativos como los demás. *Conf. REAL, La función jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 51.

el principio de la defensa en juicio. La defensa en juicio, pues, puede tal vez ser satisfecha por la actuación de los órganos legislativo y jurisdiccionales, aún cuando ejerzan función administrativa; pero no por los órganos administrativos. Desde luego, nos referimos al aspecto *total*, pues oír al interesado lo deben hacer todos; lo que le falta a los órganos administrativos, y nunca lo pueden tener, es la independencia e imparcialidad requeridas al momento de la decisión;<sup>14</sup> a esa la tienen *en principio* los órganos jurisdiccionales y legislativos aún cuando no decidan una contienda en partes, y por ello satisfacen la garantía sin ejercer función jurisdiccional. Con todo, sería preferible que hubiera recursos ordinarios contra esas decisiones.

### III. El acto administrativo como declaración

16. Es ahora necesario considerar cómo se traducirá al derecho administrativo el concepto de “acto” por oposición a “hecho.”

La primera solución que salta al pensamiento es la de 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 tradicionales<sup>15</sup> y algunos modernos.<sup>16</sup>

17. Pero este concepto es equivocado, dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teleológico, con una indicación de “fin,” por lo que no toma en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administrados, y que se rigen por los mismos principios que las manifestaciones de voluntad, sin estar a pesar de ello incluidos en dicho concepto. (O sea, sin constituir decisiones con un fin trascendente.)

El acto administrativo puede así, en primer lugar, ser una atestación, es decir, la *certificación* de un hecho llegado a *conocimiento* de la administración. Tal el caso de un certificado de nacimiento o de defunción; de un certificado de domicilio; o un documento de identidad; o un diploma que certifica los estudios cursados y aprobados, etc.<sup>17</sup> Mas no sólo eso: El acto administrativo también puede ser la

<sup>14</sup> Además de que el art. 95 de la Constitución de cualquier manera prohíbe que sus actos puedan ser considerados función jurisdiccional. Ver *Introducción, op. loc. cit.*

<sup>15</sup> HAURIU, M. *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1927, p. 356; GASCON 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, 5ª ed., p. 167, BIELSA, *op. cit.*, p. 4, punto a), aunque dubitativo en su nota 5, segunda parte; ver también su nota 4, subpunto c) p. 3.

<sup>16</sup> STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 37 y ss.; SAYAGUES LASO, *op. cit.*, p. 388; CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coímbra, 1951, 3ª ed., p. 220; VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 112; DIEZ, *op. cit.*, p. 109 y ss., aunque aclara que dentro de “voluntad” comprende los casos de conocimiento, juicio, etc., a que nos referimos a continuación.

<sup>17</sup> RANELETTI, ORESTE, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed., p. 3; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed., p. 242 y ss.; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1930, p. 197; WOLFF, *op. cit.*, p. 240; BENDER, *op. cit.*, p. 100; PETERS, *op. cit.*, p. 151; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 198; PETRIN, LEODEGAR, *Österreichisches Verwaltungsrecht*, Viena, 1951, p. 33.

expresión de una *opinión* o *juicio* sobre una determinada situación o hecho: Así un certificado de buena conducta, de salud, de higiene, etc.<sup>18</sup>

Por ello debe desecharse la equiparación del acto administrativo a la “manifestación de voluntad.”<sup>19</sup>

Ahora bien, expresar en su lugar que acto administrativo es “una declaración... de voluntad, de opinión, de juicio, de conocimiento”<sup>20</sup> o una “...declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio...”<sup>21</sup> nos parece llevar una dificultad terminológica demasiado lejos.

18. Creemos que con decir “declaración” es suficiente, si se toma al término en el sentido de *exteriorización* del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de *volición* (voluntad —dirigida a un fin) como el de *cognición* (conocimiento —atestación o certificación) u opinión y juicio.<sup>22</sup>

En efecto, al hablar de “declaración” se indica claramente que se trata de una exteriorización *intelectiva* 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 aquél 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. 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 lo hacemos más adelante, que el concepto de acto administrativo queda restringido a las declaraciones *productoras de efectos jurídicos inmediatos*.

19. En la práctica puede haber dificultades para distinguir el acto administrativo (es decir, la declaración; y en particular la declaración de voluntad) del *hecho* administrativo.

En efecto, la declaración debe encontrar una traducción al mundo externo para poder ser tomada en consideración por el orden jurídico; y esta forma exterior puede ser expresa o tácita, positiva o negativa;<sup>23</sup> pero cabe señalar que *la ejecución* material del acto administrativo comporta un *hecho administrativo*, 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 de conocer al mundo exterior directamente en la

<sup>18</sup> 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; DIEZ, *op. cit.*, p. 110.

<sup>19</sup> Lo destaca con mayor énfasis FORTHOFF, *op. cit.*, p. 289.

<sup>20</sup> RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>21</sup> ZANOBINI, *op. cit.*, p. 243; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 366.

<sup>22</sup> Comp. SANTI ROMANO, que en sentido similar habla de “pronunciamento” o declaración, *op. cit.*, p. 173; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>23</sup> RANELLETTI, *op. loc. cit.*

ejecución de dicha voluntad? Por ejemplo, supongamos que la decisión de un agente de policía 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; 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 a través del hecho de 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. Declaración, en cambio, proviene de *de-clarus*, poner claro, aclarar, y presupone una expresión más fina, más sutil: Ergo, una expresión intelectual, eidética, que toma para su expresión y comprensión hechos *simbólicos*, con una significación figurada que se hace accesible al intelecto sólo mediante un proceso de análisis y de conversión de los datos simbólicos a nociones o datos reales.

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 destruída, 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 pues de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito; la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc.

20. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí nomás, como determinación, opinión o conocimiento: *Que no se ejecuta al exteriorizarse*. 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, 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 emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto.) Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; *dar a conocer la decisión de destruir o construir* esa cosa, pero sin destruirla o construirla aún, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente, es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: En este último caso faltará el acto administrativo.

Ordenar la detención de una persona, es un acto; aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho; y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual (no-real: Orden verbal, nota, etc.) la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo.

#### *IV. Acto administrativo y acto de derecho privado*

21. De lo hasta aquí expuesto tenemos 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,” corresponde que nos refiramos ahora a una vieja discusión en el derecho administrativo: La posibilidad de que un órgano administrativo actúe bajo normas de derecho privado.

La doctrina universal dominante entiende, en efecto, que una parte de la actuación de los órganos administrativos se rige enteramente por el derecho privado; y considera por ello necesario aclarar que el “acto administrativo” es aquel realizado por un órgano administrativo *en el ejercicio de una potestad pública*.<sup>24</sup>

22. No negamos la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos,<sup>25</sup> pero sostenemos que

<sup>24</sup> Por ejemplo VON TUREGG, p. 112; BENDER, p. 94; ANTONIOLLI, p. 195; DIEZ, p. 112.

<sup>25</sup> Aunque la consideramos bastante excepcional, por lo menos en el derecho argentino. Ver

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.<sup>26</sup>

Cabe señalar al efecto que en las hipótesis que la doctrina destaca *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*.

Esta primera observación basta para señalar el error 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.)

Pero aún más: Entendemos que lo más importante, e incluso lo decisivo, es en estos casos la competencia. El objeto del acto tiene una trascendencia empírica importante, pero la calificación dogmática debe prestar atención al hecho de que, si falta la competencia, cae todo el acto que el derecho privado pueda haber coonestado. 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, en tanto que las modalidades que puedan darse en el objeto son contingentes y relativamente accesorias. 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 juricidad del mismo puede todavía surgir del derecho público; pero que si el derecho público no sostiene la validez jurídica de la competencia ejercida, no puede el derecho privado socorrer la validez del acto.

Bien es cierto que el objeto constituye un elemento esencial del acto; pero no es menos cierto que, cuando se hace jugar el elemento *competencia* en cuanto dato de derecho público, éste adquiere mayor importancia que el objeto. Si a ello se agrega que también la forma y 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.

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.” Esto se desprende también de la Jurisprudencia de la Corte Suprema que, por ejemplo, considera como actos administrativos a los actos de venta de tierras fiscales —que son consideradas

nuestra nota bibliográfica al libro *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, de JEAN LAMARQUE, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960-IV, p. 240.

<sup>26</sup> En esto seguimos las ideas preconizadas por FIORINI, entre nosotros.

bienes privados del Estado—, y les aplica construcciones propias del derecho público tales como la de la “cosa juzgada administrativa.” (Irrevocabilidad.)

23. Estos principios pueden ser observados en cualquier tipo de actividad estatal. Si tomamos por ejemplo un contrato de locación celebrado por el Estado —contrato que se considera de derecho privado— es fácil advertir cómo el contrato será nulo si el órgano se excedió de su competencia; cómo el procedimiento por el cual se llega a la contratación —licitación pública— es de derecho público, de modo que un vicio sustancial cometido durante el mismo —por ejemplo, violación de la igualdad de los licitantes— vicia el acto de adjudicación realizado; cómo 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; cómo un vicio en la preparación o emisión de esa voluntad —por ejemplo, falta de autorización o aprobación, cuando es necesaria, o un determinado vicio en un acto complejo, etc.— afecta también la validez del acto final; cómo la no observancia de la forma escrita —que podría ser justificada en ciertos casos por el derecho privado— no es admisible en el caso del Estado; cómo son de aplicación en todo momento las disposiciones de la ley de contabilidad —derecho público—; cómo la actuación del funcionario respectivo es la responsabilidad del funcionario público (art. 1112, C.C.) y no la de un particular. (Art. 1109, C.C.)<sup>27</sup>

24. Por todo ello, consideramos innecesaria y errónea la aclaración que efectúa la doctrina dominante en el sentido de que el acto administrativo es efectuado en ejercicio de una “potestad pública;” solamente debe calificarse, 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 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 por el derecho privado.)

#### V. Acto administrativo y acto de gobierno

25. Así como es innecesario excluir a los actos de derecho privado de la consideración científica en relación al acto administrativo, puesto que todos los actos de órganos administrativos o de órganos estatales que ejercen la función administrativa son siempre actos administrativos, así también corresponde, según ya vimos, eliminar los actos de gobierno.

<sup>27</sup> V. GORDILLO, A., “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.

Los actos de gobierno no existen en el derecho argentino porque siempre hay derecho a atacar ante un tribunal de justicia la juridicidad de cualquier acto emanado de un órgano administrativo, y porque no hay ningún acto que pueda escapar por su naturaleza a la sujeción a la ley; por ello, no es necesario hacer aclaración alguna en la noción de acto administrativo, con relación a los actos de gobierno: Acto administrativo es todo acto emanado de un órgano administrativo, y quedan comprendidos en el concepto todos los actos que la doctrina ha podido llamar de otra forma (“actos no justiciables,” “actos políticos,” etc.), *bajo el mismo régimen jurídico de los actos administrativos*.

#### VI. El acto administrativo en cuanto acto unilateral e individual

26. Un hecho interesante que surge de la lectura de las distintas obras que tratan el tema del acto administrativo es que, al par que la doctrina dominante restringe el concepto de acto administrativo a los actos *unilaterales e individuales*, excluyendo así respectivamente los contratos (bi- o plurilaterales) y los reglamentos (generales), exista siempre una porción minoritaria de autores, renovada y calificada, que insiste en dar un concepto amplio: Sea por la inclusión de los reglamentos, sea por la inclusión de los contratos, o, finalmente, por la inclusión de los reglamentos y los contratos.

En los autores que adoptan este tipo de concepto amplio, sin embargo, es de observar que *no han mantenido claramente el criterio rector en base al cual debe buscarse e investigarse la noción de acto administrativo*: Dar una noción empírica que explique y aplique el mayor número posible de principios cardinales del derecho administrativo.

Dijimos ya que el seleccionar esos aspectos jurídicos primordiales es lo que va a determinar la noción de acto administrativo: Si uno toma pocos, dará una noción amplia; si toma muchos, deberá necesariamente hacer varias nociones, ante la imposibilidad de que una sola abarque todas las particularidades tomadas. Dijimos que debe intentarse dar una noción que a) tome *el mayor número posible* de principios jurídicos fundamentales, b) no dejando de lado sino aquellos que puedan ser explicados por otros conceptos de derecho administrativo, y c) dejando de lado los principios de poca importancia.

Entonces, si uno toma como principios jurídicos fundamentales nada más que aquellos que forman la ideología central del derecho administrativo —la sujeción del administrador a la ley, y la posibilidad de recurrir de sus actos ante la justicia—<sup>28</sup> entonces parece obvio que deberá darse una noción amplia: Acto administrativo será entonces tanto el acto plurilateral (contratos) como el unilateral, y el general (reglamentos) como el concreto o individual.

<sup>28</sup> Así GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 366.

Pero cuando se da esa noción —que, por cierto, no contiene un error *lógico*— se comete un error pragmático, en cuanto *no se dan en la noción suficientes elementos de juicio como para poder apreciar con mayor exactitud algunos otros principios cardinales del derecho administrativo*; luego, no se da una noción práctica y útil sino una mera formulación teórica desprovista de todo contacto con la realidad.

Este tipo de nociones, pues, no son equivocadas: Pero son imprácticas, y desembocan después en una serie de “clasificaciones” del acto administrativo en las cuales deberán aclarar aquello que no se aclaró en el concepto mismo; eso constituye un recargo de lectura y hace menos útil, o inútil, la noción de acto administrativo, por cuanto ella por sí misma no da en tales casos ninguna idea concreta acerca de las particularidades del régimen jurídico administrativo; y no puede usársela con precisión, sino que es necesario siempre apoyarla en aclaraciones y explicaciones.

27. De la misma forma que debimos buscar la naturaleza jurídica de las distintas funciones del Estado con el fin de poder aplicar el *distinto régimen jurídico*, respectivamente previsto en la Constitución,<sup>29</sup> debemos ahora precisar la diferente naturaleza de los actos de la administración con el fin de poder aplicar el *diferente régimen jurídico* que prevé el orden jurídico para cada tipo de actos.

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.

Puesto que los contratos tienen un régimen jurídico propio claramente definido, y puesto que los actos generales (reglamentos) también tienen un régimen jurídico de ciertas particularidades propias, no parece sino lógico separarlos como categorías propias y reservar el nombre de “acto administrativo” —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 es práctica y contribuye a esclarecer los conceptos.

28. Es importante destacar 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 solo tratando de establecer, *dentro del régimen jurídico*

<sup>29</sup> En nuestra citada *Introducción al Derecho Administrativo*, p. 32 y ss.

de la función administrativa, algunas diferencias específicas que no varían el régimen general sino que lo particularizan en distintos sentidos.<sup>30</sup>

Por tal razón, definir al acto administrativo como una decisión “general o especial,” por ejemplo, no es erróneo, pero implica alejarse de la realidad, en cuanto por su excesiva amplitud no permite obtener consecuencia alguna de ello ni aplicar directamente las diferencias específicas mencionadas; el “acto administrativo,” por tanto, es el acto jurídico *unilateral e individual* (o “concreto,” “particular,” etc.) realizado en ejercicio de la función administrativa.

29. El concepto de acto administrativo, así restringido, no es pues una noción que comprenda a todos los actos productores de efectos jurídicos que son realizados en la función administrativa, sino que toma en cuenta directamente las principales particularidades del régimen jurídico respectivo, y responde entonces a una división tripartita de esos actos, pasando así a ser *uno de los tipos* de actos productores de efectos jurídicos que se dictan en el ejercicio de la función administrativa: Contrato, reglamento, acto administrativo.

30. No creemos que pueda decirse que esta restricción y esta mayor precisión del concepto causen dificultades para su comprensión; por el contrario, se facilita la aplicación del derecho administrativo, al orientar concretamente acerca de cuáles de sus principios son los que corresponde directamente tomar en cuenta; hace innecesario el laborioso sistema de clasificaciones y aclaraciones posteriores, y las denominaciones complejas (por ejemplo, “acto administrativo especial,” para distinguirlo del “acto administrativo general” —el reglamento—; “acto de gestión pública” —el contrato—, para distinguirlo del “acto de autoridad” —el acto administrativo—; etc.) que tantas dificultades causan y a que algunos autores deben recurrir para determinar exactamente de qué tipo de acto están hablando.

31. Por lo demás, la disociación conceptual y real entre contrato y acto administrativo, reglamento y acto administrativo, es fácil advertirla.

Las diferencias entre el contrato (acto bilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son profundas y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo. Es ello tan evidente que no parece necesario extenderse mayormente sobre el punto; cualquier libro de la materia ilustra en un capítulo especial sobre los Contratos Administrativos, cómo es una imposibilidad práctica, metodológica y científica, analizar conjuntamente —y por ende, a su pesar, conceptuar conjuntamente— los contratos y los actos unilaterales de la administración.

<sup>30</sup> Por eso carece también de relación con el tema decir que los contratos y los 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. Conf. ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 195.

32. Respecto a los actos generales (reglamentos), sus diferencias básicas con el acto administrativo —y por ello, las que justifican el que se le dé concepto autónomo— son las siguientes:

a) Dado que el reglamento contiene normas jurídicas generales, y el acto administrativo una norma concreta, particular, surge una gradación jerárquica entre el acto administrativo y el reglamento. Existe aquí uno de los grandes principios del derecho administrativo: *Que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida*.<sup>31</sup>

Este principio, de acuerdo al cual es antijurídico el acto administrativo que contraviene un reglamento, es opuesto al que existe en materia de función legislativa, en la cual la ley especial que se aparta de lo dispuesto por la ley general, simplemente la deja sin efecto en ese aspecto (*lex specialis derogat generalis*); la radical distinción en esta gradación jerárquica normativa (acto general-acto particular), en el caso de la función administrativa, hace aconsejable que se la refleje en una diferenciación como la que adoptamos. (Reglamento-acto administrativo.)<sup>32</sup>

b) La segunda diferencia fundamental de régimen jurídico entre el reglamento y el acto administrativo reside en la facultad que tiene la administración para dictarlos. 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 implica un avance sobre el principio constitucional de que la creación de normas generales solo sea hecha por el Parlamento, y es por lo tanto *restringida*;<sup>33</sup>

c) la publicidad del acto administrativo se hace mediante notificación, la que importa en principio un conocimiento cierto del mismo por parte del administrado; la publicidad de un reglamento se hace mediante publicación, que implica un conocimiento presunto o ficto del mismo por parte de los administrados. Además, la falta de notificación no implica que el particular no pueda reclamar los efectos que surgen del acto, pues la invocación de los beneficios que deriven del acto importa una recepción del mismo, esto es, “notificarse” de él.<sup>34</sup> En cambio, la falta de publicación del reglamento impide la aplicación del mismo a situación alguna, ya que violaría la igualdad ante la ley que lo invocaran algunos administrados y respecto a ellos se aplicara, pero no de los demás;

d) el reglamento no puede ser retroactivo, pues le alcanza el mismo principio de las leyes; el acto administrativo puede ser retroactivo en algunos casos: Las

<sup>31</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 203; FLEINER, FRITZ, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 1933, p. 114; ZANOBINI, G., “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti,” en *Rivista di Diritto Pubblico*, t. IX, 1917, 1ª parte, p. 411; PTN, *Dictámenes*, 33: 202; 81: 236; GORDILLO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>32</sup> Para más detalles respecto de esta gradación normativa, GORDILLO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>33</sup> Para más detalles ver GORDILLO, *op. cit.*, p. 56 y ss.

<sup>34</sup> Comp. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *op. cit.*, p. 244; ver *infra*, cap. IV, p. 146 y ss., p. 150 y ss.

ratificaciones y confirmaciones, los actos declarativos, las aprobaciones, insistencias, etc.;

e) en lo que hace a la extinción de los actos, cabe señalar que la revocación por ilegitimidad está limitada muy seriamente por la “cosa juzgada administrativa” (irrevocabilidad de los actos administrativos),<sup>35</sup> limitación que no existe respecto al reglamento; aunque la revocación de éste desde luego no pueda modificar las situaciones individuales nacidas al amparo del mismo.<sup>36</sup> En cuanto a la anulación, en nuestro país y por ahora se sostiene que el juez puede anular el acto administrativo, pero que al reglamento sólo puede dejarlo de aplicar en el caso concreto; por lo que éste, si bien antijurídico, continúa en vigencia en tanto no sea la misma administración pública quien unilateralmente decida retirarlo del mundo jurídico.

Estas son las principales diferencias que justifican a nuestro criterio el dar un distinto concepto para el acto individual (acto administrativo) y para el acto general. (Reglamento.)

33. En conclusión, tenemos que hasta aquí la noción empírica de acto administrativo que estamos elaborando es: Declaración unilateral e individual realizada en el ejercicio de la función administrativa.

#### VII. El acto administrativo en cuanto productor de efectos jurídicos

34. Corresponde ahora agregar algunos pulimentos a lo ya tratado, con el fin de ofrecer la noción definitiva.

En primer lugar es necesario destacar que lo de “individual” se refiere a los efectos jurídicos del acto; o sea, que cabe destacar en el concepto respectivo que la declaración produce *efectos jurídicos* individuales.

Esta aclaración es imprescindible, y no se la evita diciendo que la declaración proviene de la administrativa activa,<sup>37</sup> 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 son actos administrativos en sentido estricto), no excluye en cambio a ciertos actos que emanan de la administración activa, sin ser por ello actos administrativos: Felicitaciones, invitaciones a concurrir a actos públicos, prevenciones sin amenaza concreta de sanción, etc.<sup>38</sup>

En otros términos, no todos los actos unilaterales y concretos de la administración activa producen efectos jurídicos, y por ello no todos dichos actos son actos administrativos; de donde se desprende la necesidad de aclarar en la noción que

<sup>35</sup> Para un análisis de sus caracteres, v. GORDILLO, *op. cit.*, p. 67 y ss.

<sup>36</sup> GORDILLO, p. 70.

<sup>37</sup> Como lo hace DIEZ, *op. cit.*, p. 109.

<sup>38</sup> Conf. FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282.

la declaración que va a ser considerada acto administrativo es sólo aquella que produce efectos *jurídicos* individuales.

35. Es asimismo necesario cualificar la forma en que el efecto jurídico nace del acto.

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 exacto en el caso del acto administrativo.

El acto administrativo no es necesariamente la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: El resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley, y no porque el funcionario lo haya querido.

Los efectos jurídicos que deba producir la declaración se aprecian en gran medida con arreglo al sentido objetivo del obrar del agente,<sup>39</sup> y ello determina el error de un tal modo de definir. Bien es cierto que la voluntad del agente puede en ciertos casos tener trascendencia respecto al acto administrativo (casos de vicio por error, dolo, violencia, desviación de poder); pero aún en esos casos puede ocurrir que el vicio presuntamente psicológico sea en definitiva analizado y evaluado con relación al actuar objetivo de la administración y no a la voluntad real de los funcionarios públicos.<sup>40</sup> De cualquier manera, 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 de tratarse de un acto jurídico de derecho privado, deja incólume el acto administrativo, precisamente porque lo más importante en él no es esa voluntad psicológica del funcionario sino la adecuación de los hechos a la descripción normativa de los mismos.<sup>41</sup>

Por ello es más acertado hablar de una “declaración... *que produce* efectos jurídicos...” antes que de “declaración... *destinada a producir* efectos jurídicos...”

36. También se requiere precisar de qué modo están conectados los efectos jurídicos que el derecho establece para el acto de que se trata, con el acto mismo: Si mediata o inmediatamente.

Debemos emplear nuevamente aquí el criterio jurídico en base 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.<sup>42</sup> Pues bien, los problemas de validez e impugnación de la actividad administrativa están

<sup>39</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 291.

<sup>40</sup> Un claro ejemplo de ello es el fallo *De La Torre*, 1961, de sala en lo Contencioso administrativo, Cámara Federal de la Capital, publicado en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1961, n° 2, p. 96 y ss., con nuestro comentario.

<sup>41</sup> En este sentido señala FORSTHOFF (*op. cit.*, p. 291) que “es válido y correcto, si es legal y objetivamente justo, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental.”

<sup>42</sup> BENDER, *op. cit.*, p. 95.

concentrados en un principio: El de que sólo puede atacarse mediante un recurso administrativo o contencioso administrativo aquél acto de la administración que produzca efectos jurídicos *inmediatos* respecto del impugnante; todo acto de la administración que de suyo no produzca efectos jurídicos, no es impugnante en cuanto a su validez: La noción de acto administrativo debe entonces recoger ese principio, y restringirse a aquellos actos que producen efectos jurídicos en forma directa, inmediata.

Si decimos simplemente que el acto administrativo es la declaración que produce efectos jurídicos, podremos estar abarcando indebidamente los casos en que el efecto jurídico surja indirectamente del acto: Por ejemplo, el dictamen que la administración esté eventualmente obligada a seguir, es sin duda un acto productor de efectos jurídicos, en cuanto el orden jurídico establece un nexo entre su acaecimiento y determinados efectos jurídicos; pero, sin embargo, no es un acto administrativo en el sentido propio del término; porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente.

Es esencial, pues, al concepto de acto administrativo, que los efectos jurídicos sean inmediatos,<sup>43</sup> es decir, que surjan del acto mismo. “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 un 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.”<sup>44</sup>

Quedan así 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 al particular; y esos actos así excluidos no son impugnables por recursos administrativos ni contencioso administrativos aunque adolezcan de algún vicio, mientras que, a la inversa, lo son los actos administrativos.

37. Incidentalmente, corresponde también aclarar que los actos de “contralor” que se realizan en la administración pública también constituyen actos administrativos cuando producen efectos jurídicos inmediatos: Ello es así porque en nuestro sistema constitucional no es dable admitir que la administración ejerza función jurisdiccional en sentido estricto,<sup>45</sup> 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.

<sup>43</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 249; BENDER, *op. cit.*, p. 95; PETERS, *op. cit.*, p. 152, etc.

<sup>44</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282.

<sup>45</sup> Lo explicamos en nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 37 y ss.

### VIII. *Noción de acto administrativo*

38. Por todo lo expuesto, acto administrativo es *una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.*

a) *Declaración:* O sea que es una exteriorización intelectual, que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos (lenguaje hablado y 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 de los mismos a datos e ideas reales.

Además, por tratarse de una declaración se refiere sólo al momento externo del proceso intelectual; a la emisión o extrinsecación del mismo; por lo que comprende la emisión de cualquier producto de la psiquis: Volición, cognición, opinión, etc.;

b) *unilateral:* Es decir, se excluyen del concepto de acto administrativo a los contratos, por cuanto los mismos tiene un régimen jurídico particular, dentro del genérico correspondiente a la función administrativa;

c) *realizada en ejercicio de la función administrativa:* 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 función administrativa regida 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 y legislativa) por su mayor nexo conceptual y formal con la misma que con la función administrativa. Los actos producidos en tales actividades, pues, no habrán de considerarse como actos administrativo, 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 (por ejemplo, en lo relativo a organización, medios y personal) si serán actos administrativos;

d) *que produce efectos:* 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 la misma;

e) *jurídicos:* 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 administración activa, pues no todos los actos de la administración activa producen efectos jurídicos (comunicaciones, felicitaciones, invitaciones, etc.);

f) *individuales*: O sea, se excluyen del concepto de acto administrativo a los actos generales —reglamentos— por cuanto los mismos tienen un régimen jurídico especial, dentro del género de los actos de la función administrativa;

g) *en forma inmediata*: 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 administrado. Por ello los dictámenes, pericias, informes, proyectos, etc., no constituyen actos administrativos.



## CAPÍTULO III

### TEORÍA DE LAS NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Finalidad de la teoría</i> .....	EAA-III-1
1. El concepto de “nulidad,” etc. no es <i>a priori</i> , ni tiene una esencia propia determinada. Es tan sólo una relación entre otros conceptos.....	EAA-III-1
2. Criterio de investigación para llegar al concepto de nulidades del acto administrativo. Qué debe explicar una teoría de las nulidades.....	EAA-III-1
3. La selección de las consecuencias jurídicas a considerarse.....	EAA-III-2
4. Debe evitarse dar rigor dogmático alguno a los términos usuales .....	EAA-III-2
II. <i>Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil</i> .....	EAA-III-3
5. Criterio de comparación .....	EAA-III-3
6. No existe en el derecho público una distinción como la de nulidades absolutas y relativas del Código Civil.....	EAA-III-3
7. Continuación .....	EAA-III-3
8. La distinción entre actos nulos y anulables no se da en el derecho público con los caracteres del Código Civil.....	EAA-III-4
9. Los principios generales del derecho público en materia de nulidades.....	EAA-III-4
10. Continuación .....	EAA-III-5
III. <i>Nulidades civiles y administrativas en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Comparación</i> .....	EAA-III-6
11. Especies de nulidades administrativas. El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas .....	EAA-III-6
12. Continuación. El supuesto de las sanciones de menor grave-	

dad.....	EAA-III-6
13. Su designación en la jurisprudencia. Crítica .....	EAA-III-7
14. Continuación. El concepto de acto “nulo” en derecho civil y administrativo .....	EAA-III-8
15. Enfoque global comparado de las nulidades civiles y admi- nistrativas.....	EAA-III-8
16. Crítica. Impropiiedad de remitirse al Código Civil para construir una teoría de las nulidades de los actos adminis- trativos .....	EAA-III-9
17. Conclusión. Camino a seguir.....	EAA-III-9
IV. <i>Teoría de las nulidades del acto administrativo</i> .....	EAA-III-10
18. Fundamento lógico jurídico de la teoría .....	EAA-III-10
19. Punto de partida para la elaboración de la teoría: Los prin- cipios de la jurisprudencia .....	EAA-III-11
20. La categoría lógica de la inexistencia de acto administrativo	EAA-III-12
21. Su inclusión dentro de la teoría de las nulidades no es un problema dogmático, sino práctico .....	EAA-III-12
22. Caracteres del régimen jurídico argentino de los actos admi- nistrativos, que hacen necesaria dicha inclusión .....	EAA-III-13
23. Régimen jurídico atinente exclusivamente a la inexistencia de acto administrativo.....	EAA-III-14
24. Principales casos de inexistencia .....	EAA-III-14
25. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades del acto administrativo .....	EAA-III-15
26. Gráfico comparativo de las nulidades del acto administrativo	EAA-III-15
27. Vicios que originan esas nulidades. Criterio general .....	EAA-III-16
28. La valoración de los vicios del acto administrativo. Crítica....	EAA-III-17

*Capítulo III*  
**TEORÍA DE LAS NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>**

*I. Finalidad de la teoría*

1. No hay acuerdo en derecho público acerca de cuáles son las nulidades que pueden afectar al acto administrativo: Inexistencia, anulabilidad, nulidad, etc.

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 de las 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*: Por ejemplo, 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, por ejemplo, “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 es la “nulidad” o “anulabilidad,” sino la efectiva supresión 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. 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.*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> El presente capítulo lo publicamos bajo el mismo título, “Teoría de las nulidades de acto administrativo,” en la revista *ED*, 26 de julio de 1962.

<sup>2</sup> 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 sólo; si halláramos una enorme multiplicidad, tantos serían los diferentes tipos de invalidez.

3. 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 didáctico.

La solución, pues, está en hallar el término medio: En tomar el mayor número posible de consecuencias jurídicas fundamentales, y dejar de lado las accesorias. Una vez reunidas las consecuencias jurídicas 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., según corresponda: 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 entro los hechos y las consecuencias a que los mismos dan lugar.

4. 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 régimen jurídico de los actos administrativos, ni de principios doctrinarios "a priori" que puedan incidir en la apreciación objetiva de dichas circunstancias y desvirtuarla.

## *II. Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil*

5. Para abordar directamente el centro de una posible confusión, debemos referirnos a la teoría de las nulidades de nuestra legislación civil, para marcar sus diferencias de fondo y de forma con la teoría de las nulidades de los actos administrativos. Para expresarlo en los términos a que hicimos mención más arriba, nos referiremos esencialmente a las consecuencias jurídicas que el Código Civil establece para ciertos defectos de los actos jurídicos, y las diferenciaremos de las consecuencias que el derecho público a su vez dispone para simularse defectos del acto administrativo.

6. Ante todo, es de destacar que *no se presenta en el derecho público* una distinción como la que en el derecho privado se conoce bajo el nombre de nulidades “absolutas” y “relativas.”

Dicha 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 lo han establecido las leyes;

c) la nulidad relativa es susceptible de confirmación, la absoluta no. (Arts. 1047 y 1048, C. C.)

7. a) El primer criterio de distinción no existe en el derecho público argentino, porque los actos administrativos se presumen válidos y por lo tanto los jueces no pueden en ningún caso anularlos de oficio.<sup>3</sup>

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: Que el impugnante tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo,<sup>4</sup> lo que constituye una temática autónoma “que nada tiene que ver con el tipo de nulidad del acto que se impugna.”<sup>5</sup> Por lo demás no resulta aplicable la limitación al ministerio público en el caso de la nulidad relativa: La administración siempre puede pedir la anulación de sus propios actos ante la justicia. Y es obvio señalar, por otra parte, que la consecuencia jurídica en sí respecto del acto (su extensión) no varía porque deba ser pedida por una persona, o pueda serlo por varias.

<sup>3</sup> CSJN, *Los lagos*, 1942, *Fallos*, 190: 142; 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, p. 431-2.

<sup>4</sup> Ver nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 80 y ss.

<sup>5</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1961, p. 420.

c) La tercera distinción existe en el derecho público, en cuanto algunos actos son susceptibles de ser subsanados en el 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.

Debe, eso sí, hacerse una anotación al respecto, y tener en cuenta que la posibilidad de que el vicio sea subsanado o no se presenta en el derecho público, por lo que debe ser utilizada al momento de formular la teoría de las nulidades de los actos administrativos.

8. Pasamos ahora a la distinción que en el derecho civil se conoce como de *actos nulos y anulables*: *Esta distinción tampoco se presenta en el derecho público con sus caracteres propios.*

El Código Civil centra la distinción 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.”<sup>6</sup>

Esa distinción no existe en el derecho público argentino, porque del ya citado principio de que el acto administrativo *se presume válido* se desprende que en ningún caso podrá decirse que adolece de una nulidad *manifiesta*: Siempre es necesaria una investigación de hecho para determinar la existencia del vicio.<sup>7</sup>

Señala 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.”<sup>8</sup>

9. De lo que antecede surge la inaplicabilidad literal de los conceptos del Código Civil a los actos administrativos; cabe ahora entrar a analizar cuáles son concretamente las consecuencias jurídicas que corresponden a los vicios de los actos administrativos.

Tomamos como objeto de nuestro análisis la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en particular el “leading case” *Los Lagos*, en los cuales se emplean, sin embargo, las denominaciones y terminología del Código Civil. (A pesar de que no se aplican las consecuencias jurídicas que el Código Civil prevé.) En consecuencia, trataremos de tomar sólo los efectos jurídicos que en definitiva

<sup>6</sup> LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1953, p. 13 y ss.

<sup>7</sup> Fallo citado en nota 2; BOSCH, *op. loc. cit.*; DIEZ, *op. loc. cit.*

<sup>8</sup> BOSCH, *op. cit.*, p. 195.

se asignaron al vicio del acto, y prescindiremos por ahora de la denominación que a esos efectos se ha dado, pues ella es errónea y no puede ser sino motivo de confusión.

Según expresa la Corte Suprema, un acto administrativo viciado:

a) No puede ser invalidado de oficio; sino que

b) requiere petición de parte interesada con el fin de que el juez pueda declarar la nulidad;

c) requiere una investigación de hecho a realizarse por el juez con el fin de determinar el vicio de que adolece.

Son éstos *los principios generales, aplicables a todos los actos administrativos viciados, cualquiera sea su vicio.*<sup>9</sup>

10. Esos tres principios generales surgen expresamente del fallo indicado y han sido corroborados por la jurisprudencia posterior. El fallo en cuestión se divide conceptualmente en dos partes esenciales: La primera, en que analiza el acto atacado simplemente en cuanto acto administrativo (o sea, cuando sienta los tres principios generales, comunes a todos los actos administrativos viciados); la segunda, en la que analiza el vicio *en particular* del acto impugnado. (Donde añade algunos principios más, ahora específicos al caso, y que no corresponderá generalizar.)

En la *primera parte* de ese fallo, pues, es donde se sientan los citados *principios generales*:

“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;” “será siempre necesaria una investigación de hecho usando los términos del art. 1045 del C. C. para determinar la incompetencia o la prohibición del objeto del acto, es decir, una demanda en la cual el que ha recibido el agravio proveniente de la transgresión pruebe la verdad de sus asertos encaminados a destruir la referida presunción de validez;” “la nulidad de tales actos no puede declararse de oficio por los jueces a mérito de la presunción de validez que los acompaña, y... ella deba solicitarse sólo por las personas a quienes el acto afecta...”<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Fallo citado, y jurisprudencia posterior firme. Para la jurisprudencia anterior y posterior, ver BOSCH, *op. cit.*; Conf, DIEZ, *op. cit.*, p. 427 y ss; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa Juzgada Administrativa*, Buenos Aires, 1946, p. 26 y ss. También analiza el fallo *Los lagos*, aunque sin desarrollarlo. SPOTA, “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos. Aplicación del Código Civil,” en *JA*, 75: 918.

<sup>10</sup> Fallo citado, en *JA*, 75: 918 y 924, 925, 924, respectivamente.

### III. Nulidades civiles y administrativas en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Comparación

11. La *segunda* parte del mismo fallo *Los Lagos*, al analizar concretamente el vicio de que se trataba en el caso (incompetencia por haber declarado caduca la inscripción de un título de propiedad de tierra fiscal en el Registro de la Propiedad), *particulariza el régimen jurídico pertinente*, y establece ciertas consecuencias que se aplican en este caso, pero no en todas las demás hipótesis de actos administrativos viciados.<sup>11</sup> Surge así un tipo específico de invalidez, el cual se refiere a que:

a) La invalidación *produce efectos retroactivos*: “la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado;<sup>12</sup>

b) se sigue necesariamente de ello, aunque el tribunal no lo diga en este caso expresamente, que el vicio del acto *no es subsanable*, o sea, que es *inconfirmable*;<sup>13</sup>

c) la acción para demandar la nulidad del acto es imprescriptible, no siendo de aplicación el artículo 4030 del Código Civil.<sup>14</sup>

En este grupo de casos específicos de invalidez, el acto, a pesar de la gravedad del vicio y de las consecuencias que a él se aplican (retroactividad de la anulación, vicio inconfirmable, acción imprescriptible), tiene todavía la presunción de validez que le es propia, y por ello tiene vigencia mientras no sea derogado. En este sentido expresa LINARES que estos actos así viciados tienen “...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.”<sup>15</sup>

12. Queda así configurada una especie particular de invalidez; pero no es ella la única que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Hay, en efecto, otro grupo de principios específicos, diversos de los señalados, que marcan en la jurisprudencia un distinto tipo de invalidez cuya característica saliente es la menor gravedad del vicio del acto y por ende de las consecuencias que origina. En este segundo grupo de casos:

a) El vicio *puede ser subsanado* por la actuación posterior de un órgano determinado que haga cumplir el requisito legal o constitucional al cual no se había dado debido cumplimiento en ocasión de emitirse el acto administrativo.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> 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 recientes, *Roman María José de Sezé v. Nación Argentina*, 1958, 241: 384, 396, reitera esa doctrina.

<sup>12</sup> JA, 75: 926, 2ª col.

<sup>13</sup> LINARES, *op. cit.*, pp. 27-8, y los otros fallos que cita.

<sup>14</sup> Fallo citado, JA, 75: 926, 1ª col.; LINARES, *op. cit.*, pp. 27 y 30; DIEZ, *op. cit.*, p. 425.

<sup>15</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 29.

<sup>16</sup> Así por ejemplo en algunos casos de defensa en juicio: 218 FSC 535; 212: 456; 222: 117. En sentido

b) Se sigue de lo anterior que, siendo el vicio subsanable, la declaración de invalidez del acto puede ser constitutiva,<sup>17</sup> o sea, producir efectos sólo para el futuro (*ex nunc*);

c) la acción para demandar la invalidación del acto *prescribe a los dos años* por aplicación del artículo 4030 del Código Civil referente a los vicios de la voluntad, y en particular el error de hecho o leve de derecho.<sup>18</sup>

Estos principios más benignos han surgido en su casi totalidad de fallos en los cuales se consideraron actos viciados de error de hecho o de derecho.<sup>19</sup>

13. De esta forma encontramos 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; b) otras, más leves, en las cuales el acto es susceptible de ser saneado, en que la invalidación puede ser constitutiva, y la acción es prescriptible. Desde luego, ambos están dentro de los principios generales comunes. (Invalidación a pedido de parte y no de oficio, necesidad de hacer una investigación de hecho.)

A estos dos tipos de consecuencias jurídicas la Corte Suprema los llama, con desacierto, “nulidad absoluta” (o “actos absolutamente nulos,” o “actos nulos de nulidad absoluta”) y “nulidad relativa;”<sup>20</sup> la doctrina la sigue en buena medida.<sup>21</sup> No compartimos la elección de la denominación porque, respondiendo a conceptos civilistas de significación propia distinta de aquella en que se los emplea, ella puede dar lugar, y efectivamente lo da, a confusiones.

No debe olvidarse al respecto que tanto para uno como otro tipo de invalidez se aplican los tres principios generales vistos al comienzo: Los jueces no pueden declarar de oficio la invalidez, es necesario que una parte interesada —que puede serlo también la administración— la solicite, es necesaria una investigación de hecho para determinar el vicio; por lo que sólo uno de los caracteres civilistas de las nulidades absolutas y relativas se presenta en el derecho público; la posibilidad de subsanar el vicio, que existe en el segundo caso y falta en el primero.

Surge allí, ya, la inconveniencia de hablar de nulidades “absolutas” y “relativas” en materia de actos administrativos.

similar la Procuración del Tesoro de la Nación admite “...la convalidación de actos administrativos que padezcan de nulidad relativa” (*Dictámenes*, 61: 164; 58: 325; 46: 71). Conf. DIEZ, *op. cit.*, p. 425-6.

<sup>17</sup> Así LINARES, *op. cit.*, p. 40, respecto de la revocación; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 416.

<sup>18</sup> CSJN, *Elena Carman de Cantón c/ Gobierno Nacional*, 1936, *Fallos*, 175: 368; 179 FSC 427; 201: 329; 241: 384. Conf. BOSCH, p. 247 y ss., p. 257; LINARES, p. 30, y los fallos que ambos citan; DIEZ, p. 433; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 68: 191; 74: 238.

<sup>19</sup> BOSCH, p. 247 y ss.

<sup>20</sup> Esa denominación es todavía reiterada en *de Seze*, 1958, *Fallos*, 241: 384, 396.

<sup>21</sup> Así BOSCH, *op. cit.*, LINARES, *op. cit.*, p. 27 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 425-6. No es esto necesariamente una crítica a los autores mencionados, ya que los dos primeros no respaldan expresamente esa terminología, y el último la usa sólo incidentalmente.

14. Mas no termina allí la cuestión. Si analizamos la otra distinción civilista entre actos nulos y anulables, debe reproducirse la crítica a la terminología de la jurisprudencia, ya que el fundamento de aquella distinción —si el vicio es o no manifiesto— carece de aplicación en el derecho administrativo, en el que en todos los casos el vicio es “no manifiesto.”

Por lo demás y en tren de utilizar los términos del Código Civil sería de señalar que todos los actos administrativos viciados son *anulables*, pero no *nulos* como a veces expresa el tribunal. En efecto, el principio del artículo 1046 del Código Civil, de que 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,” es precisamente el que aplica la jurisprudencia a todos los casos de actos administrativos viciados: Tanto aquellos cuyo vicio denomina de “nulidad relativa” como los que llama “de nulidad absoluta.” Ello es así porque de acuerdo a sus propios principios, en todos los casos la presunción de legitimidad que es esencial al acto administrativo hace que *deba reputárselo válido hasta tanto no sea anulado; y que sólo se lo tenga por nulo desde el día de la sentencia que los anulase.*<sup>22</sup>

Surge aquí, entonces, la impropiedad (por comparación con la terminología del Código Civil, que es la que aparentemente se estaría empleando) de hablar de actos *nulos* en el derecho administrativo.

15. De todo ello se desprende que, comparando la terminología del Código Civil con la de la Corte Suprema, existe una incongruencia en la denominación que esta última hace de los efectos jurídicos que considera aplicables a los vicios del acto administrativo.<sup>23</sup>

Si tuviéramos que denominar a los principios que en punto a régimen jurídico da la Corte Suprema, según las denominaciones que para esos principios da el Código Civil, tendríamos que decir que:

1º) Todos los actos administrativos viciados *son anulables*; por ello se reputan válidos mientras no sean anulados, y hace falta una investigación de hecho para poder considerar que están viciados;

2º) esta *anulabilidad* (y no nulidad como dicen los fallos) puede ser absoluta o relativa, en lo que se refiere a la posibilidad de que haya confirmación, a la prescriptibilidad de la acción, y al carácter constitutivo o retroactivo de la declaración de invalidez; pero dicha anulabilidad no puede dividirse en absoluta o relativa en cuanto a la posibilidad de declararla de oficio (porque nunca puede ser declarada de oficio) y a las personas que pueden pedirla. (Porque ello se rige por un criterio específico del derecho administrativo: Derecho subjetivo o interés legítimo.) Entre los casos de anulabilidad absoluta se cuenta principalmente el

<sup>22</sup> Aunque la declaración de nulidad pueda producir efecto retroactivo, pues ello ya es admitido en el derecho civil. Conf. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, t. II, Buenos Aires, 1951, 9ª ed., p. 655.

<sup>23</sup> Y no nos referimos ya a la incongruencia de los efectos mismos.

mencionado en la cláusula 2º del artículo 1049 (incapacidad de derecho, que se traduciría al derecho público como incompetencia), y entre los casos de anulabilidad relativa, los de la cláusula cuarta del mismo artículo: Error, violencia, fraude o simulación.<sup>24</sup>

16. No es demasiado difícil aprehender la trama conceptual de las nulidades de la Corte; pero es difícil saber con exactitud las aplicaciones a que la misma dará a lugar, porque al basarse en una comparación y modificación al Código Civil, carece de un criterio de análisis específico al derecho público que permita estudiar y evaluar los vicios de los actos administrativos en cuanto tales.

No es posible que para determinar si un acto administrativo está viciado debamos tratar de encontrar entre los vicios del Código Civil alguno que se parezca más o menos al vicio del acto administrativo para tratar de fundamentar la nulidad. El Código Civil, 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.

Al mismo tiempo, es de observar que no todos los casos en que el Código Civil sanciona al acto con una invalidez, deben ser considerados como inválidos en el derecho público. Decir, por ejemplo, que un vicio de competencia deba dar siempre lugar a la anulabilidad absoluta del acto (vicio insanable, nulidad retroactiva, acción imprescriptible), 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. (Por ejemplo, un caso de incompetencia en razón del grado.) Este exceso del principio sentado por la Corte lo demuestra el mismo tribunal al expresar, en algunos casos, que el acto impugnado no contraviene ninguna norma jurídica, a pesar de ser evidente que el vicio existe: Lo que sucede es que el tribunal, confrontado con la atadura de su teoría de las nulidades, encuentra que si afirma que el acto comporta una extralimitación de la competencia, deberá afirmar que el acto es insanablemente nulo, que la anulación debe ser retroactiva, y que la acción para pedirla es imprescriptible. Dado que semejantes consecuencias serían excesivas, la Corte Suprema se ve forzada a optar por decir que el acto carece de vicios.

17. Esa teoría de las nulidades no podrá nunca, con tal orientación, desarrollarse plenamente. Hay en ella una falta de lógica interna, una comunión y colisión al mismo tiempo con la teoría de las nulidades del Código Civil, que le impedirá obtener una serie de principios coherentes para el derecho público mientras insista en referirlos a los artículos y conceptos del Código Civil.

Creemos que lo que corresponde en primer lugar es abandonar totalmente los conceptos relacionales del Código Civil, y tratar de denominar de alguna forma

<sup>24</sup> Es el caso del error el que ha motivado los fallos de la Corte en los cuales se aplicó el principio de los actos anulables de nulidad relativa. Ver dichos fallos en BOSCH, *op. cit.*, p. 247 y ss.

propia los principios del derecho administrativo respecto a las consecuencias jurídicas que cabe aportar a un acto antijurídico. Para ello se hace necesario asimismo renunciar a fundar la teoría de las nulidades en las normas positivas 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 ajurídicas, pues una teoría general de las nulidades surge ya de los principios generales del derecho público.<sup>25</sup>

#### IV. Teoría de las nulidades del acto administrativo

18. Debe pues construirse una teoría de las nulidades de los actos administrativos, basándola en nociones de lógica jurídica cuya aplicación está 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 en otra oportunidad de las *sanciones implícitas* en las normas jurídicas,<sup>26</sup> y no hacemos sino repetir 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 en el establecimiento de una relación jurídica nueva,<sup>27</sup> la extinción de una relación jurídica preexistente,<sup>28</sup> o la ejecución coactiva del deber jurídico violado.<sup>29</sup>

Si se quiere, en todos esos casos hay un “aliquid” de castigo, pero debe apreciarse que 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,<sup>30</sup> es decir, el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido.

En el ejemplo de 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

<sup>25</sup> Conf. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 503.

<sup>26</sup> GORDILLO, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, pp. 21-2.

<sup>27</sup> ROGUIN, ERNEST, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 68. En Roma, por ejemplo, el acreedor impago adquiría un derecho sobre el cuerpo de su deudor; la destrucción culpable de una cosa origina la obligación de indemnizar el daño causado.

<sup>28</sup> ROGUIN, *op. cit.*, p. 68. Por ejemplo, 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.

<sup>29</sup> ROGUIN, *op. cit.*, p. 69. Por ejemplo, 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 policía municipal; 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.

<sup>30</sup> 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. (P. ej., delitos contra la libertad.)

precisamente por que no nos hallamos en el campo del derecho penal,<sup>31</sup> es evidente que *si una norma jurídica* (expresa o implícita) *establece en forma imperativa un deber jurídico* (por ejemplo, “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.*

Parece obvio señalar que para aplicar estos principios no hace falta norma alguna que fije una “teoría de las 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 la violación del mismo *no necesitan ser declarados especialmente* por otro artículo, *desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidos en la existencia y medida del deber mismo.* 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,<sup>32</sup> que surge lógica y necesariamente de la misma norma que establece el requisito.<sup>33</sup>

No hace falta, pues, recurrir al Código Civil para fundamentar la teoría de las nulidades en el derecho administrativo.

19. Tomando como base la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para hacer una teoría de las nulidades del acto administrativo que responda a la realidad —ordenándola y metodizándola—, podemos señalar ya que existen dos tipos de consecuencias jurídicas que corresponde asignar a los vicios de los actos administrativos:

a) Consecuencias que provisoriamente llamaremos “leves.” (La “nulidad relativa” de la jurisprudencia.) En este caso el acto administrativo, a pesar de

<sup>31</sup> En el cual el principio “...*nulla pena sine previa lege penale*” se justifica en que la sanción penal generalmente *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.

<sup>32</sup> LINARES señala que la nulidad tiene “...el rasgo esencial de la *sanción jurídica*.” (*Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 151.)

<sup>33</sup> Conf., en sentido similar, FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 309.

su vicio, se presume legitimo por su propia naturaleza, y por ello: 1º) Se reputa valido hasta tanto no sea anulado, 2º) se requiere petición de parte para que el juez pueda anularlo, 3º) se requiere una investigación de hecho para que juez pueda determinar su nulidad. A esos principios generales se agregan, en este caso especifico de las consecuencias “leves:” 4º) Que su vicio es subsanable, 5º) que su anulación, en caso de que se realice, produce por regla general efectos solo para el futuro (*ex nunc*), 6º) que la acción prescribe a los dos años;

b) consecuencias que provisoriamente llamaremos “graves.” (La “nulidad absoluta” de la jurisprudencia.) El acto administrativo, a pesar de su vicio, sigue manteniendo su presunción de legitimidad, y por ello al igual que en el caso anterior: 1º) Se reputa válido hasta tanto no sea anulado, 2º) se requiere petición de parte para que el juez puede anularlo, 3º) se requiere una investigación de hecho para determinar su vicio. Pero en este caso se agregan ahora principios específicos diversos de las anteriores, más “graves:” 4º) Su vicio no es subsanable, 5º) su anulación produce afectos retroactivos, 6º) la acción es imprescriptible.

Tenemos así reunidos los dos tipos de consecuencias dadas por la misma Corte Suprema: Lo que varía en la teoría que ahora se reservará al derecho público es que su fundamentación no se remite ahora necesariamente al Código Civil (salvo en materia de prescripción) sino que se deja librada a la apreciación judicial (O, en caso, administrativa.)

20. A las dos categorías anteriores cabe agregar una tercera, que si bien no figura en los fallos de la Corte Suprema, es de rigor lógico inevitable, y debe por lo tanto ser considerada: *La inexistencia de acto administrativo*.<sup>34</sup> (O el “acto administrativo inexistente,” como con menos propiedad pero más comodidad se dice a menudo.)

El interés práctico de admitir esta concepción depende del régimen jurídico de que se haya asignado a los actos administrativos viciados de gravedad. Si se dice que éstos carecen de presunción de legitimidad y que el particular no está obligado a obedecerlos aunque aún no hayan sido declarados inválidos, entonces es evidente que la construcción de la inexistencia carece de justificación práctica, en cuanto su régimen jurídico es exactamente igual al de esos actos administrativos gravemente viciados.<sup>35</sup>

Si, en cambio, los actos administrativo viciados de gravedad tienen a pesar de ello presunción de legitimidad, y debe el particular obedecerlos, como ocurre en nuestro país, entonces es inevitable hacer la construcción lógica de la inexistencia.

21. Es de destacar que el problema de si se admite o no esta teoría no es en modo alguno dogmatico, sino meramente práctico.

<sup>34</sup> Es la terminología de SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 505.

<sup>35</sup> Así GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 417.

Y no es problema dogmático, pues su corrección lógica es irrefutable: Si yo digo que en el ladrido de un perro no hay acto administrativo, nadie puede decir que mi afirmación sea falsa. Aunque dicha afirmación, desde luego, no reviste interés en tal caso, porque lo que afirmo es evidente.

Sin embargo, *puede ser de interés destacar en ciertos casos que lo que aparenta ser un acto administrativo no lo es*: Si un chistoso se disfraza de policía, se ubica en una esquina y dice “circulen,” por broma, a los que allí se encuentran, *allí no hay acto administrativo. Y es necesario que yo lo sepa a fin de determinar si debo o no obedecer la indicación.*

El caso es sustancialmente distinto de aquel en que un agente de policía de la Capital Federal decida dar idéntica orden en una esquina de la Provincia de Buenos Aires: Allí habrá una incompetencia total, y el acto podrá ser insanablemente inválido; *pero es a pesar de todo un acto administrativo y tengo el deber de obedecerlo.*<sup>36</sup>

22. Esa diferencia de régimen jurídico que se presenta en nuestro país, no se da en todos; en algunas naciones el acto administrativo nulo (el caso del agente de policía actuando con incompetencia total) *tiene el mismo régimen jurídico que el acto o hecho que no es acto administrativo* (la broma del disfrazado) en cuanto ni uno, ni otro, tienen presunción de legitimidad ni obligan al particular.<sup>37</sup> En tales países, entonces, no es necesario hacer una teoría del acto administrativo inexistente, porque todo lo que no es acto administrativo vale tanto como un acto administrativo nulo: Nada.

La situación es fundamentalmente distinta, hasta ahora, en nuestro país. El acto administrativo nulo (el gravemente viciado, el “absolutamente nulo” de que habla la jurisprudencia) vale algo; por de pronto, tiene plena vigencia y ejecutividad hasta tanto sea anulado; debe por lo tanto ser obedecido por los particulares y por los funcionarios, y su nulidad solo puede ser declarada por los tribunales competentes. (O por la administración, mediante revocación por ilegitimidad: Pero el particular no puede constatar la nulidad y desobedecer el acto.)

De allí se desprende que entre nosotros el acto nulo no puede ser considerado como una “nada jurídica,” y que produce algunos efectos propios de los actos administrativos válidos mientras no sea anulado. Dado entonces que tengo el deber de obedecerlo mientras su nulidad no sea declarada, es evidente el interés y la importancia práctica de analizar y exponer los casos en que, aunque aparentemente esté en presencia de un acto administrativo, ello sea sólo en apariencia,

<sup>36</sup> Esto, desde luego, en nuestra jurisprudencia, cuyo criterio no compartimos. Además de que el principio citado es jurídicamente imperfecto, pues el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legitimidad, representa un pensamiento político estatista y autoritario, y es en alguna medida culpable de nuestros conocidos males políticos. El acto administrativo nulo *no debe tener presunción de legitimidad*, ni debe cargarse injustamente al particular con la obligación de obedecerlo.

<sup>37</sup> Así WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht*, t. I, Munich y Berlín, 1961, 4ª ed., p. 275.

y en verdad no haya tal acto: Pues entonces no obedeceré en medida alguna la orden del disfrazado, pero sí obedeceré la del policía que actúa con incompetencia.<sup>38</sup>

23. 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, es del caso entonces precisar que a ese acto no cabe aplicar las consecuencias jurídicas propias de los actos administrativos inválidos, sino que corresponde tratarlo con un no-acto administrativo. Por ello: 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 tiene el deber de no obedecerlo ni ejecutarlo, y si lo hacen incurren en responsabilidad por “vías de hecho;” 2º) la inexistencia de acto administrativo (o la existencia de un acto inoperante, aparentemente administrativo) significa correlativamente que el acto de que se trate no tiene presunción de legitimidad, ni ejecutividad, ni ejecutoriedad; 3º) que la verificación de su falta de aptitud para producir esos efectos jurídicos la pueden hacer tanto la administración como los jueces de cualquier fuero; 4º) que los jueces pueden declarar de oficio su ineficacia jurídica —pues se trata tan sólo de constatar un hecho negativo; 5º) que esta comprobación judicial o administrativa de que no hay acto administrativo puede hacerse en cualquier tiempo, sin que quepa siquiera hablar en rigor de “acción imprescriptible,” por lo mismo que se trata de la simple verificación de un hecho objetivo.

24. 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 Köpenik”, una disposición adoptada por algún “asesor” extraoficial, etc.;<sup>39</sup>

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.;<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Conf. YMAZ, ESTEBAN, “Teoría del acto inexistente,” en *LL*, 89: 893 y ss., esp. p. 897, quien señala la necesidad de adoptar la técnica del acto inexistente en el derecho público, precisamente para deslindar los casos en que no hay *ejecutoriedad*. (Que son los analizados.)

<sup>39</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 271; BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed., p. 103.

<sup>40</sup> WOLFF, *op. cit.*, *loc. cit.*; BENDER, *op. loc. cit.*

c) quien dicta el acto es un órgano estatal actuando con evidente 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.<sup>41</sup>

25. Resumiendo, tenemos tres tipos de consecuencias jurídicas que deben considerarse: Las “leves” (la “nulidad relativa “de la jurisprudencia); las “graves” (la “nulidad absoluta” de la jurisprudencia), y las propias de la “inexistencia.”

A esos tres tipos de consecuencias jurídicas los llamaremos —a falta de mejor denominación, y en base a que muchos de los autores de derecho administrativo así los designan— “anulabilidad,” “nulidad” e “inexistencia.” Estos términos no estarán referidos, según se advierte de lo ya expuesto anteriormente, a los conceptos del Código Civil, sino que serán nociones específicamente de derecho público.

Podría también hablarse de “invalidez”<sup>42</sup> para distinguir entonces entre los actos “invalidables,” “inválidos” e “inexistentes”; pero nos parece que podría haber dificultades prácticas para marcar el diferente concepto que significará en tal caso “acto invalidable” y “acto inválido.” Creemos —y esto es desde luego un problema de valoración empírica— que puede ser más claro emplear los términos “nulo” y “anulable,” por ser más corriente su empleo en las obras de derecho administrativo, y porque la difusión de los distintos usos que de dichos términos hace la legislación comparada civil, hace que quien los conoce no los asimile automáticamente con los conceptos de nuestro Código Civil; todo lo cual contribuye a que pueda en nuestro país razonablemente asimilarse un nuevo concepto —publicístico— de ellos.

26. Tenemos así tres tipos de consecuencias jurídicas, a las cuales llamaremos anulabilidad, nulidad, e inexistencia.

Las diferencias entre las consecuencias jurídicas que se dan en cada uno de esos casos son tajantes y claras, y para destacarlo puede hacerse el siguiente cuadro:

<i>Efecto</i>	<i>Tipo de acto</i>		<i>Inexistencia de acto</i>
	<i>Anulable</i>	<i>Nulo</i>	
Presunción de legitimidad	Sí	Sí	No
Obligación de cumplir el acto (los particulares)	Sí	Sí	No

<sup>41</sup> Los casos de “grosera incompetencia” o “grosera irregularidad” de actos dictados por órganos administrativos, son los que particularmente destaca la doctrina francesa. Ver LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed., pp. 211-2, e YMAZ, *op. loc. cit.*

<sup>42</sup> Así lo hace DIEZ, *op. cit.*, p. 395.

Obligación de ejecutar el acto (los funcionarios)	Sí	Si <sup>1</sup>	No
Facultad de la administración para revocarlo por ilegitimidad	No <sup>2</sup>	Sí	Sí
Tribunales facultados para anularlo	El tribunal competente <sup>3</sup>	El tribunal competente <sup>3</sup>	Cualquier tribunal
Anulación judicial de oficio	No	No	Si
Necesidad de una investigación de hecho	Si	Si	No
Vicio subsanable	Si	No	No
Anulación ex tunc o ex nunc	<i>ex nunc</i>	<i>ex tunc</i>	<i>ex tunc</i>
Prescripción de la acción	Dos años	Imprescriptible	Imprescriptible

27. Si bien, según acabamos de ver, las diferencias entre las consecuencias jurídicas que existen en los casos de nulidad, anulabilidad e inexistencia son claras, no lo es en cambio la determinación de qué vicios dan lugar a una u otra consecuencia; dicho de otra forma, qué actos son anulables, cuáles nulos y cuáles inexistentes.

Ese es el problema central de la teoría de las nulidades: Determinar en qué casos concretos corresponde aplicar tal o cual aspecto de la teoría.

Entendemos, con FORSTHOFF, que la distinción entre los tipos de vicios que darán lugar a las consecuencias señaladas es una cuestión de práctica jurisprudencial y de política jurídica;<sup>43</sup> un problema de evaluación concreta a resolverse más o menos elásticamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Como principio general, es dable observar que el criterio del derecho público es más benigno respecto a la validez del acto administrativo, que el derecho privado respecto a la validez del acto jurídico. En efecto:

<sup>43</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 314.

<sup>1</sup> Este principio es relativo, pues el deber de obediencia está condicionado a ciertos casos. Ver nuestro artículo "Deber de obediencia. Formalidades que debe reunir la orden del superior," en *Revista de Administración Pública*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 99 y ss.

<sup>2</sup> Cuando hay "cosa juzgada administrativa;" la que no puede presentarse, por su parte, en los actos nulos. V. LINARES, *Cosa Juzgada Administrativa*, *op. loc. cit.*; GORDILLO, *Introducción*, p. 67 y ss.

<sup>3</sup> Que lo es, en principio, el de lo Contenciosoadministrativo.

a) Hay ciertos vicios o irregularidades del acto administrativo que no dan lugar siquiera a la anulabilidad del acto.<sup>44</sup> Los vicios leves, pues no vician el acto administrativo;

b) los vicios de cierta importancia o trascendencia, o sea los vicios de alguna gravedad, dan lugar a la anulabilidad del acto;

c) los vicios muy graves dan lugar a la nulidad del acto;<sup>45</sup>

d) excepcionalmente, las groseras irregularidades podrán hacer que se considere que no hay acto administrativo, y aplicar entonces las consecuencias propias de la inexistencia de acto administrativo. En caso de duda acerca de si un acto es inexistente o nulo, la presunción habrá de estar en favor de la consecuencia más leve, la nulidad.<sup>46</sup>

Y para expresarlo gráficamente:

<i>Tipo de vicio</i>	<i>Tipo de nulidad</i>
Leve	Validez
Grave	Anulabilidad
Muy grave	Nulidad
Grosero	Inexistencia

28. Se advierte así que 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. No se dice que el vicio *leve* hace anulable el acto, el grave nulo y al gravísimo inexistente; sino que el vicio leve no afecta la validez del acto, el vicio grave lo hace anulable, el vicio muy grave lo hace nulo, y sólo el vicio de excepcional gravedad lo hace inexistente.<sup>47</sup>

No damos con esto nuestro propio concepto acerca de lo que debe ser 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.

<sup>44</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 271; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 310; GARRIDO FALLA, *op. cit.* p. 418; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 504.

<sup>45</sup> Así GARRIDO FALLA, p. 420.

<sup>46</sup> Comp. FORSTHOFF, p. 315, quien establece esa presunción en relación al acto anulable y nulo. Pero las consecuencias que en otros países corresponden al acto *nulo* son las que aquí deben asignarse al *inexistente*, únicamente; de allí entonces que corresponda aplicar esa presunción primordialmente en este caso en que lo hacemos. (En cuanto criterio de aplicación e interpretación del *ius constitutum*.)

<sup>47</sup> Comp. LINARES, *Cosa Juzgada Administrativa, op. cit.*, p. 43, quien interpreta la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido en 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.

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 de produzcan de acuerdo al ordenamiento jurídico.

## CAPÍTULO IV

### ELEMENTOS Y VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Introducción</i> .....	EAA-IV-1
1. Elementos del acto administrativo .....	EAA-IV-1
2. Los vicios del acto administrativo en relación a sus elementos ..	EAA-IV-2
II. <i>Competencia</i> .....	EAA-IV-2
3. Noción.....	EAA-IV-2
1º) Competencia en razón del grado .....	EAA-IV-2
a) Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida. Delegación y descentralización irregulares .....	EAA-IV-3
b) Caso en que hay exceso en el ejercicio de la competencia ..	EAA-IV-5
4. 2º) Competencia en razón de la materia .....	EAA-IV-5
a) Incompetencia respecto a materias judiciales.....	EAA-IV-5
b) Respecto a materias legislativas.....	EAA-IV-6
c) Respecto a materias administrativas de otros órganos.....	EAA-IV-6
d) Materias administrativas que no tienen otros órganos.....	EAA-IV-6
5. 3º) La competencia en razón del territorio .....	EAA-IV-6
4º) La competencia en razón del tiempo.....	EAA-IV-7
III. <i>Voluntad</i> .....	EAA-IV-7
6. Concepto de “voluntad” en el acto administrativo .....	EAA-IV-7
7. <i>Vicios de tipo objetivo</i> en la voluntad administrativa:	
1º) Vicios en el origen de la voluntad .....	EAA-IV-8
a) Funcionario de hecho.....	EAA-IV-8
b) Usurpador .....	EAA-IV-8
8. 2º) Vicios en la preparación de la voluntad:	
a) Violación del derecho de defensa .....	EAA-IV-9
b) Falta de licitación .....	EAA-IV-10

c) Falta de concurso .....	EAA-IV-10
d) Omisión de dictamen o trámite sustancial.....	EAA-IV-10
9. 3º) Vicios en la formación de la voluntad:	
a) Actos de órganos colegiados .....	EAA-IV-11
b) Actos complejos .....	EAA-IV-11
c) Actos que requieren autorización.....	EAA-IV-12
d) Actos que requieren aprobación.....	EAA-IV-12
e) Actos sujetos a observación del Tribunal de Cuentas.....	EAA-IV-14
f) Actos observados por el Tribunal de Cuentas, sujetos a insistencia del Poder Ejecutivo .....	EAA-IV-15
10. Advertencia .....	EAA-IV-16
11. <i>Vicios de tipo subjetivo</i> en la voluntad administrativa:	
1º) Desviación de poder .....	EAA-IV-16
a) El funcionario actúa con una finalidad personal .....	EAA-IV-18
b) Con la finalidad de beneficiar a un tercero .....	EAA-IV-18
c) Con la finalidad de beneficiar a la misma administra- ción .....	EAA-IV-18
12. 2º) Arbitrariedad. Concepto y condiciones de aplicación al acto administrativo .....	EAA-IV-18
13. Distintos casos de arbitrariedad:	
a) Actos que omiten decidir cuestiones conducentes a la solu- ción del caso .....	EAA-IV-21
b) Decisiones que prescinden de los hechos probados o se fundan en hechos no probados .....	EAA-IV-21
c) Actos que carecen de fundamentación normativa seria.....	EAA-IV-22
d) Actos que no guardan proporcionalidad con el fin perse- guido por la ley.....	EAA-IV-23
14. Diferencia entre vicio de arbitrariedad y la tradicional “violación de la ley,” en materia de facultades regladas .....	EAA-IV-23
15. 3º) Error. Diferencia con el vicio de “violación de la ley” y con el de arbitrariedad.....	EAA-IV-24
16. 4º) Dolo. Violencia .....	EAA-IV-25
IV. <i>Objeto</i> .....	EAA-IV-25
17. Posibles vicios en el objeto del acto administrativo .....	EAA-IV-25
1º) Prohibición del objeto .....	EAA-IV-25
2º) Apartamiento de las facultades regladas:	
a) El objeto es dictado ante distintas circunstancias de hecho que las previstas por la ley .....	EAA-IV-26
b) El objeto es en sí mismo distinto del previsto por la ley.	EAA-IV-26
3º) Imprecisión u oscuridad .....	EAA-IV-27

4º) Absurdidad.....	EAA-IV-27
5º) Imposibilidad de hecho.....	EAA-IV-27
a) Por falta de sustrato personal.....	EAA-IV-27
b) Por falta de sustrato material.....	EAA-IV-27
c) Por falta de sustrato jurídico.....	EAA-IV-27
V. <i>Forma</i> .....	EAA-IV-28
18. Concepto de forma. Crítica de algunas distinciones tradicio- nales .....	EAA-IV-28
19. Distinción entre forma y formalidad. Crítica .....	EAA-IV-29
20. La motivación o fundamentación del acto no es un requisito de forma .....	EAA-IV-29
21. Clases de forma:	
a) Formas de documentación.....	EAA-IV-29
22. Clases de forma. Continuación:	
b) Formas de publicidad .....	EAA-IV-30
23. Especies de formas de publicidad. Publicación y notificación .....	EAA-IV-31
24. Continuación.....	EAA-IV-32
VI. <i>Resumen</i> .....	EAA-IV-32
25. Elementos, vicios y nulidades del acto administrativo en un gráfico comparativo .....	EAA-IV-32
I. Competencia.....	EAA-IV-33
II. Voluntad .....	EAA-IV-33
A) Objetiva.....	EAA-IV-33
B) Subjetiva.....	EAA-IV-34
III. Objeto .....	EAA-IV-35
IV. Forma.....	EAA-IV-35



*Capítulo IV*  
**ELEMENTOS Y VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*I. Introducción*

1. El tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad, y con ello, los posibles vicios que los pueden afectar;<sup>1</sup> y por razones didácticas es conveniente destacar en el análisis de dichos elementos los posibles vicios que pueden presentarse y el tipo de nulidad que acarrearán.

¿Cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo? En el fallo ya tan comentado de la Corte Suprema en materia de nulidades,<sup>2</sup> ésta dijo que eran tres: Competencia, objeto y forma; si a ello se agrega que en numerosos fallos ha hablado del vicio de error, considerándolo como vicio de la voluntad, resulta que en nuestro sistema pueden señalarse cuatro elementos esenciales del acto administrativo: Competencia, voluntad, objeto y forma.<sup>3</sup> Esa es a nuestro juicio la formulación correcta y más clara; los requisitos de causa (motivo) y fin pueden ser subsumidos en los anteriores —particularmente en la voluntad del acto administrativo.<sup>4</sup>

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: Una misma irregularidad del acto será para algunos vicio de la voluntad, para otros vicio de forma, para un tercero vicio en el objeto... pero el vicio y la calificación del mismo 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 pueden existir no están determinadas por la denominación que se haga del elemento respectivo.

<sup>1</sup> Conf. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 410.

<sup>2</sup> CSJN, *Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional*, 1941, *Fallos*, 190: 142.

<sup>3</sup> En igual sentido DIEZ, *op. cit.*, p. 159.

<sup>4</sup> Conf. ZANOBINI, *op. cit.*, t. I, 8ª ed., p. 247 y ss.

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 y fijación en el lector.

2. 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 ser lógicamente más correcto en algunos casos, quita claridad al sistema y hace más difícil la retención de los distintos casos.

Por lo tanto, el lector encontrará que cada uno de estos elementos que analizaremos comprende una serie de hipótesis que pudieran 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 jurídico que corresponda aplicar al vicio de que se trate, pues éste deriva no de una confrontación teórica con los elementos que debe 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;<sup>5</sup> 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 dará su 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 en el caso el vicio de que se trate. Ello se ilustrará con detalle en la exposición del presente capítulo.

## II. Competencia

3. La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar.<sup>6</sup>

La competencia puede referirse al *grado*, la *materia*, y el *territorio*. Eventualmente podría hablarse de una competencia en razón del *tiempo*, cuando un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante una época o lapso específico. En ese orden analizaremos el punto.

1º) LA COMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO se refiere la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración y, puesto que la

<sup>5</sup> *Vide supra*, cap. III, n° 18 y ss., p. 94 y ss.

<sup>6</sup> La competencia no debe confundirse con la “aptitud de obrar” ni el “ejercicio de la función,” y por ello no corresponde afirmar que pueda haber una “competencia” para la “ilicitud.” Ocurre tan sólo que *es posible* imputar a un órgano estatal un hecho ilícito, sólo que esa imputación se hace en virtud de la noción de “ejercicio de la función” y no “competencia.” Ampliar es nuestra *Introducción...*, *cit.*, p. 15.

competencia es improporrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior y viceversa.

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 la misma.

a) *Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano:* Es éste un problema que surge en materia de descentralización y delegación.

La *descentralización* supone el conferimiento de facultades administrativas a órganos distintos de los órganos centrales, en forma estable y general; implica una nueva repartición, permanente y definitiva, de funciones.<sup>7</sup> Este separar partes de la función administrativa y conferirla a órganos distintos de los órganos centrales, puede ser de dos tipos: “Burocrática” o “autárquica,” según que el desprendimiento de atribuciones se produzca dentro de una mismo cuerpo administrativo, o se efectúe mediante la creación de un ente dotado de personalidad jurídica propia —es decir, un ente separado de la administración central: Entes autárquicos, empresas del Estado, etc.

En la *delegación* de competencia hay una decisión del órgano administrativo a quien legalmente correspondía tal competencia, por la cual se transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. A diferencia de la descentralización, en que la competencia que se confiere al órgano inferior pertenece exclusiva y directamente a él, en la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercerla. En la competencia delegada, el órgano superior puede siempre retomar la competencia que ha conferido al órgano inferior, y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo; en el caso de la competencia descentralizada, el superior sólo tiene las facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo.

Pues bien, tanto la descentralización como la delegación podrían ser ellas mismas antijurídicas, y en consecuencia viciar de antemano los actos que en su ejercicio vayan a tomarse.

Discútese si la descentralización debe hacerse por ley o por decreto,<sup>8</sup> atento al sistema centralizado que en principio parece haber previsto la Constitución. (Art. 86, inc. 1.º) Nosotros nos inclinamos por la primera solución —siempre

<sup>7</sup> FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28; GORDILLO, A., “Descentralización y delegación de autoridad,” en *Revista de Administración Pública*, n.º 3/4, Buenos Aires, 1962, p. 28 y ss.

<sup>8</sup> Es de destacar en particular la opinión de MARIENHOFF, quien sostiene que pueden ser creados por Decreto del Poder Ejecutivo: “Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad” en *JA*, 1961-VI, p. 62, s. doc.

que la ley deje al Poder Ejecutivo un cierto margen de contralor administrativo sobre el ente—, en virtud de que el art. 67, inc. 17º de la Constitución dispone que es facultad del Congreso crear empleos y “*fijar sus atribuciones*,” de donde se desprende en principio que toda competencia debe tener origen *legal*.<sup>9</sup>

En lo que respecta a la delegación, hay en cambio acuerdo doctrinario en el sentido de que ella sólo es posible cuando la ley la autoriza expresamente,<sup>10</sup> y el principio ha sido por otra parte recogido implícitamente en la legislación, a través de varias leyes que autorizan en los casos concretos al Poder Ejecutivo la delegación de facultades en órganos determinados.<sup>11</sup>

En consecuencia, una delegación o descentralización dispuesta por decreto, sin autorización legal (o excediéndola, p. ej. si se delegan más facultades que las que la ley autorizó a delegar en el caso; o si se delega a órganos distintos de los que la ley dispuso que podrían recibir la delegación, etc.) es antijurídica.

¿Qué vicio tendrán los actos dictados en el ejercicio de una competencia ilegítimamente conferida? Entendemos que son aquí de aplicación los análogos fundamentos en materia de funcionarios de hecho, y por lo tanto, si la competencia descentralizada o delegada tiene una apariencia de legitimidad, un “color de título,” los actos dictados en virtud de esa competencia son en principio *válidos*; y de mediar mala fe de parte de los administrados, *anulables*.<sup>12</sup>

Si, en cambio, falta la apariencia de legitimidad y el vicio es obvio y grosero (por ejemplo, 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.

<sup>9</sup> Esa es también la solución legislativa. El artículo 136, 2ª parte, de la ley de contabilidad, dispone: “El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional,” principio éste congruente con la norma constitucional. En igual sentido, PTN, *Dictámenes*, 66: 231 y 255; 70: 103.

<sup>10</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 174 y ss. Sin embargo, no lo creemos acertado desde el punto de vista práctico, y por ello proponemos desde la ciencia de la administración, que se modifique la orientación legislativa al respecto. Ver nuestro artículo “Descentralización y delegación de autoridad,” *cit.*, p. 32 y ss.; otros argumentos en favor de la delegación, en FRANCHINI, *op. cit.*, p. 20 y ss.

<sup>11</sup> Por ejemplo la ley 16.432, art. 36, dispone: “El presidente de la Nación podrá delegar en los señores ministros o secretarios de Estado de la respectiva jurisdicción la resolución y firma de los siguientes asuntos...” En ese caso la delegación es a órganos determinados. Más amplia es en cambio la ley 13.064 de obras públicas, cuyo art. 2º expresa: “Las facultades y obligaciones que establece la presente ley, podrán ser delegadas por el Poder Ejecutivo en autoridad, organismo o funcionario legalmente autorizado.” Otros ejemplos: Ley 13.906, art. 1º; ley 14.777, art. 26; decreto-ley 3.491/58, art. 80.

<sup>12</sup> Comp. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 429, quien entiende que el vicio es anulabilidad en todos los casos, “por la apariencia jurídica que la delegación produjo;” pero el argumento es, como se advierte, contradictorio. La apariencia de legitimidad lleva a la validez, no a la anulabilidad. Conf. JEZE, GASTÓN, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, t. II-1º, Buenos Aires, 1949, pp. 350-1.

b) *Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida* (por descentralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma.<sup>13</sup>

En este caso corresponde distinguir dos hipótesis: a) Aquella en que el órgano inferior ejerce competencia propia del superior; B) aquella en que el órgano superior ejerce competencia que corresponde al inferior. (Lo que se denomina “avocación.”)

En tales casos el acto es anulable,<sup>14</sup> aunque en hipótesis de gravedad puede llegar a ser nulo.<sup>15</sup>

Por lo demás, si el acto ha sido dictado por funcionario incompetente, pero “ad referendum” de la autoridad competente, estamos en la hipótesis de un mero acto preparatorio, de un proyecto sin efectos jurídicos hasta tanto la autoridad competente adopte alguna decisión al respecto.<sup>16</sup> En este caso el órgano inferior no ha tenido voluntad de dictar el acto productor de efectos jurídicos, y por ello no puede hablarse de acto administrativo viciado; la voluntad del superior de dictar el acto propuesto no importa pues convalidación ni aprobación, sino un acto nuevo de efectos constitutivos, es decir, para el futuro.

4. Dentro de los vicios de incompetencia corresponde referirse ahora a la competencia en razón de la materia.

2º) LA COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA se refiere a las actividades o tareas que debe desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlas. Pueden presentarse varias hipótesis de incompetencia en razón de la materia:<sup>17</sup>

a) *Incompetencia respecto a materias judiciales*: Ello ocurre cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser dictadas por los órganos de justicia, como por ejemplo la decisión de 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,<sup>18</sup> o la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes,<sup>19</sup> casos en los cuales el acto es nulo; pero en varios supuestos el acto puede ser considerado inexistente.

<sup>13</sup> Aquí corresponde incluir también el caso en que el órgano se excede de una competencia ilegítimamente conferida, pero con apariencia de legitimidad.

<sup>14</sup> Conf. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 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, p. 124; Ley española de procedimiento administrativo, art. 53, inc. 2º; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Justicia Administrativa*, Madrid, 1958, p. 116.

<sup>15</sup> PTN, *Dictámenes*, 70: 178: El Presidente de la Junta Nacional de Granos dicta actos de competencia de la Junta misma. (El acto es nulo.)

<sup>16</sup> CSJN, *Mallet v. Provincia de Mendoza*, 1922, *JA*, 8: 8; CSJN, *Anselmo Gómez c/ Provincia de Buenos Aires*, 1914, *Fallos*, 120: 57; PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

<sup>17</sup> Ver y comparar SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 433.

<sup>18</sup> CSJN, *Los Lagos S.A.*, *Fallos*, 190: 142; 214: 384, etc.

<sup>19</sup> CSJN, *Fernández Arias*, 1960, *Fallos*, 247: 646. Aquí se aplicó la garantía de la defensa en juicio en cuanto a la falta de un “tribunal imparcial,” y no de la audiencia del interesado.

b) *Incompetencia respecto a materias legislativas*: Cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: Disposición de fondos sin autorización presupuestaria;<sup>20</sup> venta de inmuebles del Estado sin ley que lo autorice; otorgamiento 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,<sup>21</sup> etc. En todos los casos el acto es nulo<sup>22</sup> y, tratándose de decretos del Poder Ejecutivo, no parece que pueda darse la hipótesis de inexistencia,<sup>23</sup> salvo casos aberrantes.<sup>24</sup>

c) *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*. Ejemplos: Una decisión correspondiente al Ministerio de Industria y Comercio adoptada por el Ministerio de Economía; un Decreto del Poder Ejecutivo nacional en materia municipal para la Capital Federal, etc.; si el vicio no es muy grave, el acto será tan sólo anulable.<sup>25</sup>

d) *Incompetencia respecto a materias administrativas que no tienen otros órganos*, en el sentido de ejercicio de atribuciones de índole administrativa que no le han sido conferidas al órgano que la ejerce ni a otros órganos de la administración: El acto es nulo,<sup>26</sup> pues la gravedad del vicio de incompetencia es mayor y más injustificable en este caso que en el anterior. En el caso c), si bien hay incompetencia, por lo menos había una norma legal que autorizaba a un órgano administrativo a decidir; aquí en cambio ningún órgano administrativo hubiera podido adoptar esa decisión. Ejemplos: Si el Poder Ejecutivo indulta una pena dictada a raíz de acusación por la Cámara de Diputados (juicio político); si ejerce los derechos de patronato con referencia a iglesias distintas de la católica, etc.

5. También dentro de los vicios de incompetencia, cabe recordar la competencia en razón del territorio: Es el tercer subcaso.

3º) LA COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TERRITORIO comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función.

El principal caso a considerar aquí es aquel en que el Poder Ejecutivo nacional adopta decisiones para todo el territorio de la República en materias que son de

<sup>20</sup> CSJN, *J. F. López c/ Prov. de Santa Fe*, 1869, *Fallos*, 7: 19; *Bossio*, 1900, 82: 280; *Cordeiro*, 1919, 129: 184.

<sup>21</sup> CSJN, *Pessina v. Provincia de Tucumán*, 1927, *JA*, 24: 9 y ss.

<sup>22</sup> CSJN, *Chinichi Hnos. v. Provincia de Córdoba*, 1921, *JA*, 7: 514; *supra*, nota 21; PTN, *Dic-támenes*, 69: 235.

<sup>23</sup> Por la eterna discusión acerca de sus facultades reglamentarias; ver al respecto nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 56 y ss.

<sup>24</sup> Por ejemplo, creación de delitos, penas, etc.

<sup>25</sup> Ello, porque además la invasión de competencia suele en estos casos no ser clara y manifiesta. Comp., en cambio, GONZÁLEZ PÉREZ, *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.

<sup>26</sup> Y aquí también, debe tenerse en cuenta que en ciertas hipótesis de especial gravedad el acto puede llegar a ser inexistente.

índole local: En tal caso la disposición es nula,<sup>27</sup> y conviene recordar que en esto nada tiene que ver el “poder de policía,” pues él es un principio carente de toda justificación jurídica y completamente amorfo.<sup>28</sup> También será nulo el decreto del Poder Ejecutivo por el que se indulte un delito sujeto a jurisdicción provincial; el veto de una ley provincial; la convocatoria a sesiones extraordinarias de una legislatura provincial, etc.

4º) 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. 86, inc. 16º), la declaración de estado de sitio por conmoción interior *estando reunido el Congreso* (art. 86, inc. 19º), etc.<sup>29</sup>

### III. Voluntad

6. 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 total prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo.

Hablar de “voluntad” en el acto administrativo es, estrictamente, una incorrección (pues ya vimos entre otras cosas que el acto administrativo no siempre presenta 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*.”<sup>30</sup>

¿Qué entendemos comprender entonces dentro del concepto de voluntad que se emplea en cuanto elemento del acto administrativo? A nuestro juicio, trátase del *proceso objetivo* a través del cual uno o varios *individuos humanos* producen o aportan las *partes intelectivas* de una *declaración* realizada en ejercicio de la función administrativa.

La “voluntad” administrativa es pues el concurso de elementos *subjetivos* (los individuos que actúan) y *objetivos*. (El proceso en que actúan, y las partes intelectuales —eidéticas— que aportan a la declaración.) Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente

<sup>27</sup>Aquí también es de aplicación lo dicho *supra*, nota 26.

<sup>28</sup> Para una crítica metódica, ver GORDILLO, A., “La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 227 y ss.

<sup>29</sup> Reiteramos la salvedad contenida en la nota 26. Como posible ejemplo de inexistencia del acto, por incompetencia en razón del tiempo, ver *infra*, n° 9, apartado e, *in fine*, p. EAA-IV-15.

<sup>30</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289.

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 los vicios de la voluntad se dividan aquí en a) vicios de índole objetiva, b) vicios de índole subjetiva.

Aclaremos que, desde luego, no es posible hacer una separación neta entre estos tipos de vicios; de allí que digamos tan sólo “de índole” subjetiva u objetiva, es decir, de naturaleza preponderante, *pero no exclusivamente* subjetiva u objetiva.

#### A) Vicios de tipo objetivo en la voluntad administrativa

7. Dentro de los vicios objetivos de la voluntad comprendemos tres hipótesis fundamentales: 1º) Vicios en el origen de la voluntad, 2º) vicios en la preparación de la voluntad, 3º) vicios en la formación de la voluntad.

1º) *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.

a) *Funcionario de hecho* es el que ocupa un cargo con nombramiento irregular (por algún vicio en el acto de nombramiento: Que el designado no reúna las condiciones exigidas por la ley; o que el acto mismo tenga vicios de forma, competencia, etc.); o 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.*”<sup>31</sup> Sus actos son válidos, si los administrados actuaron de buena fe;<sup>32</sup> cuando los administrados que reciben los efectos del acto no han actuado de buena fe (es decir, conocían la irregularidad del nombramiento), el acto es anulable.<sup>33</sup>

b) *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;<sup>34</sup> pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos: Si se trata de una revolución triunfante que se afirma en los hechos y ejerce plenamente las funciones del gobierno derrocado, su investidura puede llegar a ser *admisibile*<sup>35</sup>

<sup>31</sup> CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la Doctrina de Facto*, t. I, Buenos Aires, 1945, p. 47, señala tres requisitos para que una persona pueda ser reconocida como funcionario *de facto*: 1º) El cargo que ocupe debe tener una existencia *de jure*, 2º) debe estar realmente en posesión del mismo, 3º) debe detentarlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad. JÉZE por su parte habla de “*que la investidura sea admisibile (plausible.)*” (*Op. cit.*, p. 325.)

<sup>32</sup> CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 465 y ss.; JÉZE, *op. cit.*, p. 347.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> JÉZE, *op. cit.*, p. 336.

<sup>35</sup> Respecto a la posibilidad de que un usurpador se transforme, por circunstancias de hecho, en funcionario de facto, ver JÉZE, *op. cit.*, p. 330.

y con ello poder considerarse gobierno o funcionario de facto, con lo que sus actos serán válidos.<sup>36</sup> Si se trata de un gobierno revolucionario que se mantuvo como totalmente imperante durante un período de tiempo suficiente como para ejercer plenamente el poder, pero que luego es derrocado, sus actos serán nulos o anulables, pero no inexistentes;<sup>37</sup> si, finalmente se tratara de una corta y fracasada intentona revolucionaria, y en general de cualquier usurpación que no alcanza a modificar la normalidad institucional media, los actos son inexistentes; etc. La divergencia de soluciones deriva de que en cada caso es distinta la naturaleza de la usurpación al variar la apariencia de legitimidad del individuo actuante, y el poder material —esto es, el ejercicio efectivo de la función— de que en los hechos disponga.

8. 2º) *Vicios en la preparación de la voluntad.* Cuando la ley establece una serie de trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa, su incumplimiento vicia dicha voluntad. A título enunciativo analizaremos los siguientes casos:

a) *Defensa en juicio.* La garantía de la defensa en juicio es desde luego aplicable al procedimiento administrativo.<sup>38</sup> 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),<sup>39</sup> y de producir la prueba de descargo de que el interesado quiera valerse,<sup>40</sup> no se ha “preparado” la voluntad en la forma prevista por el orden jurídico. En el caso se ha considerado a veces que el acto es anulable<sup>41</sup> y otras nulo.<sup>42</sup> Nosotros nos inclinamos por la segunda solución, en todos los casos: Ello se funda en la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional,<sup>43</sup> cuya plena vigencia es la base esencial del goce de los demás derechos individuales;

<sup>36</sup> En esta solución por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre decretos-leyes: CSJN, *Fallos*, 240: 96 (1958); 243: 265 (1959); también PTN, *Dictámenes*, 65: 13.

<sup>37</sup> Ver CSJN, *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, 1868, *Fallos*, 5: 155, 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.

<sup>38</sup> Ver GORDILLO, A., “La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, nº 2, Buenos Aires, 1961, p. 43 y ss.

<sup>39</sup> DYROFF, citado por FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 326.

<sup>40</sup> V. GORDILLO, A., “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, nº 1, Buenos Aires, 1961, p. 45 y ss., donde nos referimos a la oportunidad de abrir a prueba el expediente.

<sup>41</sup> CSJN, *Fallos*, 212: 546; 218: 535; 222: 117; PTN, *Dictámenes*, 73: 30; 57: 215.

<sup>42</sup> CSJN, *Prov. de Santiago del Estero v. Enrique Campagno*, 1944, *Fallos*, 198: 78, excelente fallo; 192: 308; comparar los últimos fallos que citamos en “La vista de las actuaciones...” *op. cit.*, p. 44; 214: 624; 247: 161. PTN, *Dictámenes*, 71: 137 bis; Decreto 4.317/59, aplicado ese principio en un caso concreto.

<sup>43</sup> Sobre ello ver nuestra *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, p. 53.

y además, es una razón práctica: El único modo de que un funcionario público que ha desconocido esta garantía constitucional aprenda a respetarla y seguirla en el futuro, es restituyendo las cosas a su estado anterior y obligando al mismo funcionario a tramitar y resolver nuevamente la cuestión, esta vez con el debido respeto a los derechos del individuo. La experiencia demuestra que el criterio de considerar que el vicio de violación del derecho de defensa origina tan sólo la anulabilidad del acto, desemboca inevitablemente en que nunca ese derecho es efectivamente respetado en las jerarquías inferiores e intermedias de la administración: Sólo las etapas superiores dan al administrado 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.

b) *Licitación Pública*. Cuando la ley exige la realización de una licitación pública antes de dictar un acto determinado, el incumplimiento directo o indirecto (por ejemplo, una licitación viciada) de dicho requisito hace que el acto sea nulo.<sup>44</sup>

c) *Concurso*. Cuando la ley exige que se realice un concurso antes de adoptar una decisión, el acto dictado sin el cumplimiento previo del mismo es, por iguales razones, nulo. Ejemplos: Designaciones en la función pública,<sup>45</sup> otorgamiento de becas, premios, etc.

d) *Dictamen o trámite sustancial*. Cuando la ley exige algún trámite o consulta sustancial, como por ejemplo el dictamen de la Junta de Disciplina para la aplicación de sanciones disciplinarias en la Administración Pública nacional,<sup>46</sup> el acto dictado sin haberse cumplido ese requisito es nulo.<sup>47</sup>

“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.”<sup>48</sup>

En este aspecto entendemos que la omisión de requerir dictamen de los asesores jurídicos en la decisión de un recurso administrativo, vicia también de nulidad dicha resolución.

<sup>44</sup> CSJN, *Schmidt*, 1937, *Fallos*, 179: 249; 144: 255, *Di Leo*, 1925; 137: 383, *Bidondo*, 1923; 95: 33, *Villegas*, 1902; aunque estos precedentes no son actualmente *holding* en lo que atañe a las características que asignaron a la nulidad: Allí era “nulidad absoluta y manifiesta,” en el estricto sentido del Código Civil, lo que luego como ya vimos se abandonó en el caso *Los Lagos*. BIELSA, *op. cit.*, p. 125; BOSCH, *op. cit.*, p. 83.

<sup>45</sup> “Escalaforon para el personal civil de la Administración Pública,” puntos 15 y ss., según decretos 9.530/58, 11.941/59 y 6.590/60.

<sup>46</sup> Art. 44, decreto-ley 6.666/57; art. 64, ley de servicio exterior de la Nación, n° 12.951.

<sup>47</sup> CNFed CA, caso *De la Torre Peña*, en *LL*, 93: 496; ídem, caso *Eснаоla*, *LL*, 91: 612; PTN, *Dictámenes*, 76: 175.

<sup>48</sup> ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, p. 224; ODENT, R., *Contentieux Administratif*, t. III, París, 1958, p. 808-9.

9. 3º) *Vicios en la formación de la voluntad*. Se refiere a los vicios específicamente ocurridos durante el proceso mismo de la emanación de la voluntad administrativa que da vida al acto.

Deben considerarse varios casos:

a) *Actos simples dictados por órganos colegiados*. En los órganos colegiados, la voluntad emana de un órgano único constituido por varios individuos (Concejo Deliberante, Consejo Directivo, Asamblea, etc.) y son requisitos de la formación de la misma el que haya *sesión* (en cuanto reunión formal), *quórum* (numero legal para que el órgano pueda considerarse reunido) y *deliberación*. (Oportunidad de los miembros para hablar.)<sup>49</sup> La ausencia o irregularidad de alguno de estos requisitos vicia el acto; y la consecuencia a aplicar depende enteramente de la importancia que la irregularidad tenga en el caso concreto. La falta de quórum determina siempre la nulidad del acto, y lo mismo puede decirse de la falta de sesión —que incluso puede dar lugar a la inexistencia—;<sup>50</sup> la falta de deliberación en cambio lo haría tan sólo anulable.

b) *Actos complejos*. Estos actos, que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos de la administración,<sup>51</sup> constituyen un acto único: Por ello la ausencia o vicio de una de las voluntades que concurren al acto lo vicia en su totalidad.<sup>52</sup> Este principio general tiene muchas variantes, según veremos a continuación.

A) Si la voluntad viciada de nulidad es la del órgano que tiene una voluntad jurídicamente prevalente en el acto complejo,<sup>53</sup> entonces el acto será nulo. (En la hipótesis, la nulidad de la voluntad del Presidente de la Nación hace nulo el Decreto del Poder Ejecutivo.) B) Si las voluntades que concurren al acto complejo son iguales —por ejemplo, los casos en que el Poder Ejecutivo dicta actos con acuerdo del Senado,<sup>54</sup> art. 86, incisos 5º, 9º, 10, 16 y 19, C.N.—, la nulidad o inexistencia de una de esas voluntades (cualquiera de ellas) acarrea también la nulidad o inexistencia, según el caso, del acto complejo. C) Si, por fin, una de las voluntades que concurren al acto complejo tiene en cambio un cierto carácter

<sup>49</sup> 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: Anulabilidad.

<sup>50</sup> Por ejemplo una decisión adoptada por los miembros de un Consejo Deliberante o un Consejo Directivo al término de una cena de camaradería.

<sup>51</sup> A diferencia de los actos simples, que emanan de un solo órgano, sea éste individual o colegiado. Ejemplo de acto complejo: Un Decreto del Poder Ejecutivo, que se forma por el concurso de la voluntad del Presidente de la Nación y el Ministro del ramo.

<sup>52</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 124 y ss.

<sup>53</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 124.

<sup>54</sup> Desde luego, los nombramientos con acuerdo del Senado son actos *administrativos* complejos, y no actos legislativos. Conf. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 70: 57; lo que corrobora nuestra tesis acerca del concepto de “función administrativa” y de “acto administrativo.” *supra*, cap. II, n° 6 al 14.

accesorio, y está sometida a otra voluntad principal, entonces su nulidad puede significar, a nuestro criterio, tan solo la *anulabilidad* del acto complejo. (Así, por ejemplo, la nulidad de la voluntad del Ministerio determinaría la anulabilidad del Decreto del Poder Ejecutivo.)

A) A su vez, si el vicio de la voluntad preponderante es uno de los que por sí mismo, si el acto fuera simple y no complejo, sólo daría lugar a la anulabilidad del acto simple, el acto complejo sería igualmente anulable. (Por ejemplo error, desviación de poder, etc. del Presidente.) B) Igualmente, si el acto complejo presenta dos voluntades iguales, entonces el vicio de anulabilidad de alguna de ellas se traslada con sus mismas consecuencias al acto complejo mismo. (Por ejemplo, si el acuerdo del Senado se produce sin haber permitido la deliberación, el acto de nombramiento sería anulable.) C) Pero si la voluntad que sufre un vicio de los que originan la anulabilidad es tan sólo la voluntad accesoria del acto complejo, parecería entonces, creemos, que ese vicio no afecta la validez del acto. (Por ejemplo, un error o desviación de poder en que haya incurrido el Ministro del ramo no afectaría la validez del Decreto del Poder Ejecutivo.)

c) *Actos que requieren autorización.* Cuando la ley exige que antes de dictarse un acto determinado debe requerirse la autorización de otro órgano (por ejemplo, las leyes orgánicas de las entidades autárquicas a veces las obligan a pedir autorización del Poder Ejecutivo para vender inmuebles o para realizar ciertas contrataciones), el acto dictado sin esa autorización previa es nulo,<sup>55</sup> y por lo tanto no es admisible su confirmación mediante una autorización *a posteriori*.<sup>56</sup> Admitir la posibilidad de confirmación del acto mediante una autorización tardía implica desvirtuar el sentido de la exigencia legal, transformándola indebidamente en un especie de aprobación. Lo que la ley exige es la *autorización previa* al acto, y ese vicio no puede racionalmente *subsanarse* si *el acto ha sido ya dictado*. Para corregir ese vicio debe darse una autorización para dictar el acto, y entonces, con posterioridad a la misma, producirlo: Pero ello significa que deberá dictarse un acto nuevo; o sea, que el acto primero, dictado sin autorización, es en sí mismo inconfirmable.

d) *Actos que requieren aprobación.* El acto que debe ser aprobado con posterioridad a su emisión por otra autoridad es válido, pero no ejecutivo, 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.

<sup>55</sup> PTN, *Dictámenes*, 69: 221.

<sup>56</sup> En contra, PTN, *Dictámenes*, 50: 173; D'ALESSIO, E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Turín, 1939, 2ª ed., p. 226; LENTINI, ARTURO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1939, p. 226; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321, por su parte, se expresa en el sentido indicado en el texto, pero admite que en la práctica ocurra lo contrario.

La solución es firme en el sentido de que "...faltando la aprobación el acto administrativo carece de eficacia y no tiene fuerza ejecutoria,"<sup>57</sup> y no puede generar derechos subjetivos a favor de los particulares,<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

Por lo demás, el acto de aprobación es por definición posterior al acto que debe producir los efectos, y por ello no puede acordarse por anticipado respecto de actos futuros.<sup>60</sup>

Según la doctrina dominante, la aprobación es declarativa, y por ello los efectos del acto aprobatorio se producen retroactivamente a la fecha del acto originario, y no desde la del acto de aprobación.<sup>61</sup> No compartimos, sin embargo, esa doctrina, porque entendemos que acto administrativo es el que "de suyo" produce efectos jurídicos. Dado que el acto no aprobado no produce todavía efectos jurídicos, él no constituye un acto administrativo: La aprobación viene a perfeccionar el acto y por ello no puede diferenciarse en cuanto a sus efectos del acuerdo de voluntades o cualquier otro tipo de actos en el que intervienen más de una voluntad. Entendemos por tanto que la aprobación es constitutiva, y que los efectos deben producirse sólo a partir de la misma. Con todo, ello no significa que estemos ante un acto complejo: Se trata simplemente de que la ley exige la intervención consecutiva de dos voluntades con el fin de que se puede producir un efecto jurídico; no hay acto complejo porque las voluntades no se funden en un mismo fin, sino que tienen distintas orientaciones y finalidad;<sup>62</sup> pero ello no quita que el efecto se produce sólo por el concurso de las dos voluntades, con lo que él viene a nacer recién cuando ese evento se produce, y sólo para el futuro.

Por lo demás, en un caso que alguna similitud guarda con el presente se ha arribado a igual solución: La *publicación* de un acto, que lo hace eficaz y ejecutivo, no produce efectos retroactivos sino constitutivos; por lo tanto, el principio debe ser el mismo en el caso del acto sujeto a aprobación: *Eadem ratio, idem jus*.

En el tema de la "aprobación" es necesario también referirse a lo siguiente: Para que ella exista en el sentido estricto del término se requiere que el órgano que dicta el acto originario sujeto a aprobación, tenga competencia para dictarlo; si éste carecía de tal competencia, y dicta un mero acto preparatorio, "ad refe-

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> PTN, *Dictámenes*, 70: 127.

<sup>59</sup> CSJN, *Honoré y Bowen*, 1887, *Fallos*, 31: 307; 120: 57, *Anselmo Gómez*, 1914; y *JA*, *Mallet*, 1922, 8: 8; Sup. Trib. Sta. Fe, en *JA*, 75: 285, con nota de SPOTA; PTN, *Dictámenes*, 47:1.

<sup>60</sup> PTN, *Dictámenes*, 47: 1; D'ALESSIO, *op. cit.*, t. II, 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.

<sup>61</sup> PTN, *Dictámenes*, 52: 521; SANDULLI, ALDO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Padova, 1952, pp. 230, 241; BODDA, P., *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, pp. 122-4; DIEZ, *op. cit.*, p. 136.

<sup>62</sup> Y el acto administrativo aprobado se imputa al ente que dicta el primer acto, no al que lo aprueba. V. SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 193.

réndum” del órgano competente, no hay en verdad una aprobación, sino un acto nuevo: Por ello, en este caso es opinión no controvertida que el acto no produce efectos retroactivos. Si, a su vez, el acto dictado por órgano incompetente no era “ad referéndum” 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 un saneamiento retroactivo del vicio. (Si es un vicio de incompetencia en razón del grado; no, en principio, si lo es en razón de la materia.)

e) *Actos sujetos a observación del Tribunal de Cuentas.*

De acuerdo al artículo 85 de la Ley de Contabilidad, son atribuciones del Tribunal de Cuentas “Analizar todos los actos administrativos que se refieran a la hacienda pública y observarlos cuando contraríen o violen disposiciones legales o reglamentarias, dentro de los sesenta días de haber tomado conocimiento de los mismos.”

“A tales efectos, dichos actos, juntamente con los antecedentes que los determinen, deberían serles comunicados antes de entrar en ejecución.”

Los actos administrativos que se refieran a la hacienda pública, pues, deben “serles comunicados (al Tribunal de Cuentas) antes de entrar en ejecución.” Como se advierte, la ley exige tan sólo la *comunicación* como requisito previo a la entrada en ejecución, y por ello el acto *comunicado* al Tribunal de Cuentas puede ya ser ejecutado, sin esperar el plazo de 60 días de que dispone el Tribunal para observarlo.

El “visto” del Tribunal de Cuentas se diferencia así de la “aprobación” en que en este caso el acto existe y produce sus efectos jurídicos antes de que el acto de contralor —el visto— se produzca. Por lo demás el visto del Tribunal de Cuentas sólo puede referirse a problemas de legitimidad en materia de disposición de fondos públicos, mientras que la aprobación permite controlar tanto la legitimidad como la oportunidad del acto.

Si el Tribunal da el visto bueno en forma expresa, o deja transcurrir el plazo de 60 días que la ley prevé sin hacer observación alguna (visto bueno tácito), queda eliminada esta especie de condición resolutoria a que estaba sujeto el acto, el cual queda en consecuencia totalmente válido y eficaz desde la fecha de la comunicación. Desde luego, si el acto administrativo tiene en verdad algún vicio, el visto bueno expreso o tácito del Tribunal de Cuentas no opera en modo alguno como convalidación y, en su caso, la autoridad administrativa o judicial podrán anularlo si así corresponde de acuerdo a los principios generales en materia de nulidades.

Si, en cambio, el Tribunal de Cuentas observa formalmente el acto dentro del plazo legal, éste pierde su ejecutividad<sup>63</sup> y por lo tanto no obliga a los particulares

<sup>63</sup> CSJN, *Salazar*, 1940, *Fallos*, 187: 483; 187: 655, *Feilberg*, 1940; 229: 320, *Waldorp*, 1954; Decreto 9.613/59, B. O. 12-VIII-1959, aplicando esa solución en un caso concreto; PTN, *Dictámenes*,

ni a la administración, la que puede revocarlo sin incurrir en responsabilidad alguna,<sup>64</sup> ya que no le alcanza la cosa juzgada administrativa.<sup>65</sup> Ello se funda en la disposición del artículo 87 de la Ley de Contabilidad, según el cual “Las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas serán comunicadas al organismo de origen y suspenderán el cumplimiento del acto en todo o en la parte observada.” El acto observado, en consecuencia, pierde así sus eficacia, pero no su validez; esto, desde luego, independientemente de que el acto observado tenga efectivamente un vicio, pues en tal caso su vicio existe con prescindencia de que el Tribunal de Cuentas lo haya observado o no. Por lo tanto, la “observación” en sí sólo hace perder ejecutividad al acto; la invalidez del mismo depende del vicio intrínseco que tenga, y no de la declaración que de él haga el Tribunal de Cuentas.

Por aplicación de los principios generales, si la administración ejecutara el acto observado, está cometiendo un hecho irregular, y los actos de ejecución serán anulables. (V. *infra*, f.)

En caso de que el acto de observación efectuado por el Tribunal de Cuentas adolezca de algún vicio que acarree la anulabilidad o la nulidad del mismo, es de destacar que a pesar de todo la observación tiene presunción de legitimidad y produce sus efectos jurídicos propios de suspender el cumplimiento del acto observado: Ello, por aplicación de los principios generales en materia de actos administrativos viciados. (*Supra*, cap. III.) Sólo en caso de *inexistencia* podría decirse que la observación del Tribunal de Cuentas no produce su efecto propio de suspender el acto observado. Entendemos que un caso típico de *inexistencia* sería en este caso una observación efectuada indiscutiblemente fuera del término legal; si en cambio, faltaran algunos de los miembros del Tribunal, y uno de ellos ejerciera *de facto* la facultad de observación (durante el período legal), podría en cambio estarse en la hipótesis de existencia, y por lo tanto presunción de legitimidad.

f) *Actos observados por el Tribunal de Cuentas, sujetos a insistencia del Poder Ejecutivo.*

El artículo 87 de la ley establece que en caso de observación por el Tribunal de Cuentas, “El Poder Ejecutivo, bajo su exclusiva responsabilidad, podrá insistir en el cumplimiento de los actos observados por el Tribunal de Cuentas.” Y más adelante agrega: “En jurisdicción de los poderes Legislativo y Judicial, la insistencia será dictada por el presidente de la respectiva cámara o por el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente.”<sup>66</sup>

70: 127, y otros.

<sup>64</sup> Fallos citados en nota 63.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> Esta norma indica que para la ley de contabilidad la actividad administrativa de órganos legislativos o judiciales se rige enteramente por el derecho administrativo, como ya lo sostuvimos *supra*, cap. III.

Es necesario determinar qué efectos produce el acto de *insistencia*, que, desde luego, es un *acto administrativo* que se rige enteramente por los principios pertinentes, tanto en el caso de ser dictado por el Poder Ejecutivo como por el presidente de la Cámara de Diputados o de Senadores o por el presidente de la Corte Suprema; con lo que, una vez más, se demuestra la corrección del concepto de “acto administrativo” y de “función administrativa” que hemos ofrecido en disidencia con parte de la doctrina dominante.<sup>67</sup>

Pues bien, dado que el acto observado *produjo desde su comunicación efectos jurídicos*, y que éstos fueron posteriormente (esto es, estando ya en vigencia el acto) suspendidos por la observación legal del Tribunal de Cuentas, la insistencia del Poder Ejecutivo<sup>68</sup> produce efectos *retroactivos* a la observación, y por consecuencia el acto se considerará válido y eficaz desde la comunicación al citado organismo.<sup>69</sup>

Acá se justifica dicha solución, a diferencia de la idéntica que ofrece la doctrina en el caso del acto sujeto a *aprobación*, porque el acto insistido era ya un acto administrativo antes de la insistencia, sólo que estaba momentáneamente paralizado en sus efectos —o sea, “suspendido”. En el caso del acto sujeto a aprobación, en cambio, dicho acto no había producido nunca efectos jurídicos inmediatos; de allí que a nuestro criterio no se justifique considerar retroactivo al acto de aprobación, según dijimos.

Si el acto de insistencia tuviera a su vez algún vicio, son de aplicación analógica los principios en materia de acto complejo igual (*supra*, n° 9, apart. b), y por lo tanto un vicio de nulidad o anulabilidad en la insistencia vicia el todo del acto insistido. No obstante, en tales casos el acto deberá ejecutarse, porque según ya explicamos el vicio de nulidad no destruye en nuestra jurisprudencia la presunción de legitimidad y ejecutividad del acto administrativo. En cambio, si el acto de insistencia pudiera considerarse inexistente, entonces no podrá tener fuerza jurídica el acto insistido.

10. Terminamos así con el análisis de los vicios del acto administrativo que se pueden producir durante la *formación de la voluntad*, dentro de los vicios de tipo *objetivo* de la misma.

Nos referimos a continuación a los vicios *de tipo subjetivo* —que, repetimos, no son intrínseca y necesariamente psicológicos—, entre los que se cuentan 1°) la desviación de poder, 2°) arbitrariedad, 3°) error, 4°) dolo, violencia.

### B) *Vicios de tipo subjetivo*

11. 1°) *Desviación de poder*. Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. Este vicio del acto

<sup>67</sup> Ver *supra*, cap. II, n° 6 al 14, p. EAA-II-3 y ss.

<sup>68</sup> O en su caso del presidente de la Corte Suprema o de las cámaras legislativas.

<sup>69</sup> Conf., *dictum* en los dictámenes de la Procuración del Tesoro, 74: 322: “...la sola insistencia del Poder Ejecutivo... hace recuperar eficacia jurídica a dichos actos...”

administrativo es aceptado y aplicado en Francia, pero su vigencia en el derecho administrativo argentino es motivo de dudas. Puede afirmarse en principio que este vicio (es decir, el considerar que la desviación de poder sea un vicio del acto administrativo) no es aceptado y aplicado con uniformidad *en la practica*, en materia de actos administrativos; pero que hay tendencias y antecedentes jurisprudenciales fuertes en pro de su aceptación como regla.

En cuanto al fundamento que existe en el derecho argentino para considerar viciado un acto con desviación de poder, él reside en que cuando las leyes tienen una finalidad que se desprende de su contenido, debe entenderse que cuando confieren una determinada facultad al administrador lo hacen en tanto y en cuanto sea necesario para llenar esa finalidad. Ello, unido a que el administrador tiene su competencia restringida a lo que la ley determina, indica que el funcionario tiene la facultad que le confiere la ley restringida y orientada al cumplimiento de la finalidad de la misma.<sup>70</sup>

En consecuencia, cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por la ley, su conducta es por ello sólo antijurídica: El administrador no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de la ley, sino con la finalidad prevista por ella.<sup>71</sup>

Entre los antecedentes acerca de la aplicación de este principio el más fuerte es el fallo de la Sala en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional Federal de la Capital, en la causa *De La Torre, José Alejandro*,<sup>72</sup> 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 de las que dan lugar al recurso organizado por los arts. 24 y 25 del decreto ley 6.666/57,” lo que, unido a que tampoco como cesantía el acto sería legítimo, se lo anulara.

También la Procuración del Tesoro ha dicho, en sentido similar, que “Es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de las facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquellas 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

<sup>70</sup> Conf. LINARES, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*, p. 81 y ss.; aunque este autor hace un planteo más amplio e incluye a la desviación de poder dentro de la arbitrariedad. En igual sentido que LINARES: BIRDART CAMPOS, GERMÁN J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, La Plata, 1961, p. 343 y ss, especialmente p. 347. Admite la desviación de poder, aunque vinculándola con la causa, FIORINI, BAROLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1952, p. 110 y ss.; en igual sentido DIEZ, *op. cit.*, p. 405. Por su parte BOSCH, JORGE T., *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 150 y ss., demuestra la constitucionalidad de este tipo de contralor. Ver también GORDILLO, A., “La desviación de poder en el derecho argentino,” artículo citado, *RAP*, 2, 93 y ss.

<sup>68</sup> Ídem .

<sup>72</sup> En *RAP*, n° 2, Buenos Aires, 1961, pp. 96-7, con nuestra nota.

hay substratum de arbitrariedad..., desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.”<sup>73</sup>

Por último, la Corte Suprema en un reiterado *dictum* afirma que los actos dictados en virtud del estado de sitio serán inválidos “...cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los *finés* del art. 23. Tal lo que sucedería, por ejemplo, si hoy y con invocación de la ley 14.785<sup>74</sup> se impidiera a un extranjero el ejercicio del derecho a testar o a casarse conforme a las leyes, reconocido por el art. 20 de la Constitución Nacional.”<sup>75</sup>

El principio de la desviación de poder encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta:<sup>76</sup>

a) *El funcionario actúa con una finalidad personal*: Trataríase de las hipótesis en que actuara con un fin de venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado al contravenir la finalidad de la misma;

b) *el funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a una tercero o grupo de terceros*: Ello ocurre cuando, también aquí sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública, y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc.

c) *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración*: Éste es una caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de contralor de la moralidad; etc.

12. 2º) *Arbitrariedad*.<sup>77</sup> La arbitrariedad en cuanto vicio que hace antijurídico a un acto (o dicho de otra forma, la exigencia de la razonabilidad para que un acto sea jurídico) es una construcción jurisprudencial de la Corte Suprema aplicable a

<sup>73</sup> PTN, *Dictámenes*, 51: 91; también 64: 114.

<sup>74</sup> El tribunal se refiere aquí a la ley que declaró el estado de sitio, en la oportunidad del fallo.

<sup>75</sup> CSJN, *Sofía*, 1959, *Fallos*, 243: 504. El subrayado es nuestro.

<sup>76</sup> Para otros aspectos de la aplicación del principio, ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 373 y ss.; WALINE, *op. cit.*, p. 444 y ss.; GORDILLO, *Introducción, op. cit.*, p. 79.

<sup>77</sup> La primera parte de este apartado fue publicada, con ligeras variantes, bajo el título “El acto administrativo arbitrario,” en la *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1962, n° 6.

las sentencias judiciales.<sup>78</sup> Se dice que las mismas son “sentencias arbitrarias” y con ello constitucionalmente nulas por violación de la garantía de la defensa en juicio, cuando a) deciden cosas no sometidas a decisión u omiten resolver otras expresamente planteadas, o b) prescinden de los hechos probados, o se fundan en hechos no probados, o c) prescinden de fundar en derecho la decisión adoptada.<sup>79</sup>

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 entonces que es una “Ley *razonable*... lo que debe servir de fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la administración,”<sup>80</sup> se concluye también que el acto administrativo está igualmente sometido a través de la ley que ejecuta al principio supremo de la razonabilidad.<sup>81</sup>

Con todo, y para no inducir en error al lector, debemos apresurarnos a destacar que esta aplicación al acto administrativo del principio de la razonabilidad (o sea, la prohibición jurídica de que el acto sea arbitrario) es un desideratum de la doctrina, que si bien cuenta con cada vez más fuertes antecedentes jurisprudenciales, no es todavía, en nuestro sentir, un principio plenamente vigente en la práctica; concretamente: No hay todavía una jurisprudencia orgánica que permita declarar con certeza que todos los principios que nacen de la razonabilidad se apliquen a los actos administrativos en forma íntegra y efectiva.

Pero, va de suyo que los mismos argumentos que existen para aplicarlos en el orden judicial o legislativo militan para hacerlo en lo administrativo; y hay ya fallos que constituyen una firme orientación en el sentido indicado, y que establecen incluso expresamente la aplicabilidad de la doctrina sobre “arbitrariedad” (o a la inversa, sobre “razonabilidad”) al acto administrativo.

<sup>78</sup> El principio de la razonabilidad es también aplicable a las leyes; pero lo que fundamentalmente interesa con respecto a los actos administrativos en sentido estricto es lo referente a las sentencias, porque su similar naturaleza formal —acto concreto de aplicación del derecho— justifica la aplicación analógica de los respectivos principios y caracteres del requisito de la razonabilidad.

<sup>79</sup> Ver CARRIÓ, GENARO, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.; FIORINI, BAROLOMÉ, “Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales,” en *LL*, 88: 921; YMAZ, ESTEBAN, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” *LL*, 67: 741; STROHM, ERICH, “Sentencias inconstitucionales” en *JA*, 1954-III, p. 12, s. doc.; DASSEN, JULIO, “Algunas consideraciones sobre las sentencias arbitrarias,” en *JA*, 26-III-1962; y las referencias contenidas en el libro de YMAZ y REY, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1943; e ídem, actualizado por REY y PALACIO, LINO, Buenos Aires, 1962.

<sup>80</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 114. Con este libro es LINARES, desde luego, el principal sostenedor de la aplicación del principio de la razonabilidad al acto administrativo.

<sup>81</sup> 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. *Op. cit.*, pp. 42 y ss., 115 y ss., 129 y ss.

En el caso *Reyes*, del año 1959,<sup>82</sup> 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 sentencia,<sup>83</sup> 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*.”<sup>84</sup>

Esa doctrina fue reiterada en el caso *Aldamiz*, del año 1960,<sup>85</sup> 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...”<sup>86</sup>

El Procurador General de la Nación, por su parte, expresó en el último caso citado que si bien el órgano administrativo puede apreciar los hechos, ello “no significa, en modo alguno, que el ejercicio de esta facultad pueda quedar exento de sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa, aun al discrecional, para producir efectos jurídicos válidos.”

“Lo contrario, significaría equiparar discrecionalidad con arbitrariedad, lo cual no es admisible.”<sup>87</sup>

13. Incluimos a la arbitrariedad como un vicio de tipo subjetivo de la voluntad en los actos administrativos, en atención a que la caracterización que se hace en los fallos es precisamente que el juez o el administrador ha prescindido de la sujeción a la ley y a la prueba, *fundándose en su sola voluntad* al adoptar la decisión.

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, etc.

<sup>82</sup> CSJN, *María Consuelo López de Reyes v. Instituto Nacional de Previsión Social*, 25-IX-1959, *Fallos*, 244: 548.

<sup>83</sup> “...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.”

<sup>84</sup> Fallo cit., p. 554. El subrayado es nuestro.

<sup>85</sup> *Fallos*, 248: 625.

<sup>86</sup> Fallo citado 248: 627.

<sup>87</sup> *Ídem*, p. 625.

Los casos incluidos dentro de la arbitrariedad, en cuanto vicio del acto, son los siguientes:

a) *Actos que omiten decidir* puntos comprendidos en el expediente, oportunamente propuestos por el recurrente o interesado, y que eran conducentes a la solución del caso.<sup>88</sup> El administrado tiene así, en nuestro concepto y por aplicación analógica del criterio jurisprudencial mencionado respecto a las sentencias arbitrarias, derecho a obtener una “consideración explícita”<sup>89</sup> de lo aducido, y el acto administrativo que no cumpla con este requisito será nulo.

b) *Decisiones que prescinden de los hechos* acreditados en el expediente, o se fundan en hechos o pruebas inexistentes,<sup>90</sup> o carecen de todos modos de una situación de hecho que los justifique.<sup>91</sup> Este principio es también aplicable al acto administrativo, y si el mismo adolece del señalado vicio, fundándose en hechos no acreditados en las actuaciones o desconociendo hechos debidamente probados o de público conocimiento, es nulo. Cabe destacar que se comprenden también aquí los casos en que el administrador simplemente actúa sin que exista situación objetiva que en modo alguno justifique la decisión adoptada: O sea, cuando prescinde de que nada en la realidad justifica razonablemente su decisión.<sup>92</sup>

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 1º) ausencia de causa, 2º) falsa causa, o 3º) ausencia de motivos.

1º) *Ausencia de causa*: Es cuando no hay una situación objetiva de hecho<sup>93</sup> que se encuentre en la base del acto.<sup>94</sup> Por ello, aunque la ley no prevea jurídicamente ninguna situación de hecho como causa necesaria de un acto en particular,<sup>95</sup> no por ello se destruye la necesidad de que exista una causa real.<sup>96</sup>

<sup>88</sup> *Fallos*, 233: 213; 234: 307; 239: 320; 241: 405; 247: 111 y 560, etc.

<sup>89</sup> *Fallos*, 241: 405.

<sup>90</sup> *Fallos*, 235: 654; *JA*, 26-III-1962, con nota de JULIO DASSEN.

<sup>91</sup> En esta hipótesis hay un antecedente de la Procuración del Tesoro de la Nación, en que administrativamente se declaró nulo un acto (disminución del sueldo de un empleado público, antes de la vigencia del Estatuto) dictado sin situación de hecho alguna que lo justificara. (P. ej., razones económicas o disciplinarias.) Ver DPT, 51: 91.

<sup>92</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 142, habla de la valoración y selección de las circunstancias del caso “para determinar cuál de ellas debe ser la rectora;” “Por supuesto que aquí cabe una razonable o una irrazonable operación estimativa;” en nuestro caso se trataría de una carencia de la misma valoración y selección de las circunstancias del caso.

<sup>93</sup> No comprendemos aquí, sino en la tercer hipótesis de arbitrariedad —la falta de fundamentación normativa— la “causa” en cuanto a situación objetiva *de derecho* de que habla por ejemplo VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Toulouse, 1934, p. 361 y ss.

<sup>94</sup> HAURIU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, 12ª ed., p. 435.

<sup>95</sup> O sea, cuando no hay una facultad reglada. Ver nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 72 y ss.

<sup>96</sup> Ver PRAT, JULIO A., *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957, p. 67 y sus referencias doctrinarias.

2º) Falsa causa, o sea cuando el agente administrativo expresa o implícitamente disfraza la inexistencia de la causa;<sup>97</sup> al igual que en el caso anterior, se trata de que prescinde de los hechos, o de la inexistencia de hechos reales, para fundar aparentemente la decisión en otros hechos que carecen de relevancia para el caso.

3º) Ausencia de motivos (*défaut de motif légal*), en cuanto hechos objetivos que fundamentan racionalmente la decisión; que la provocan, que son su razón de ser.<sup>98</sup>

En conclusión: Es un elemento de la legitimidad del acto administrativo, aquí denominado razonabilidad, que éste repose sobre una justificación objetiva que lo fundamente racionalmente: Cuando el acto desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe, será nulo; esto, que conceptualmente podría denominarse teoría de la causa o de los motivos determinantes queda comprendido dentro del requisito de la razonabilidad, así como él a sido aplicado por la Corte Suprema en los precedentes a que se ha hecho mención. (*Reyes y aldamiz*.)

c) *Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria*<sup>99</sup> o *cometen un total e inexcusable error de derecho*.<sup>100</sup> Será nulo, en consecuencia, el acto administrativo que no esté seria y razonablemente fundamentado en el orden jurídico positivo; pero el simple error de derecho no constituye vicio de arbitrariedad.<sup>101</sup> Comprendemos aquí los casos que en doctrina se han denominado 1º) ausencia

<sup>97</sup> VEDEL, *op. cit.*, p. 376.

<sup>98</sup> BONNARD, ROGER, artículo en *Revue de Droit Public*, París, 1923, p. 103; LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 208, 377 y ss.

<sup>99</sup> CSJN, *Jacobson c. Canaro*, 1959, *Fallos*, 244: 523, expone diáfananamente la doctrina de la Corte: "Que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las resoluciones de los tribunales de justicia deben ser fundadas. En razón de su carácter de órganos de aplicación del derecho deben, en efecto, conformar sus decisiones a la ley y a la jurisprudencia y doctrina vinculadas con la especie del caso a decidir. Y ello debe resultar del razonamiento cumplido en el acto del juzgar, de tal modo que la decisión aparezca como derivación razonada del derecho vigente y no como producto de la voluntad individual del juez. *Fallos*, 234: 82; 236: 27, 156; y otros."

"Que el cumplimiento de la exigencia señalada por esta jurisprudencia impone a los jueces la necesidad de determinar la regla general de derecho aplicable a las circunstancias del caso a decidir. Sin duda puede tratarse de un principio admitido por la jurisprudencia o derivado según la doctrina de las características básicas del ordenamiento jurídico vigente. Incluso puede referirse la decisión a normas obvias, que no requieren declaración expresa. Pero lo que no debe ocurrir es que lo argüido no permita vincular la solución del caso con el sistema legal vigente, en otra forma que por referencia a la libre estimación del juez." (Fallo citado, p. 525.)

<sup>100</sup> Ver YMAZ, "Arbitrariedad y recurso extraordinario," artículo citado, p. 750. CARRIÓ clasifica estos vicios de la siguiente manera: 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, en sustitución de normas positivas inmediateamente aplicables. (*Op. loc. cit.*)

<sup>101</sup> *Fallos*, 237: 74, 142, y otros.

de causa, en cuanto situación objetiva *de derecho* en la base del acto; 2º) la causa ilícita, en tanto que alegación de fundamentos jurídicos que no justifican el acto.

d) *Razonabilidad y proporcionalidad*. Corresponde agregar a esos tres supuestos de arbitrariedad, un caso intrínsecamente igual, que ha sido también aplicado por la jurisprudencia específicamente en relación a los actos administrativos.

Nos referimos al principio de que todos los actos estatales sin excepción están sometidos al control de razonabilidad en el siguiente aspecto: Que deben guardar una proporción adecuada entre los medios que emplean y el fin que la ley desea lograr; es decir, “que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador.”<sup>102</sup> No se trata de un caso más de desviación de poder,<sup>103</sup> pues el funcionario usa aquí del poder que le da la ley con la misma finalidad prevista por la ley, sólo que excediéndose en los medios empleados: Sería por ejemplo el caso de que el Poder Ejecutivo, para impedir la publicación de un diario subversivo, dispusiera no sólo la clausura del periódico sino también la detención de todos los que han intervenido en su impresión y circulación (linotipistas, obreros, choferes, repartidores, canillitas, etc.); o que para preservar el orden en la Capital Federal, por ejemplo, ordenara la detención de todos los habitantes de la misma, etc.

14. 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; y que, 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 expresa del orden jurídico, sino 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. Cuando el administrador, en cambio, aprecia razonablemente los hechos y funda seriamente y sin palmario e indubitable error de derecho el acto, el mismo no está viciado de arbitrariedad, aunque en verdad la resolución aplique erradamente el derecho a los hechos del caso, y corresponda en definitiva que se la deje sin efecto: Pero en tal caso la revocación o anulación del acto habrá de fundarse en un vicio en el objeto del acto, y no en la voluntad caprichosa del administrador.

<sup>102</sup> CSJN, *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, *Fallos*, 248: 800, 815, y sus precedentes: 171: 348, 362; 199: 483, 530, y otros. Esta doctrina ha sido expuesta en particular con relación a actos dictados en virtud del estado de sitio.

<sup>103</sup> Como al parecer lo entiende BIDART CAMPOS, artículo citado, p. 346. Por otra parte no consideramos aceptable el intento de reunir todos los casos de arbitrariedad, y los de desviación de poder, en un solo grupo amorfo. Creemos más claro, y por ello más útil, destacar los diferentes principios y separarlos conceptualmente, a fin de dar mayor precisión a la aplicación de los mismos. Nos apartamos en este aspecto, pues, del criterio de LINARES (*op. cit., loc. cit.*) y de BIDART CAMPOS.

Por ello, relacionado el vicio que comentamos con los principios generales del derecho administrativo, corresponde decir que constituye un límite a la actividad discrecional de la administración.

Toda vez que estamos en presencia de una facultad reglada, que condiciona el objeto del acto a la existencia de determinada situación de hecho, el vicio del acto, en caso de ser dictado sin existir la situación de hecho prevista por la ley, no es el de causa (ilícita, falsa o inexistente) ni el de arbitrariedad, sino simplemente un vicio en el objeto, por no constituir el objeto autorizado o determinado por la ley para el caso concreto, o por haber sido dictado en un caso distinto del que la ley determinaba. Estos límites a las facultades discrecionales, que originan la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, son de aplicación con respecto a todos los actos dictados por órganos administrativos o en ejercicio de la función administrativa; incluso para el Poder Ejecutivo en sus actividades anteriormente llamadas de gobierno, y que desde luego forman parte de la simple actividad administrativa.

15. 3<sup>o</sup>) *Error*. El error es un vicio subjetivo de la voluntad; debe versar sobre un elemento sustancial del acto.<sup>104</sup> El acto viciado de error esencial es anulable;<sup>105</sup> si el error no es esencial el acto es válido.<sup>106</sup> Ejemplos: 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.

No corresponde, a nuestro juicio, considerar como vicio de error las hipótesis en que el administrador aprecia erróneamente los hechos o el derecho, y en base a ellos dicta una decisión que tiene total y certera voluntad de dictar: Por ejemplo, no hay vicio de error 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 dicha persona no reunía los requisitos legales; si pensando que el orden jurídico lo autoriza a tomar cierta decisión, la adopta, y resulta luego que el orden jurídico se la prohibía. En tales casos *no hay un 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 hechos o del derecho aplicable para dictar el acto, y constituye por lo tanto sea *un vicio en el objeto del acto* (por dictar un acto contrario a la ley), sea *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. Es errada, pues, la denominación que la Corte Suprema da a los

<sup>104</sup> BIELSA, *op. cit.*, t. II, pp. 24-5.

<sup>105</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 125; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 513.

<sup>106</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.*

numerosos casos en que el administrador dictó actos en contravención a normas jurídicas determinadas o en situaciones para las cuales las normas jurídicas lo desautorizaban a dictar el acto emanado, como “error de derecho” y “error de hecho;”<sup>107</sup> el error en cuanto vicio de la voluntad sólo existe cuando el administrador dicta un acto distinto del que tenía voluntad de dictar: Quería hacer una cosa, y firmó otra. En los demás casos, el vicio estará en el objeto del acto o en la arbitrariedad del funcionario, pero no en el error.

Sólo excepcionalmente puede admitirse que un error en los fundamentos pueda ser considerado típicamente como vicio de error en la voluntad, cuando el administrador *crea que está obligado* a hacer algo, y por eso dicta el acto. Aquí la voluntad estaría viciada en sí misma, en cuanto no hizo el acto por libre decisión, sino por obedecer a la ley: Si se comprueba que hay error, se trataría de un caso de anulabilidad.

16. 4º) *Dolo. Violencia*. Estos casos, propios del derecho civil, raramente se llegarán a presentar en el derecho público en circunstancias tales que puedan dar lugar a una revisión del acto; pero de cualquier manera, si se llegaran a producir, y fueran esenciales en relación a la declaración administrativa, la harían anulable.<sup>108</sup>

Con ellos concluimos la consideración de los vicios de tipo subjetivo en la *voluntad* administrativa, y pasamos a los vicios en el objeto del acto.

#### IV. Objeto

17. El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina. Puede estar viciado 1º) por ser prohibido por la ley, 2º) 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 aquel en que ha sido dictado (facultades regaladas), 3º) para ser impreciso u oscuro, 4º) por ser absurdo, 5º) por ser imposible de hecho.

1º) *La prohibición del objeto* la tomamos en el sentido estricto de objeto ilícito, es decir, jurídicamente imposible: La orden de cometer un delito es así el ejemplo más claro 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.

2º) *Facultades regladas*. Si la ley (en sentido lato) dispone que un objeto determinado habrá de dictarse ante una determinada situación de hecho, el acto estará viciado en el objeto tanto si a) se dicta ese objeto del acto ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley, como b) si ante la situación de hecho prevista por la ley, se dicta un distinto objeto del determinado por ella.

<sup>107</sup> Ver dichos fallos en BOSCH, “La extinción....,” *op. cit.*

<sup>108</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 125.

En consecuencia, toda vez que la ley exija determinadas condiciones de hecho (ejemplo: 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 que, *habiendo irregular cumplimiento de la función*, aplique *otras sanciones que las disciplinarias expresamente previstas por la ley*. (Por ejemplo, que se obligue al funcionario a quedarse después de hora, o se le dé 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.)

De la misma manera, vicia el acto todo apartamiento de la administración a sus facultades regladas, en cuanto hace a la relación entre las circunstancias de hecho y el objeto del acto; y según dijimos, ello tiene aplicación en dos supuestos esenciales:

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;

b) el objeto del acto puede en cambio *ser diverso del requerido por la ley*; y será nulo por lo tanto el nombramiento de un magistrado de la Corte Suprema que no reúna las calidades requeridas por el artículo 97 de la Constitución, etc.

Desde luego, para que este tipo de vicio en el objeto del acto se produzca es necesario que haya una facultad reglada de la administración: Una norma que haya predeterminado concretamente qué era lo que debía hacer el administrador. En ausencia de esa norma concreta, la facultad será discrecional y el posible vicio habrá de buscarse en otro aspecto o elemento del acto.

Así por ejemplo, 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 reglamentamente 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 detenida meditación; pues hasta en la norma más pequeña y aparentemente vacua puede haber una regulación concreta a la actividad de la administración. Un ascenso dispuesto por el Presidente de la Nación “por sí sólo en el campo de batalla” (art. 86, inc. 16º) será nulo si no ha habido batalla alguna; o si el ascendido no se encontraba en tal batalla, etc.

3º) *La imprecisión u oscuridad del objeto* hace también defectuoso al acto: Ello sucede cuando es incierto en cuanto a qué especie de acto es, o a qué personas o cosas afecta, o a en qué tiempo habrá de producir sus efectos.<sup>109</sup>

Debe tratarse de una imprecisión u oscuridad esencial, 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 resulta válido.<sup>110</sup>

Además, la oscuridad debe ser insanable o insuperable. En consecuencia, si con un poco de buena voluntad, releyendo el acto, relacionándolo con sus fundamentos o sus antecedentes, y realizando en suma un razonable esfuerzo de interpretación, es posible encontrar el sentido del mismo a pesar de la redacción defectuosa de que pudiera adolecer, entendemos que el acto es igualmente *válido*; sólo cuando ningún esfuerzo de interpretación razonable permite superar la oscuridad o imprecisión del acto, podrá considerarse que el mismo es inválido.

4º) *La absurdidad del objeto* vicia el acto, al igual que la imposibilidad de hecho. Absurdidad e imposibilidad de hecho se superponen en gran medida, pero no totalmente, ya que cabe concebir actos absurdos que no sean imposibles de hecho,<sup>111</sup> y actos imposibles de hecho que no sean absurdos,<sup>112</sup> pero de todos modos hay un gran número de casos en que ambas circunstancias pueden darse conjuntamente: Declaración de guerra a una provincia, provisión de empleos militares en el extinguido ejército de la Confederación. Entendemos que en todos los casos de absurdidad el acto es inexistente.<sup>113</sup>

5º) *La imposibilidad de hecho* en cuanto vicio del objeto del acto pueda darse, según WOLFF,<sup>114</sup> en tres casos:

a) Por falta de substrato personal: El nombramiento como magistrado judicial, o como empleado administrativo, de una persona fallecida;

b) por falta de substrato material: Cuando la cosa a que se refiere el acto no existe, ha desaparecido; o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible;

c) por falta de substrato jurídico: Revocación de un acto administrativo anulado; nombramiento de magistrados para juzgados que no han sido creados, etc.

<sup>109</sup> CAETANO, M., *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1947, 2ª ed., p. 457; otros aspectos en FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 342. En sentido similar la Corte Suprema respecto a las sentencias: CSJN, *Alemanno*, 1961, *Fallos*, 250: 117. ("Impresión y ambigüedad.")

<sup>110</sup> Sabido es en efecto que por aplicación del art. 1.039 del C.C. la nulidad parcial de un acto no perjudica a las otras disposiciones válidas del mismo, siempre que sean separables. Comp. Procuración del tesoro, *Dictámenes*, 71: 297.

<sup>111</sup> Por ejemplo, un acto que obligue a caminar para atrás, o de costado; que obligue a usar una corbata anudada al brazo, etc.

<sup>112</sup> Por ejemplo, por ahora, la construcción de un vehículo para viajar a otros planetas.

<sup>113</sup> GARRDIO FALLA, *op. cit.*, p. 431-2, habla de nulidad absoluta, que en su terminología equivale a los actos inexistentes de nuestro derecho.

<sup>114</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 272.

En todos los casos de imposibilidad de hecho el acto es inexistente.

#### V. Forma

18. La forma es el modo en que se documenta y da a conocer la voluntad administrativa.<sup>115</sup> Hay así dos tipos de formas:

- a) La que constata la existencia de la voluntad administrativa,
- b) la que da a publicidad esa voluntad.

Cuando no se cumplen las formas de publicidad, el acto dictado es inoponible a los administrados.<sup>116</sup> Cuando no se cumplen las formas de documentación, el vicio del acto dependerá de la forma incumplida. Cabe destacar que puesto que la forma, en este caso, constata 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.

Pero no creemos 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 falte—, sino en la falta de la 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.

Nos apartamos así de la distinción entre formas “esenciales” y “no esenciales,” o “esenciales,” “sustanciales,” e “integrales.” Sin entrar a criticar cómo puede distinguirse lo “esencial” de lo “sustancial” siendo que ambos términos significan lo mismo, y sin profundizar en la falta de precisión y nitidez de estas clasificaciones, hacemos notar con sentido más general que *forma* es lo opuesto a *materia* o *sustancia*; la sustancia es el contenido, la forma es la cobertura, el recipiente. Por ello es ilógico pensar que pueda existir una “forma sustancial” o una “forma esencial.” La forma sólo puede ser formal, o no es forma.

La forma es la manifestación externa del acto; es el signo que transmite una idea y no puede confundírsela con la idea misma: Si al faltar la voluntad falta

<sup>115</sup> Comp. SAYAGUÉS, LASO, *op. cit.*, p. 458.

<sup>116</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 168; doctrina uniforme. Con distintas palabras, Procuración del Tesoro, 71: 248; 72: 109.

también la forma, es porque no hay sustancia o idea alguna a la cual constatar o documentar, esto es, dar forma; lo esencial al acto es la idea, la voluntad administrativa, y no porque ésta deba exteriorizarse de determinada manera se convierte la forma en esencia.

Esto es importante pues de lo contrario pueden confundirse los vicios que afectan a la formación de la voluntad (así la falta de autorización o aprobación; falta de voluntad de una de los órganos que debían intervenir en el acto complejo: Falta de la voluntad del Presidente en un Decreto, etc.) con vicios de forma.<sup>117</sup>

19. Nos apartamos también de la distinción entre “forma” y “formalidad.” Algunos autores dan la noción de que “formalidad” son las formas del procedimiento administrativo previo a la emisión del acto;<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup>

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 las formas o requisitos del procedimiento nada tienen que ver con la forma del acto. (O sea, la forma de la declaración... que produce efectos jurídicos... inmediatos.)

Diremos entonces que la inobservancia de las “formas” y requisitos del procedimiento administrativo se traduce en un defecto de preparación de la voluntad administrativa (así la defensa en juicio en el procedimiento administrativo; la licitación pública para las contrataciones; el concurso para la provisión de cargos), y que no constituyen defecto de forma del acto administrativo, por lo que no corresponde asignarles estrictamente tal denominación.

20. Nos apartamos, finalmente, de la posición que considera que la motivación del acto —la exposición de las razones que han movido a la administración a dictar el acto— es un requisito de forma,<sup>120</sup> y también de los que la consideran como un elemento autónomo del acto, o como parte del contenido del acto, por considerar según ya vimos que constituye un requisito de la razonabilidad que debe tener la voluntad administrativa: La falta de motivación equivale a falta de fundamentación normativa y fáctica, y hace por lo tanto nulo al acto en razón de su arbitrariedad.

21. a) *Formas de documentación.* En lo que respecta a las formas de documentación, el principio general es que todo acto administrativo debe ser escrito, fechado y firmado; como complemento de la firma, debe haber una aclaración

<sup>117</sup> Como lo hace BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 54 y ss.

<sup>118</sup> FRAGA, GABINO, *Derecho Administrativo*, México, 1958, p. 141 y ss.

<sup>119</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458.

<sup>120</sup> GARRDIO FALLA, *op. cit.*, p. 462.

de la misma, o un sello, membrete, etc., que identifique al servidor público con referencia al órgano cuya función ejerce.

Por excepción se admite en algunos casos la forma verbal (que en verdad no es forma de documentación, sino de publicidad): Así, por ejemplo, en materia de órdenes de agentes de policías, de tránsito, etc. Más excepcionalmente aún, si cabe, puede admitirse la manifestación tácita de voluntad:<sup>121</sup> Signos, silbatos, etc., de los agentes de tránsito; y sólo cuando una norma jurídica expresamente lo determina, el mero silencio puede valer como expresión de voluntad: Así la denegación tácita del recurso administrativo de revocatoria, en el orden nacional.<sup>122</sup> La falta de las formas que fueren del caso da lugar a vicios de nulidad, anulabilidad, o en cambio no afecta la validez del acto, según la importancia que tenga en el caso concreto. (Por ejemplo, la falta de numeración en un Decreto no afectaría su validez.)

En algunas hipótesis la falta de forma puede confundirse con el vicio de oscuridad o imprecisión: Por ejemplo, cuando no consta quién es la autoridad que dispone algo. En tal caso el acto estará viciado si dicho defecto impide identificarlo; pero si, por el contrario, la firma es suficientemente legible o conocida (ejemplo, la firma del Presidente o de un Ministro, por regla general), la ausencia de un sello aclaratorio o de una mención expresa sería insuficiente para poder considerar que el acto es individualizable y por lo tanto inválido.

En otros casos, la falta de fecha, o la absurdidad de la fecha (por ejemplo, que la fecha del acto 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 aquella en que ha sido publicado o notificado.

22. b) *Formas de publicidad.* Existe una persistente tendencia entre la doctrina del derecho administrativo en 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 1º) acto administrativo es *aquel que produce efectos jurídicos inmediatos*, y que en 2º) los efectos jurídicos no surgen en tanto que el acto no sea dado a publicidad, parecemos ser coherente considerar que 3º) 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 produce efectos jurídicos inmediatos, y por tanto *no es acto administrativo*. Luego, la publicidad es un elemento del acto mismo, y no otra cosa que un elemento formal.

De allí, pues, que digamos que además de las formas de documentación deben computarse las formas de publicidad.

<sup>121</sup> “Con carácter sumamente restringido,” dice la Procuración del Tesoro, 74: 120.

<sup>122</sup> Decretos 7.520/44, 21.680/49, 2.126/61.

No obsta a esta idea el que la falta de publicidad del acto no afecte su validez, sino su eficacia; pues ya se ha advertido que no todas las irregularidades que tiene el acto en relación al orden jurídico lo hacen viciado; y por lo demás, este caso es análogo a aquél en que falta la aprobación —esto es, un elemento de la voluntad administrativa—, y el acto es considerado válido pero ineficaz.

23. Con referencia a las formas de publicidad hay que diferenciar 1º) la publicación, 2º) la notificación.

La *publicación* es la especie de publicidad requerida para los reglamentos<sup>123</sup> y se efectúa mediante la inserción de la declaración en un órgano periodístico o en el Boletín Oficial, o su colocación en un lugar visible (pizarra, murales, etc.) y accesible al público.<sup>124</sup>

La *notificación* es la especie de publicidad aplicable al acto administrativo<sup>125</sup> y puede presentarse de diversas maneras: a) Entrega personal de copia auténtica del acto al particular interesado (notificación por cédula), b) notificación personal de éste tomando vista en el expediente y dejándose constancia de la misma (notificación por nota); c) envío de una carta simple o certificada 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*); d) envío de una carta con aviso de retorno;<sup>126</sup> e) por telegrama; f) pero no se admite la notificación verbal de actos escritos;<sup>127</sup> g) por presentación espontánea del particular, invocando los beneficios que derivan del acto: En este caso dicha invocación importa una recepción del acto, esto es, “notificarse” de él.<sup>128</sup>

En los casos c), d) y e), que como decimos resultan de dudosa validez ante las circunstancias de que no constituyen ni siquiera un principio de notificación personal, se admite en la práctica que, al igual que en todos los demás casos, si no transcriben el texto completo del acto la notificación es inválida.<sup>129</sup>

Mientras que el acto administrativo (en sentido estricto) no notificado por impulso de la administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del particular interesado, no ocurre lo mismo con el re-

<sup>123</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 250.

<sup>124</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss. Y del mismo autor *Droit Administratif Spécial*, París, 1958, p. 13.

<sup>125</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 250. Ver y comparar LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*

<sup>126</sup> Era la exigida en el procedimiento de los inconstitucionales tribunales de arrendamientos rurales.

<sup>127</sup> Ver *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, n° 2, p. 99 y ss., con nuestra nota.

<sup>128</sup> Comp. GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, p. 244. Este principio, con todo, implica algunos peligros: Por ejemplo, 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 administrado.

<sup>129</sup> “La notificación... presupone que se haga saber a la persona a quien haya de notificarse la substancia del acto que se el notifica,” Procuración del Tesoro, 46: 200.

glamento. El reglamento no publicado no puede ser invocado por los particulares que tengan conocimiento de él, por cuanto ello violaría la igualdad ante la ley: Es necesario que el reglamento se aplique a la generalidad de los individuos que sus disposiciones contemplan, sin establecerse distinciones no establecidas en él.<sup>130</sup>

24. Deben destacarse finalmente importantes relaciones entre las formas de documentación y de publicidad. Es cierto que las formas de publicidad hacen perfecto y eficaz al acto; pero no por ello deja de requerirse la forma de documentación.

En muchos casos puede prescindirse de la forma de documentación y exigirse únicamente la forma de publicidad (los casos de órdenes verbales, signos de tránsito, etc.), pero en ellos es esencial que la exigibilidad del acto depende de la continuación de la forma de publicidad, o de su retención razonable en la mente: La orden verbal es exigible sólo en los momentos que siguen a su emisión, pero no al día siguiente o un año después; el signo de tránsito hace eficaz el acto por el cual el agente detiene el tránsito, sólo mientras el signo de tener el brazo en alto o el cuerpo en determinada posición es mantenido. En estas hipótesis en que no hay una verdadera forma de documentación, la forma de publicidad hace exigible al acto sólo mientras ella puede al mismo tiempo suplir la forma de documentación; pero cuando ya no puede suplirla, el acto deja de ser válido y exigible si no hay formas de documentación; en tales casos recaemos en la falta de voluntad administrativa.

#### *VI. Resumen*

25. Para facilitar la ubicación y comparación de los distintos elementos del acto administrativo, los vicios que los pueden afectar, y las nulidades que a tales vicios corresponden, hemos confeccionado el siguiente cuadro:<sup>131</sup>

<sup>130</sup> Comp. distintos fundamentos de LAUBADÈRE, *op. cit.*

<sup>131</sup> Ver p. EAA-IV-33 y ss.

<i>Elemento del acto</i>	<i>Ubicación del vicio</i>	<i>Tipo de nulidad</i>
I- COMPETENCIA		
1º) En razón del grado	a) Competencia ilegítimamente otorgada (descentralización y delegación sin ley, sin extralimitación en su ejercicio) b) Extralimitación en el ejercicio de la competencia (del inferior al superior y viceversa)	Validez o anulabilidad Anulabilidad o nulidad
2º) En razón de la materia	a) Respecto a materias judiciales	Nulidad o inexistencia
	b) Respecto a materias legislativas	Nulidad o inexistencia
	c) Respecto a materias administrativas de otros órganos	Anulabilidad
	d) Respecto a materias administrativas que no tienen otros órganos	Nulidad o inexistencia
3º) En razón del territorio		Nulidad o inexistencia
4º) En razón del tiempo		Nulidad o inexistencia
II- VOLUNTAD		
A) <i>Objetiva</i>		
1º) Origen de la voluntad	a) Funcionario de hecho	Validez o anulabilidad
	b) Usurpador	Inexistencia, etc.
2º) Preparación de la voluntad	a) Defensa en juicio	Nulidad o anulabilidad
	b) Concurso	Nulidad
	c) Licitación	Nulidad
	d) Dictamen o trámite sustancial	Nulidad

<p>3°) Formación de la voluntad</p>	<p>a) Actos simples emanados de órganos complejos:  a') Sesión  a'') Quórum  a''') Deliberación  b) Actos complejos:  b') Igual: El vicio de una de las voluntades se transmite al acto con igual carácter;  b'') Desigual: El vicio de la voluntad preponderante se transmite al acto con igual carácter; no así el de la voluntad accesoria.  c) Actos que requieren autorización  d) Actos que requieren aprobación:  d') Ejecución del acto no aprobado  e) Actos observados por el Tribunal de Cuentas:  e') Ejecución del acto observado  f) Actos insistidos por el Poder Ejecutivo</p>	<p>Nulidad o inexistencia  Nulidad  Anulabilidad</p>
<p>B) <i>Subjetiva</i></p>		<p>Nulidad  (Inejecutividad)  Nulidad  (Inejecutividad)  Anulabilidad  (Ejecutividad)</p>
<p>1°) Desviación de poder</p>	<p>a) Finalidad personal  b) Finalidad de beneficiar a terceros  c) Finalidad de beneficiar a la administración</p>	<p>Anulabilidad o nulidad</p>

2°) Arbitrariedad	a) Actos que omiten decidir puntos b) Actos que prescinden de los hechos c) Actos que prescinden de fundamentación normativa seria d) Actos que no guardan proporcionalidad con los fines de la ley	Nulidad
3°) Error		Anulabilidad
4°) Dolo, violencia		Anulabilidad
III- OBJETO		
1°) Prohibido por la ley		Nulidad o inexistencia
2°) En discordancia con la situación de hecho reglada por la ley	a) Objeto dado ante circunstancias distintas de las previstas por la ley b) Objeto diverso del requerido por la ley	Nulidad o inexistencia
3°) Imprecisión u oscuridad	(Esencial e insuperable)	Inexistencia
4°) Absurdidad		Inexistencia
5°) Imposibilidad de hecho	a) Falta de sustrato personal b) Falta de sustrato material c) Falta de sustrato jurídico	Inexistencia
IV- FORMA		
1°) De documentación		Validez, anulabilidad, nulidad
2°) De publicidad	a) Publicación (reglamentos) b) Notificación (acto administrativo)	(Inejecutividad)



### Bibliografía

- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos Póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899.
- ALIBERT, RAPHAËL, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, París, 1926.
- ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954.
- BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed.
- BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho de Amparo*, Buenos Aires, 1961.
- BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1955-57, 5ª ed.
- BODDA PIETRO, *Lezioni di diritto amministrativo*, Turín, 1949.
- BONNARD, ROGER, *Précis de droit public et administratif*, París, 1948.
- 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*, marzo-julio de 1946.
- ¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951.
- BRÉMOND, J., "Des actes de gouvernement," en *Revue de Droit Public*, t. V, París, 1896, p. 23 y ss.
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*. Coimbra, 1951.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, México, 1948.
- CARRIÓ, GENARO, "Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa," en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.
- CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la Doctrina de Facto*, Buenos Aires, 1945.
- D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Turín, 1939/43.
- DASSEN, JULIO, "Algunas consideraciones sobre las sentencias arbitrarias," en *JA*, 1962-II, p. 273.
- DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed.
- DUCROCQ, T., *Cours de Droit Administratif et de la législation française de finances*, París, 1987, 7ª ed.

- DUEZ, PAUL, *Les actes de gouvernement*, París, 1935.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929.
- FIORINI, BARTOLOMÉ, *Proyecto de Código Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, 1960.
- La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1952.
- “Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales,” en *LL*, 88: 921 y ss.
- FLEINER, FRITZ, *Instituciones del Derecho Administrativo*, Madrid, 1933.
- FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958.
- FORTI, UGO, *Diritto amministrativo*, Nápoles, 1937.
- FRAGA, GABINO, *Derecho Administrativo*, México, 1958.
- FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1948.
- FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950.
- GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1955, 5ª ed.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1961.
- GASPARRI, P., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milán, 1948.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, 1958.
- Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1962, 2ª ed.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Justicia Administrativa*, Madrid, 1958.
- GORDILLO, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1962.
- “Descentralización y delegación de autoridad,” en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, nº 3/4, p. 27 y ss.
- “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” en *Revista Argentina de Administración Pública*, nº 1, Buenos Aires, 1961, p. 45 y ss.
- “La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, nº 2, Buenos Aires, 1960, p. 227 y ss.
- “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, nº 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.
- “La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, nº 2, Buenos Aires, 1961, p. 43 y ss.
- “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” en *LL*, 106: 1187 y ss.
- HAURIUO, MAURICIO, *Précis élémentaire de droit administratif*, París, 1938.
- HEREDIA, HORACIO H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942.
- HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1953/4, 2ª ed.
- JÈZE, GASTÓN, *Los principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949.
- LAMARQUE, JEAN, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed.

—*Droit Administratif Spécial*, París, 1958.

LENTINI, ARTURO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milán, 1939.

LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958.

—*Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, 1946.

LLAMBÍAS, JORGE J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1953.

MARIENHOFF, MIGUEL S., “Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad,” en *JA*, 1961-VI, p. 62, s/doc.

MERKL, ADOLF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena y Berlín, 1927.

NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, II parte, t. 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln-Zurich-Köln, 1955; t. 3, *Staatsrechtslehre*, Einsiedeln-Zurich-Köln, 1956.

ODENT, RAYMOND, *Contentieux Administratif*, París, 1958.

PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949.

PETRIN, LEODEGAR, *Österreichisches Verwaltungsrecht*, Viena, 1951.

PRAT, JULIO A., *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957.

RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, 1962.

RANELETTI, ORESTE, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed.

REAL, ALBERTO RAMÓN, “El «Estado de Derecho»,” en el libro de homenaje a Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 587 y ss.

—“La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La justicia Uruguaya*, t. XVII, sec. 2, p. 47 y ss.

ROMANO, SANTI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padua, 1930.

ROGUIN, ERNEST, *La règle du droit*, Lausanne, 1889.

SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, 1951, 9ª ed.

SANDULLI, ALDO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Padua, 1952.

SARTORIUS, CARL, *Verfassungs und Verwaltungsgesetze*, Munich y Berlín, 1959.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953/4.

SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, 1951.

SPOTA, ALBERTO, “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos. Aplicación del Código Civil,” en *JA*, 75: 918.

STASSINOPOULOS, MICHEL D., *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954.

STROHM, ERICH, “Sentencias inconstitucionales,” en *JA*, 1954, p. 12, sec. doc.

TEISSIER, GEORGES, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906.

VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, 1961.

—*Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Toulouse, 1934.

VIRALLY, “L’introuvable acte de gouvernement,” en *Revue de Droit Public*, París, 1952, p. 317.

VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes*, Berlín, 1931 (reimpresión); 2ª ed. corregida, Berlín, 1961.

VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed.

WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed.

WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I.*, Munich y Berlín, 1961, 4ª ed.

YMAZ, ESTEBAN, “Teoría del acto inexistente,” en *LL*, 89: 893 y ss.

—“Arbitrariedad y recurso extraordinario,” en *LL*, 67: 741 y ss.

YMAZ y REY, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1943; ídem, actualizado por REY y PALACIO, LINO, Buenos Aires, 1962.

ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, Milán, 1958, 8ª ed.





Tratado de Derecho  
Administrativo  
y obras selectas

TOMO 5

**Primera edición**

**Libro III**

**PROCEDIMIENTO Y  
RECURSOS ADMINISTRATIVOS**



Tratado de Derecho  
Administrativo  
y obras selectas

TOMO 5

Primera edición

Libro III

PROCEDIMIENTO Y  
RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1ª edición, Buenos Aires, Jorge Alvarez editor, 1964

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS

TOMO V

Libro III

PROCEDIMIENTO Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1ª edición, Buenos Aires, Jorge Alvarez editor, 1964

Reimpresión como Libro III del *Tratado de derecho administrativo  
y obras selectas*, t. V, Buenos Aires, FDA, 2012

## *Prólogo*

1. En nuestro país, la ausencia de un eficiente control judicial de la actividad administrativa —debido en gran parte en el orden nacional a la carencia de un código contenciosoadministrativo eficaz— ha ido otorgando una creciente importancia al procedimiento administrativo, o sea aquel seguido ante la propia administración. Este procedimiento administrativo, si bien tiene en parte algunos de los defectos del procedimiento contenciosoadministrativo nacional (lentitud, imperfecto control de los actos administrativos), presenta en cambio dos ventajas de que éste carece y que determinan su prevalencia actual: Un pronunciado informalismo en favor del administrado, y una gratitud prácticamente total. (Pues no hay costas, ni sellado de actuación, ni impuesto de justicia.)

Estas circunstancias han producido un desequilibrio en los medios de protección de los administrados frente a la administración pública, y han llevado a que aquéllos utilicen cada vez en mayor grado los recursos del procedimiento administrativo, y acudan menos a los del proceso contenciosoadministrativo. Este mayor empleo de los recursos administrativos no ha llevado sin embargo a que sean satisfactoriamente conocidos, a veces ni siquiera por los propios profesionales; ello se debe a que tales recursos están regulados en muy pocas disposiciones, y a que se integran en su funcionamiento concreto con una multiplicidad enorme de principios y criterios tomados de las más diversas fuentes, cuya sistematización integral no se ha intentado hasta el presente, y cuyo manejo y aprehensión no puede entonces lograrse sino con una intensa experiencia que no es a todos accesible.

2. El propósito de este libro es cubrir ese vacío, tratando en lo posible de reunir tales principios dispersos, ordenándolos en una exposición sistemática, e integrándolos con otros principios y criterios necesarios para completar los caracteres fundamentales de las instituciones del procedimiento administrativo. Tal empresa ha resultado ardua y arriesgada, por la ausencia de normas expresas que resuelvan los problemas, y porque el aporte doctrinario existente, tanto en lengua castellana como fuera de ella, es sumamente reducido. Hemos debido así recurrir a la orientación desarrollada por la misma administración pública,

y a la doctrina y legislación procesal, para extraer de allí algunos criterios por analogía directa, o en argumentos a contrario o a fortiori; en buena cantidad de situaciones hemos tenido que resolver la cuestión por aplicación de los principios generales específicos del procedimiento administrativo, o por razonamientos derivados de otros principios del derecho administrativo; también hemos tratado de seguir en general la sistematización científica del derecho procesal. Pero riesgosa o no, esta labor de sistematización y de integración nos ha parecido necesaria en la situación actual del derecho argentino: La deficiente protección judicial hace que los administrados acudan casi siempre a la propia administración pública para formular sus reclamos, y es entonces imprescindible que ante ésta al menos puedan defenderse correctamente, en la medida que el estado actual de la disciplina lo permite.

3. Para ello no es suficiente con conocer los artículos de algunos decretos sobre recurso jerárquico o recurso de revocatoria: Es necesario tener nociones concretas sobre los principios generales que rigen el procedimiento, sus instituciones, sus etapas y actos fundamentales, ya que tales recursos no son sino una manifestación concreta de aquéllos.

En este aspecto, nos apartamos de la orientación de gran parte de la doctrina argentina, que ha tendido principalmente a analizar un recurso en particular —el jerárquico— prescindiendo del ámbito natural en que el mismo se mueve. Entendemos que el conocimiento y utilización del recurso jerárquico, o de cualquier otro, no podrá ser completo y eficiente si no se conoce además el procedimiento administrativo mismo. Por ello tratamos aquí no sólo de los recursos administrativos, sino también del procedimiento en que ellos se desenvuelven; por lo demás, muchas cuestiones que a veces suelen analizarse como problemas propios del recurso jerárquico, son en verdad problemas generales de todos los recursos, y como tales deben ser tratados, para que reciban su proyección correcta. Es de destacar, asimismo, que si bien el jerárquico es el más trascendente de los recursos, dista mucho de ser el único (existen en el procedimiento administrativo común, sin contar los procedimientos especiales, otros cinco recursos; a más de las reclamaciones y denuncias) y la adecuada defensa del administrado suele exigir el empleo de varios de ellos: De allí que sea importante su conocimiento integral. En este libro trataremos pues no sólo del procedimiento administrativo y del recurso jerárquico, sino también de todos los demás recursos, reclamaciones y denuncias que en él existen.

4. Del estudio del procedimiento administrativo en general, y de su funcionamiento en el derecho argentino en particular, pueden desprenderse dos conclusiones muy importantes de política jurídica:

1º) La primera es que la administración nacional no se ha caracterizado en este aspecto por una total desaprensión burocrática, sino que por el contrario ha contribuido a elaborar una larga serie de principios razonables, justos y convenientes;

la arbitrariedad e injusticia con que los administrados se encuentran a veces en su actuación ante las oficinas públicas se debe más que nada al desconocimiento de los funcionarios de menor jerarquía de aquellos principios, desconocimiento que es extensible a los propios recurrentes. De esto se concluye que no debe desaprovecharse esa buena orientación que han tenido las capas técnicas directivas de la administración nacional en el curso de los últimos decenios, sino que debe consolidarse el esfuerzo, corrigiendo a la vez la ignorancia y la violación de tales principios por los funcionarios de menor jerarquía: El instrumento adecuado para ello es sin duda la creación de un cuerpo de normas completo y orgánico que regule integralmente el procedimiento y los recursos administrativos.

2º) En segundo lugar, debemos hacernos el más vehemente y alarmado llamado de atención por la pronuncia y creciente renuencia de los administrados a acudir a la justicia para la defensa de sus derechos frente a la administración pública; una cierta reacción se ha producido en los últimos años con motivo del recurso establecido por el decreto-ley 6666/57 ante la Sala en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal, respecto a las cesantías y exoneraciones, pero la reacción es débil y limitada. Es imprescindible restablecer el equilibrio entre los remedios administrativos y judiciales, y para ello es necesario dictar un código contenciosoadministrativo moderno, ágil, libre de los prejuicios dogmáticos del viejo derecho administrativo autoritario, tan poco favorables al control judicial de la actividad administrativa; es necesario formular en tal código, con la máxima amplitud, las atribuciones de los jueces para controlar plenamente la legitimidad de los actos administrativos, apreciar la prueba producida y los hechos tenidos en cuenta por la administración, y también para hacer cumplir sus disposiciones frente a los organismos administrativos.

De otro modo nos estaremos alejando peligrosamente, y cada vez más, del sistema constitucional de la división de los poderes, y estaremos llegando en la práctica, por la carencia de tal código y la falta de una firme actitud de los jueces que lo supla, a un desequilibrio institucional que instaura la supremacía de la administración, sin frenos ni contrapesos efectivos, y que no es un clima adecuado para lograr el afianzamiento de los principios republicanos y de la libertad individual.

A.G.

Buenos Aires, 1º de julio de 1963



## PARTE GENERAL I

# EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- CAPÍTULO I: *Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo*
- CAPÍTULO II: *Principios fundamentales del procedimiento administrativo*
- CAPÍTULO III: *La impugnación y revisión de actos en el procedimiento administrativo*



## CAPÍTULO I

### CONCEPTO Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>La idea jurídica de proceso</i> .....	PRA-I-1
1. El proceso: Concepto amplio.....	PRA-I-1
2. Concepto restringido.....	PRA-I-2
3. Alcances del problema .....	PRA-I-2
4. Peligro de la noción amplia .....	PRA-I-3
5. Proceso y procedimiento .....	PRA-I-4
6. Derecho procesal administrativo .....	PRA-I-5
II. <i>El procedimiento administrativo</i> .....	PRA-I-5
7. El procedimiento administrativo y la función administrativa .....	PRA-I-5
8. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legisla- tivos .....	PRA-I-6
9. El procedimiento administrativo no es “jurisdiccional” .....	PRA-I-7
10. Crítica de la teoría que acepta “funciones jurisdiccionales” de la administración.....	PRA-I-7
11. El art. 95 de la Constitución nacional y la función jurisdic- cional .....	PRA-I-9
12. Crítica de la distinción entre función jurisdiccional “judicial” y “administrativa” .....	PRA-I-9
13. Conclusión sobre la naturaleza del procedimiento administra- tivo.....	PRA-I-10
14. Consecuencias de negar al procedimiento administrativo carácter jurisdiccional .....	PRA-I-11
15. Conclusión sobre la aplicación de los principios del debido proceso al procedimiento administrativo .....	PRA-I-12
16. El procedimiento administrativo no es “interno” .....	PRA-I-12

17. Las obligaciones “internas” del funcionario también son debidas al administrado.....	PRA-I-12
18. El procedimiento administrativo es siempre externo respecto al funcionario que actúa en él.....	PRA-I-13
19. Procedimiento constitutivo y de impugnación .....	PRA-I-13
20. Procedimiento administrativo y derecho administrativo .....	PRA-I-14
21. Denominación del procedimiento administrativo .....	PRA-I-15
22. Concepto de procedimiento administrativo. Distinción con el resto del derecho administrativo .....	PRA-I-15
23. Lo esencial del procedimiento administrativo es la tramitación e impugnación de actos .....	PRA-I-15
24. Definición del procedimiento administrativo .....	PRA-I-16

## Capítulo I

# CONCEPTO Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### 1. La idea jurídica de proceso

#### 1. El proceso: Concepto amplio

La idea jurídica de *proceso* puede ser concebida en sentido amplio, como *una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado*, destacando entonces en el concepto la *unidad* de los actos que constituyen el proceso, su carácter *teológico*, es decir, que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin.<sup>1</sup>

En este sentido amplio habría *proceso* en cualquier función estatal y podríamos hablar entonces de: 1º) Proceso judicial (civil, penal, comercial, contencioso-administrativo); 2º) proceso legislativo (es decir el conjunto de actos parlamentarios que tienen por fin el dictado de una ley), y 3º) proceso administrativo (el conjunto de actos de la administración que tienen por objeto la emanación de un acto administrativo.)

En este concepto no interesa, pues, quién dicta los actos que integran y resuelven el proceso: Basta que sea “el sujeto activo de la función pública, en cualquiera de sus especies,”<sup>2</sup> pudiéndose definir entonces al proceso como la “Serie o sucesión de actos coordinados, que fijan los datos según los cuales ha de ejercerse la función pública, con derecho del sujeto o sujetos pasivos de la misma a participar, con el sujeto activo, en su formación.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Sobre estos aspectos de la idea de proceso, por otra parte bastante difundidos y generalizados, ver por ejemplo COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, 3ª ed., pp. 121 y 122; aunque es de señalar que este autor, como todos los procesalistas, limita la idea de proceso al proceso judicial. (Tal como lo haremos nosotros aquí.)

<sup>2</sup>En esta tesitura BALLBÉ, MANUEL, “La esencia del proceso (el proceso y la función administrativa),” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2º época, t. XIV, Madrid, 1947, p. 5 y ss. y p. 30.

<sup>3</sup>BALLBÉ, *op. cit.*, pp. 38 y 39. En igual criterio amplio, recientemente, BECKER, FRANZ, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 10 y ss.

## 2. Concepto restringido

No obstante que se suele usar así el término, este criterio no pareciera ser conveniente. En efecto, razones históricas y políticas han dado la idea de *proceso* un significado más alto y valioso que el de mera secuencia de actos estatales destinados a un fin determinado: Le han atribuido la característica fundamental de ser una secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio) *por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez)* con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada.) No importa fundamentalmente, tal vez, que el acto del juez resuelva estrictamente un litigio, o que en cambio se refiera a las materias llamadas de “jurisdicción voluntaria;”<sup>4</sup> pero sí es fundamental que el acto final del proceso sea un acto judicial, es decir, una decisión proveniente de una autoridad imparcial e independiente, “desinteresada”<sup>5</sup> respecto del proceso.

Aplicar el concepto de *proceso* a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas (sean éstas jurisdiccionales, administrativas o legislativas) implica quitarle ese carácter fundamental y tradicional de medio o técnica para la administración de *justicia*. Bien es cierto que también la actuación de los órganos administrativos y legislativos está sujeta a ciertos principios constitucionales básicos y también comunes al proceso, y que igualmente tienen en definitiva como criterio rector el de la justicia; pero no por ello puede olvidarse que es precisamente en el proceso judicial donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlando y eventualmente prescindiendo de la actuación y las conclusiones de los órganos legislativos y administrativos. Por esas razones y por la conveniencia de establecer una diferencia terminológica entre el conjunto de actos de la administración y el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración, creemos preferible mantener la designación de *proceso* estrictamente para el *proceso judicial*.<sup>6</sup>

## 3. Alcances del problema

Ahora bien, negarle el nombre o carácter de “proceso” al procedimiento administrativo, no puede en modo alguno implicar que *por tal circunstancia* la administración no habrá de estar sujeta a ninguna regla o principio de derecho en su

<sup>4</sup> Admite la idea de proceso sin litigio, p. ej., CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, Buenos Aires, 1959, p. 21 y ss., quien distingue el proceso contencioso del proceso voluntario: En este último, el conflicto, si acaso, sería potencial, no actual. (Pp. 26 y ss., 44 y ss.) Una crítica sistemática hace BECKER, *op. cit.*, pp. 13-16, a este criterio.

<sup>5</sup> CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 22.

<sup>6</sup> Es en general la orientación de los procesalistas, y también la doctrina dominante entre los administrativistas: Así GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 45 y ss.; NAVA NÉGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, pp. 70 y ss., 75 y 76; BETTERMANN, KARL AUGUST, “Das Verwaltungsverfahren,” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 17, Berlín, 1959, p. 118 y ss.; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2° ed., Munich y Berlín, 1961, p. 14 y ss.

tramitación. Esa es con todo la afirmación que parece desprenderse de parte de la doctrina francesa, y ella ha motivado una exhaustiva crítica de BECKER,<sup>7</sup> quien finalmente se decide por un concepto amplio de proceso, para fundamentar así la aplicabilidad al procedimiento administrativo de los principios fundamentales de todo debido proceso jurídico. (*Rechtsprozess*.)

Compartiendo estas últimas conclusiones de BECKER, consideramos en cambio que el punto de partida de la citada doctrina francesa y por lo tanto de su crítica es equivocado. En efecto, pareciera ser evidente hoy en día que ciertos principios generales del derecho y ciertas normas constitucionales consustanciadas con el Estado de derecho y el sistema republicano de gobierno, no están destinada a ser aplicadas únicamente en el proceso judicial: También la administración está desde luego sometida a esos principios, y sus procedimientos no estarán menos ligados a ellos por el hecho de que no los cubramos con la calificación de “proceso.”

La terminología en sí carece de importancia: Lo importante es señalar que participando en lo esencial del proceso judicial, en el sentido de afectar los derechos de un individuo, le son de aplicación los mismos principios y las mismas garantías que están destinadas a la protección formal de esos derechos en el proceso judicial. De allí entonces que el rechazar la calificación de “proceso” no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales;<sup>8</sup> ni tampoco dejar de sustentar la aspiración de que el procedimiento administrativo sea objeto de regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento. Este punto de partida es fundamental, y debe ser algo que no sea olvidado en ningún problema que se analice dentro del procedimiento administrativo.

#### 4. Peligro de la noción amplia

Por otra parte la tesis amplia acerca de la noción de proceso es peligrosa, pues siendo “proceso” sinónimo usual de “juicio,” podría llegar a entenderse, como alguna vez se ha sugerido, que no hay violación de la defensa en juicio si los derechos de un individuo son definitivamente resueltos por la administración, siempre que ésta haya oído al interesado. Pero por supuesto, defensa en juicio es algo más que oír al interesado; es también que haya un juzgador imparcial e independiente, cualidades éstas que en ningún caso puede reunir plenamente la administración. Por esta razón también es conveniente reservar el concepto de

<sup>7</sup> BECKER, *op. cit.*, pp. 3-39.

<sup>8</sup> Conf. LINARES, JUAN FRANCISCO, “Efectos suspensivos de los recursos ante la administración,” en *LL*, 85: 906 y 907; LANGROD, GEORGES, “El procedimiento administrativo no contencioso,” en *LL*, 106: 1124 y ss., p. 1128 y sus referencias. Comparar SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 463.

proceso y por ende de juicio para el proceso o juicio estrictamente judicial, evitando con esta terminología posibles confusiones como las que se acaban de recordar.<sup>9</sup>

### 5. *Proceso y procedimiento*

Es necesario ahora distinguir proceso y procedimiento. Proceso es un concepto *teleológico*, procedimiento un concepto *formal*.<sup>10</sup> Al hablar de proceso se destaca que el conjunto de actos en consideración tiene por finalidad esencial llegar al dictado de un determinado acto: En el concepto que adoptamos, ese acto es el jurisdiccional. Al hablar de procedimiento, por el contrario, se prescinde del fin que la secuencia de actos pueda tener, y se señala tan sólo ese aspecto externo, de que existe una serie de actos que se desenvuelven progresivamente.

Por ello el proceso y el procedimiento tienen de común que ambos son una serie o sucesión de actos coordinados; pero mientras que la mera serie o sucesión de actos coordinados basta para constituir un procedimiento,<sup>11</sup> no alcanza para caracterizar un proceso. Todo proceso, “por ser su primer elemento una serie o sucesión de actos coordinados, implica el procedimiento; todo proceso comporta un procedimiento;”<sup>12</sup> pero en cambio no todo procedimiento implica o comporta un proceso.<sup>13</sup>

En efecto, es obvio que restringido el concepto de proceso sólo a aquel que tiene por objeto realizar la función jurisdiccional a través de órganos imparciales e independientes, todas las series de actos realizados en cumplimiento de alguna función estatal quedarán englobados dentro del concepto genérico de procedimiento, el que será, según los casos, procedimiento legislativo (serie de actos parlamentarios para el dictado de una ley del Congreso), procedimiento administrativo (serie de actos dictados para el dictado de un acto administrativo), o procedimiento jurisdiccional (el de los jueces al realizar su función específica.) Y, en consecuencia, sólo uno de los procedimientos estatales —el tercero— puede a su vez implicar un proceso en sentido técnico.

Sin embargo, resulta de esto una inconsecuencia: Mientras que en la justicia podemos hablar de *procedimiento* como concepto formal y *proceso* como concepto teleológico, en la administración no tenemos sino un término —procedimiento— para abarcar tanto la serie de actos (concepto formal) como la serie de actos *destinados al dictado de un acto administrativo* (concepto teleológico); no por ello, desde luego, retomaremos el concepto de proceso para aplicarlo a la administración. Diremos en cambio, simplemente, que el término procedimiento administrativo tiene una ambivalencia y puede ser empleado tanto como noción

<sup>9</sup> Conf. en sentido similar FIORINI, BARTOLOMÉ, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963, p. 18.

<sup>10</sup> GÓNZALEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 46 y 47; NAVA NEGRETE, *op. cit.*, p. 70. Es la doctrina uniforme del derecho procesal, tomada sin variantes en el derecho administrativo.

<sup>11</sup> BALLBÉ, *op. cit.*, p. 39; doctrina uniforme.

<sup>12</sup> BALLBÉ *op. cit.*, pp. 39 y 40; NAVA NEGRETE, *op. cit.*, p. 73.

<sup>13</sup> NAVA NEGRETE, *op. loc. cit.*

teleológica, o como noción formal. La solución no es totalmente satisfactoria, pero en la disyuntiva de resolverse por ella o por quitar su sentido preciso al proceso (judicial), creemos preferible inclinarnos por la misma.

### 6. *Derecho procesal administrativo*

Se sigue de lo anterior que al hablar de *derecho procesal* nos estaremos refiriendo únicamente a las ramas de la ciencia del derecho que estudian las normas que rigen los distintos procesos judiciales: Civil, comercial, penal, contencioso-administrativo.

Respecto al último, es de destacar que modernamente se ha simplificado la denominación, y en lugar de hablarse de proceso contencioso-administrativo (o sea, contiendas ante la justicia de un particular contra la administración), se prefiere designarlo como *proceso administrativo*, el cual será estudiado entonces por el *derecho procesal administrativo*.<sup>14</sup>

En tal terminología, por lo tanto, el *derecho procesal administrativo* se refiere sólo a los *procesos judiciales contra la administración*, y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa.

## II. *El procedimiento administrativo*

### 7. *El procedimiento administrativo y la función administrativa*

Si definimos en consecuencia provisionalmente al procedimiento administrativo como la serie de actos en que se desenvuelve la actividad administrativa, será necesario precisar en qué consiste esta última. Igual aclaración se requiere si tomamos el concepto en cuanto secuencia de actos destinados a llegar al dictado de un acto administrativo —pues acto administrativo, a su vez, es una declaración efectuada en ejercicio de la función administrativa.<sup>15</sup>

De acuerdo al concepto que expusiéramos en otro trabajo, función administrativa es “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales.”<sup>16</sup>

Es decir,

a) *Los órganos administrativos* no realizan sino función administrativa siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa;

<sup>14</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 101 y ss., 105 y ss.; ULE, *op. cit.*, p. 14 y ss.; BETTERMANN, *op. cit.*, p. 119; comparar SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, pp. 463 y 464.

<sup>15</sup> En efecto, hemos definido al acto administrativo como “una declaración unilateral *realizada en ejercicio de la función administrativa*, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.” Para su fundamentación y desarrollo ver GORDILLO, AGUSTÍN, *El acto administrativo (Noción. Nulidades. Vicios. Los actos de gobierno)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 50 y ss.

<sup>16</sup> Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 33 y ss., p. 40; y también *El acto administrativo*, p. 55 y ss.

por lo tanto, todos los procedimientos de los órganos administrativos constituyen “procedimientos administrativos;”<sup>17</sup>

b) *Los órganos judiciales* realizan sólo su propia función, la jurisdiccional, y la función administrativa; no les corresponde el ejercicio de la función legislativa. En cuanto al criterio de distinción entre su función específica —la jurisdiccional— y la administrativa, él es negativo: Toda la actividad de los órganos judiciales que no sea materialmente jurisdiccional,<sup>18</sup> será administrativa;

c) *Los órganos legislativos*, similarmente, no realizan función jurisdiccional,<sup>19</sup> sino la suya propia —legislativa— y además la administrativa; toda la actividad del Congreso, pues, que no sea de producción de leyes, es procedimiento administrativo.

### 8. *Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos*

De esto se advierte que existen procedimientos administrativos no sólo dentro del ámbito de actuación de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados: Entes autárquicos, empresas del Estado, entes federales o interprovinciales, etc.), sino también de los órganos jurisdiccionales y legislativos. En estos dos últimos casos, se trata en general de todo lo que se refiere a la organización interna y medios materiales y personales de los respectivos organismos. Así, en la justicia y el Congreso, todo lo referente al personal administrativo y sus relaciones entre sí y con sus superiores (nombramiento, remoción, deber de obediencia, sanciones disciplinarias, recursos, etc.); los referente a las contrataciones efectuadas (compra de los diferentes elementos necesarios —muebles, libros, papeles—; contratos de obra pública para la construcción o refacción de sus edificios; contratos de edición de libros, de encuadernación; concesiones de servicios de cafetería, etc.) y en general a la disposición de los respectivos fondos públicos (inversiones, gastos, patrimonio; control de la inversión, etc.), *pertenece al ejercicio de funciones administrativas y se desenvuelve por lo tanto a través de procedimientos administrativos, terminando en el dictado de actos administrativos.*

Desde luego, tanto los jueces como el Congreso tienen una cierta separación respecto al Poder Ejecutivo en todo lo que respecta a sus propias actividades administrativas. Si bien puede haber ciertos puntos de contacto, en general se trata de jerarquías diferenciadas, y en consecuencia, los decretos del Poder Ejecutivo reglamentado el procedimiento administrativo no son en principio aplicables sino al procedimiento de los propios órganos administrativos de él dependientes

<sup>17</sup> Conf. BETTERMANN, *op. cit.*, p. 118.

<sup>18</sup> Excluimos también la “jurisdicción voluntaria” de los jueces, a la que nos consideramos “función administrativa” y que por ende no implica un procedimiento administrativo. Ver *El acto administrativo*, p. 55 y ss., donde seguimos parcialmente a GARRIDO FALLA, FERNANDO, *tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1961, p. 26 y ss., 356 y ss.

<sup>19</sup> Salvo tal vez la posible excepción del juicio político. Ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, p. 40.

(en la administración nacional centralizada o descentralizada), pero no a los que dependen exclusivamente de los otros poderes. Con todo, los principios fundamentales a aplicarse son los mismos, y entendemos por lo demás que en ausencia de normas específicas para el procedimiento administrativo de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

### 9. *El procedimiento administrativo no es “jurisdiccional”*

Hay autores que sostienen que en ciertos casos la administración actúa en ejercicio de función jurisdiccional;<sup>20</sup> también hay autores que afirman que la decisión de un recurso, en un procedimiento administrativo, es de naturaleza jurisdiccional.<sup>21</sup>

Este tipo de razonamiento, no obstante, ha sido empleado en dos sentidos opuestos, y con conclusiones igualmente opuestas:

a) En una tendencia, la Corte Suprema ha fundamentado en algunos casos la aplicación al procedimiento administrativo de ciertas garantías fundamentales (en especial, el debido proceso y la defensa en juicio), en una pretendida naturaleza jurisdiccional que el procedimiento considerado hubiera tenido en el caso concreto; o sea, ha dicho que siendo el procedimiento de naturaleza jurisdiccional, debía en el caso respetarse la defensa, etc.<sup>22</sup>

b) En la segunda tendencia, ha invocado la administración a veces esa supuesta naturaleza jurisdiccional para pretender fundar en ella facultades especiales o implícitas de la administración, o para conferir un rigorismo impropio al procedimiento.<sup>23</sup>

### 10. *Crítica de la teoría que acepta “funciones jurisdiccionales” de la administración*

Discrepamos de ambas tendencias, no sólo porque no compartimos la base de que ellas parten, sino también por las consecuencias que de la misma desprenden.

En primer lugar, es de señalar que el procedimiento administrativo *no es de naturaleza jurisdiccional*, fundamentalmente porque los actos que tiene por finalidad dictar no tienen el régimen jurídico propio de los actos de tal función; es

<sup>20</sup> Así MARIENHOFF, MIGUEL S., “Actividad «jurisdiccional» de la administración,” en *JA*, t. 1962, IV, p. 102 y ss., sec. doctr.; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 254 y ss.

<sup>21</sup> BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1958, p. 14 y ss.

<sup>22</sup> Felizmente, la conclusión se mantiene, pero el principio que la fundamenta ha perdido vigencia, a nuestro entender, en la jurisprudencia. Ello se advierte particularmente en CSJN, *Fernández Arias v. Poggio*, 1960, *Fallos*, 247: 646, que a este respecto comentamos en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, p. 37 y ss.

<sup>23</sup> Nuevamente aquí es de congratularse que —a la inversa— la conclusión no haya prosperado en definitiva. La orientación de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación es firme en sostener que en el procedimiento administrativo no es de aplicación el rigorismo del derecho procesal, y que debe aplicarse un criterio de informalismo en favor del administrativo. PTN, *Dictámenes*, 39: 115; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 70: 210, etc.

decir, que los actos resultantes de un procedimiento administrativo son simples actos administrativos que se rigen íntegramente por el derecho administrativo.<sup>24</sup>

No debe llevar a confusión a este respecto, por lo que al derecho positivo respecta, el que existan hipótesis en que un acto de la administración resulte ser inatacable judicialmente, salvo por recurso extraordinario. Tal sería el caso en que la ley ofrece la opción de acudir a la vía judicial o seguir la vía administrativa, disponiendo que la elección voluntaria de una excluya el recurrir luego a la otra; también sería tal la hipótesis en que, existiendo un término para recurrir ante la justicia de un acto de la administración, el particular lo deje expirar y no pueda ya impugnar judicialmente dicho acto.

Es fundamental destacar entonces que cuando el particular, en casos del tenor de los mencionados, *renuncia voluntariamente a seguir la vía jurisdiccional* (sea por consentir expresa o implícitamente una decisión administrativa, o por elegir la vía administrativa cuando la ley le ofrece una opción excluyente), no por ello cambia la naturaleza jurídica del acto de la administración. Sería ilógico sostener que el acto administrativo es puramente administrativo si el particular lo impugna ante la justicia, pero que es jurisdiccional si el particular no lo impugna y en cambio lo consiente: Pues ello, desde luego, no apunta a una naturaleza intrínseca del acto.

Y en cuanto a la elección de una vía, es de señalar que no habiendo una obligación de orden público de acudir a la justicia, es perfectamente correcto admitir la renuncia voluntaria a ella; pero ello no puede tampoco transformar en jurisdiccional el acto que yo he renunciado expresa o implícitamente a impugnar; simplemente, he renunciado a invocar la función jurisdiccional, y allí queda la cuestión, en mera decisión administrativa respecto de la cual no habrá revisión jurisdiccional por expresa renuncia del interesado. De seguirse el criterio contrario, y reconocerse “naturaleza jurisdiccional” a todo acto que por alguna causa (en particular, la renuncia del interesado) no puede ser impugnado ante la justicia, resultaría que si un deudor me dijera: “He decidido no pagarle lo que le debía,” y yo no lo demando, y dejo prescribir la acción, ese acto de mi deudor (que es ahora inatacable judicialmente) implica el ejercicio de potestad jurisdiccional, es un “acto jurisdiccional” que hace “cosa juzgada.”

Por ello no consideramos que puedan considerarse “actos jurisdiccionales” de la administración, los actos que ésta dicta en caso de existir opción entre la vía judicial y administrativa, o los actos que deben ser impugnados dentro de un término si transcurre tal término sin que la impugnación ante la justicia se haya hecho efectiva. De esto se sigue también, a nuestro juicio, que el régimen

<sup>24</sup> Conf. REAL, ALBERTO RAMÓN, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, 1948, sección 2 (doctrina), p. 47 y ss., p. 51; del mismo autor, “Recursos administrativos,” en *Rev. del Col. de Abogados del Uruguay*, año 1962, t. 3, n° 1/4, p. 19; nuestra *Introducción al derecho administrativo*, p. 37 y ss., y la doctrina mencionada *infra*, notas 27 y 28.

jurídico de tales actos es pura y exclusivamente el de la función administrativa y no el de la jurisdiccional.<sup>25</sup>

### 11. *El art. 95 de la Constitución nacional y la función jurisdiccional*

Además, la conclusión de que la administración no ejerce facultades jurisdiccionales se desprende con gran énfasis del artículo 95 de la Constitución nacional, y toda vez que exista una ley que se aparte de tal criterio, ella será antijurídica.

El artículo 95 de la Constitución expresa: *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”*

Cuando la Constitución dice que no puede “ejercer funciones judiciales,” cabe interpretar obviamente que ello supone una distinción, una diferencia entre funciones judiciales y funciones administrativas. ¿Dónde estará la diferencia entre ambas? Si caracterizamos a la “función judicial” por el contenido, el Poder Ejecutivo no podrá dictar actos de ese contenido que establezcamos; si en cambio la caracterizamos por el efecto jurídico que sus actos deban producir, entonces concluiremos en que el Poder Ejecutivo no podrá dictar actos que produzcan tales efectos jurídicos. La conclusión es siempre, inevitablemente, la misma: Debemos definir de algún modo la “función judicial” y decir ineludiblemente que eso no podrá bajo ningún concepto hacerlo la administración.

### 12. *Crítica de la distinción entre función jurisdiccional “judicial” y “administrativa”*

Pues bien: Se ha tratado no obstante de salvar la objeción diciendo que aunque de acuerdo al artículo 95 el Poder Ejecutivo no puede realizar funciones “judiciales,” sí puede en cambio realizar funciones “jurisdiccionales,” diciéndose entonces que lo “jurisdiccional” es el *género*, el cual admitiría dos *especies*: La “jurisdicción judicial” y la “jurisdicción administrativa.” Con ello resultaría que la administración na realizaría “jurisdicción judicial,” pero sí “jurisdicción administrativa.”<sup>26</sup>

Mas ello significa que habrá que diferenciar estos conceptos (jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa), y *si la diferencia se la da por el órgano* —“es judicial la de los jueces, jurisdiccional la de cualquier otro órgano”— *entonces hay una petición de principios*, pues *estamos diciendo otra vez que el Poder Ejecutivo no puede realizar funciones de los jueces, pero no definimos a éstas sino por el hecho de que son de los jueces*. Tenemos que calificar de algún modo cuál es la función específica de los jueces, y hecho esto, concluir en que tal función no puede ser realizada por el Poder Ejecutivo: Parece lógico entonces que, sea que definamos

<sup>25</sup> Por todo lo dicho, y lo que exponemos a continuación, nos vemos obligados a discrepar con los calificados, autores que mencionamos en la nota 20.

<sup>26</sup> BIELSA, RAFAEL, *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, 1950, p. 321. La distinción pertenece a la doctrina francesa, y sólo allá se justifica, pues los franceses tienen precisamente *tribunales administrativos*, que entre nosotros serían claramente inconstitucionales.

a la función de los jueces como la de resolver *contendas* en forma definitiva, o que la calificuemos tan sólo como la función de resolver en forma definitiva, etc., ello es algo que el Poder Ejecutivo, por el artículo 95, no podrá hacer.

La alternativa es totalmente insuperable. Para poder afirmar que el Poder Ejecutivo tiene “función jurisdiccional” que no es “función judicial,” será necesario definir la función judicial por su contenido o régimen jurídico, diferenciándola entonces por su contenido o régimen, *pero no por el órgano, de la función “jurisdiccional.”* Pero es obvio que tal intento es fallido, porque *toda definición de función judicial que no caiga en la absoluta sencillez de decir que es un acto concreto de aplicación del derecho, tendrá que declarar reservada a los jueces y prohibida a la administración la decisión definitiva con fuerza de verdad legal de controversias entre partes.*

Y por otra parte, la definición de que es la aplicación del derecho a un caso concreto, no responde tampoco al sistema constitucional, porque no distingue, sino que confunde en un solo caso, las funciones de la administración y de la justicia, siendo que la Constitución dice que las funciones de la justicia no pueden ser ejercidas por la administración: Lo que, por cierto, significa necesariamente que debe haber diferencias de materia y de régimen jurídico entre ambas. Con lo que se recae en el punto inicial.

Es pues lógicamente imposible, dentro de la rígida norma del artículo 95 de la Constitución, admitir que el Poder Ejecutivo pueda ejercer funciones “jurisdiccionales.”<sup>27</sup>

### 13. *Conclusión sobre la naturaleza del procedimiento administrativo*

En conclusión, como señala BALLBÉ: “...Función administrativa y función jurisdiccional, miembros de una misma división, son, por tanto, según elemental Lógica, términos que recíprocamente se excluyen. De ahí se infiere, en consecuencia, que mal puede hablarse, técnicamente, de una «jurisdicción administrativa» en el sentido de la tesis que se juzga. Téngase en cuenta, en definitiva, que nota constitutiva del concepto de jurisdicción es la de que el sujeto que ejerce la función es ajeno a la relación sobre que incide (*nemo iudex in causa sua*); en la actividad administrativa, por el contrario, quien la ejerce es sujeto de la relación misma. Y

<sup>27</sup> Conf. IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1963, pp. 38 y 39, p. 49, nota 27; FIÓRINI, BARTOLOMÉ, “Inexistencia de acto administrativo jurisdiccional,” en *LL*, 101: 1027 y ss., 1033 y ss.; comparar BÓSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Buenos Aires, 1951, pp. 29 y ss., 69 y ss., 74 y ss., en sentido similar al del texto, pero p. 88 y ss., menos terminantes. Por lo demás, el intento de distinguir funciones “judiciales” y “jurisdiccionales,” para decir que la administración puede ejercer alguna función “jurisdiccional” es políticamente disvalioso, por oponerse al sistema republicano de gobierno y a la división de los poderes, garantía de la libertad; es así que tal intento no sólo está contra la letra del art. 95 de la Constitución sino también contra su espíritu mismo. Por eso creemos que si en algún sentido han de estar orientados los esfuerzos del intérprete, es precisamente en el opuesto al indicado.

como en el desarrollo de una actividad no se puede ser y no ser, al mismo tiempo, sujeto de una relación, mal puede admitirse la mixtura «jurisdicción administrativa» como opuesta a «jurisdicción judicial». Una actividad del Estado podrá ser administración o jurisdicción, pero no ostentar ambas cualidades a la vez;” “Por esta misma razón, es, inadmisibles la pretendida «potestad jurisdiccional» de la administración.”<sup>28</sup>

#### 14. *Consecuencias de negar al procedimiento administrativo carácter jurisdiccional*

Ahora bien, el destacar que el procedimiento administrativo es administrativo y nada más, o sea, que no tiene la esencia ni el régimen jurídico de la función jurisdiccional (en lo que se refiere al valor y alcance de sus actos decidiendo contiendas entre particulares o entre particulares y ella misma), tiene como consecuencia destruir la segunda afirmación, aquella que quiere sostener en ese argumento facultades administrativas especiales.

Pero en cambio, quitar el fundamento que la jurisprudencia a veces ha utilizado para aplicar la garantía de la defensa en juicio u otras al procedimiento administrativo, no significa en absoluto que esas garantías sean inaplicables.<sup>29</sup> Es evidente que los principios generales del derecho, y ciertos principios constitucionales que la Constitución presenta con un sentido axiológico fundamental,<sup>30</sup> no son meros enunciados para ser aplicados sólo excepcionalmente; constituyen la raigambre misma de todo pensamiento y técnica jurídica, y no se puede prescindir de ellos cualquiera sea la actividad estatal de que se trate.<sup>31</sup> Si a esto se agrega que la administración es el órgano estatal que más directamente traba relaciones con los individuos, pudiendo afectar sus derechos, y que además es por excelencia el órgano que está sometido a la ley (principio de la legalidad de la administración), bien se comprende que las razones que existen para aplicar al procedimiento administrativo esos principios generales del derecho, integrantes del principio de la legalidad, y los principios constitucionales del debido proceso y la garantía de la defensa, son si se quiere más fuertes aún en este caso para exigir una completa aplicación de los mismos. La supresión del argumento de que la administración ejerza funciones “jurisdiccionales,” pues, no puede en modo

<sup>28</sup> BALLBÉ, *op. cit.*, pp. 16-18. Conf. IBÁÑEZ FROCHAM, *op. cit.*, pp. 49 y 50, nota 27; NAVA NEGRETE, *op. cit.*, p. 88 y ss.; FÍORINI, artículo citado, y *Recurso jerárquico*, p. 17; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950, pp. 242 y ss., 245, aunque no le atribuye naturaleza constitucional, según se advierte en las pp. 246 y 247; REAL, artículos citados *supra*, nota 24; ARGANARÁS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, 1955, pp. 51 y 52; en sentido más terminante aún COSTA, AGUSTÍN, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950, p. 37; ver también nuestra *Introducción al derecho administrativo*, p. 37 y ss., p. 46.

<sup>29</sup> WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 145.

<sup>30</sup> Ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, pp. 52-54, y 62.

<sup>31</sup> WADE, *op. cit.*, p. 141.

alguno restringir la aplicación al procedimiento administrativo de los principios fundamentales del debido proceso.

15. *Conclusión sobre la aplicación de los principios del debido proceso al procedimiento administrativo*

Por ello concluimos en que si bien el procedimiento administrativo es de neta sustancia administrativa, esa circunstancia hace tanto o más necesaria la aplicación a éste de todos los elementos sustanciales del debido proceso, tanto en sentido formal como sustancial, y de los demás principios constitucionales y principios generales del derecho; y que no impide en absoluto, sino que por el contrario refuerza, la aplicación analógica de los recaudos procesales jurisdiccionales en cuanto impliquen una protección para los derechos del administrado.

16. *El procedimiento administrativo no es “interno”*

En cuanto a la posible distinción entre procedimiento “interno” y “externo,” la cual se basaría en que en el primer caso se trataría de una relación entre órganos administrativos únicamente, y en la segunda de una actividad de la administración en relación a particulares,<sup>32</sup> o que toca la esfera jurídica de los particulares, nos inclinamos a no aceptarla.

Ello, en primer lugar porque es evidente a nuestro juicio que los órganos administrativos, incluso cuando carecen de personalidad jurídica propia, pueden —y de hecho lo hacen— trabar controversias administrativas que no tienen carácter ajurídico, sino jurídico,<sup>33</sup> y que se rigen por los principios generales del procedimiento administrativo. Negarle las notas comunes del procedimiento administrativo por el hecho hipotético de que no exista un particular inmediatamente interesado en la cuestión, nos parece una consecuencia algo excesiva y que de hecho no conduce a nada; tiene por otra parte el grave riesgo de acentuar la tendencia administrativa hacia la reserva y el secreto de las actuaciones, con grande perjuicio al principio republicano de la publicidad de los actos estatales.

17. *Las obligaciones “internas” del funcionario también son debidas al administrado*

En otro sentido es de recordar que en el derecho argentino existe una norma jurídica positiva que *transforma* a todas las obligaciones de los funcionarios que pudieran teóricamente ser consideradas, en la tesis anterior, internas (en el sentido

<sup>32</sup> Así BETTERMANN, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

<sup>33</sup> SANDULLI, ALDO M., *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1959, reimpresión, p. 197 y ss. Incluso los autores que admiten la categoría de actos internos; diferenciando relaciones “interorgánicas,” o “interadministrativas,” coinciden en reconocerle carácter jurídico a las primeras. Ver SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, 1950; p. 17 y ss., 47 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., “Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas,” en *JA*, t. III, 1962, p. 77 y ss.

de obligaciones debidas originaria y exclusivamente al Estado, no a particulares), *en auténticas obligaciones externas de él mismo y de la administración hacia los particulares*.<sup>34</sup> Por ello, en el derecho argentino será harto difícil encontrar un procedimiento administrativo que por aplicación de dicha norma no implique en alguna medida relaciones externas de la administración con los particulares. En consecuencia, si bien puede entenderse que una circular, instrucción u orden administrativa dirigida de un órgano a otro *no obliga a los particulares* y sí sólo a los funcionarios públicos, es de destacar que, en la medida en que dichos particulares *pueden invocar los derechos que de ella emergen*,<sup>35</sup> están relacionados con la administración y en consecuencia el procedimiento no es sino externo.

18. *El procedimiento administrativo es siempre externo respecto al funcionario que actúa en él*

Por último, cabe señalar que todo acto, trámite o disposición presuntamente interna implica, inexorablemente, relación con algún sujeto de derecho y no meramente con un órgano administrativo en cuanto tal: Pues es evidente que *el funcionario público que dicta o ejecuta el acto*, trámite o disposición de que se trate —sean éstos los que fueren— *está directamente alcanzado respecto a éste por relaciones jurídicas tales como las del deber de obediencia, la de la responsabilidad* —personal— civil y administrativa, etc., de modo tal que dicho trámite es, en lo que a él respecta, una relación claramente externa.

Esto último, por lo demás, nos demuestra la imposibilidad lógica de concebir acto o procedimiento alguno de la administración que no implique en algún modo relaciones jurídicas con otro sujeto de derecho; por lo que respecta al funcionario que dicta o ejecuta el acto, éste encierra siempre una relación jurídica entre él (no como órgano, sino como funcionario y sujeto de derecho) y la administración.

Todo ello, y lo dicho anteriormente, nos lleva pues a la conclusión de que el procedimiento administrativo es siempre externo.<sup>36</sup>

19. *Procedimiento constitutivo y de impugnación*

Algunas veces se ha querido distinguir dos tipos de procedimiento administrativo: El constitutivo, o de producción de actos administrativos, y el de impugnación de actos administrativos.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 73 y ss., e *Introducción al derecho administrativo*, p. 57.

<sup>35</sup> Ver *Estudios*, op. loc. cit.

<sup>36</sup> Conf. KRÜGER, HERBERT, "Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung," en *Festgabe für Rudolf Smend*, 1952, pp. 219 y ss.; comparar SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 183; SANDULLI, op. cit., p. 107 y ss.; BACHOF, OTTO, "Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung," en *Festschrift für Laforet*, 1952, p. 285 y ss., en sentido contrario pero no terminante, como señala BETTERMANN, op. cit., p. 134,

<sup>37</sup> NAVA NEGRETE, op. cit., p. 78; ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO, y otros, *Documento de Trabajo*, n° 8, pp. 1 y 2, presentado al "Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio

Entendemos nosotros que si bien la distinción tiene un cierto fundamento real, él no es suficiente como para erigirla en categoría jurídica; pues es obvio; entre otras cosas, que el procedimiento de impugnación es también, al mismo tiempo, un procedimiento de producción o constitución de un nuevo acto administrativo, aquel que decidirá la impugnación.

Al mismo tiempo, no hay diferencias de régimen jurídico entre ambos tipos de procedimiento: La garantía de la defensa en juicio se debe aplicar ya en el procedimiento “constitutivo”<sup>38</sup> y desde luego también en el de impugnación. De ello se desprende, a nuestro criterio, que la diferencia es borrosa y carente de proyecciones jurídicas, por lo que no parece conveniente proponerla como categoría formal.

## 20. *Procedimiento administrativo y derecho administrativo*

Vimos ya que la ciencia que estudia el *proceso* administrativo (o sea, el proceso judicial en que se resuelven, ante un juez imparcial e independiente, contiendas que versan sobre derecho administrativo), se lo denomina *derecho procesal administrativo*, y es parte del *derecho procesal*. ¿Dónde ubicaremos, entonces, al estudio de las reglas jurídicas aplicables al procedimiento administrativo?

Dado que no pertenece al derecho procesal,<sup>39</sup> es obvio entonces que constituye una parte del derecho administrativo mismo,<sup>40</sup> ya que no parece ser posible, en el estado actual de esta última ciencia, y en vista de los pocos adelantos existentes en el estudio del procedimiento administrativo, reconocerle autonomía alguna.

Por lo demás, las reglas que rigen el procedimiento administrativo son en alguna medida reglas que hacen al derecho de fondo, más que a la pura tramitación,<sup>41</sup> y ello contribuye a indicar que la ubicación del estudio del régimen jurídico del procedimiento administrativo debe efectuarse dentro de la ciencia del derecho administrativo. Por ello concluimos en que la relación entre el derecho administrativo y el derecho del procedimiento administrativo es de género a especie: El último es tan sólo una parte del primero.

ilegal o abusivo del poder administrativo,” realizado por las Naciones Unidas en Buenos Aires, 31 de agosto al 11 de setiembre de 1959.

<sup>38</sup> Como ya lo reconoce el mismo ANDUEZA, *op. cit.*, p. 2. En igual sentido, expresando que debe oírse al interesado *antes* de adoptar decisión alguna, SCHWARZ, BERNARD, *Le droit administratif américain*, París, 1952, p. 105 y ss.; WILLOUGHBY, WESTEL WOODBURY, *The Constitutional Law of the United States*, Nueva York, 1929, t. III, pp. 1732 y 1733; WADE, *op. cit.*, p. 142 y ss.; FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México; 1958, pp. 146 y 147; HAMSON, C. J., Documento de Trabajo n° 1, p. 17 y ss., en el Seminario citado (Naciones Unidas, Buenos Aires, 1959); GORDILLO, *Estudios de. derecho administrativo*, pp. 92 y ss., 107 y ss.

<sup>39</sup> BETTERMANN, *op. cit.*, p. 119.

<sup>40</sup> BETTERMANN, *op. cit.*, p. 119 y ss.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 47, nota 9; BETTERMANN, *op. cit.*, p. 121.

### 21. *Denominación del procedimiento administrativo*

¿Cómo habrá de denominarse a este capítulo del derecho administrativo? En lengua alemana se ha podido hablar de “derecho del procedimiento administrativo” (*Verwaltungsverfahrenrecht*), expresión que resulte tal vez incómoda en castellano, por lo que nos hemos inclinado por utilizar indistintamente la misma o la frase “procedimiento administrativo;” para mayor simplicidad.

### 22. *Concepto de procedimiento administrativo. Distinción con el resto del derecho administrativo*

La distinción entre el derecho administrativo y su capítulo referente al procedimiento administrativo depende, por supuesto, del contenido que se quiera dar al segundo. Compartimos en principio la afirmación de BETTERMANN,<sup>42</sup> en el sentido de que la distinción entre el derecho administrativo material y el procedimiento administrativo no puede hacerse exclusivamente en base a los criterios de “contenido” y “forma” ya que, según indicáramos, el procedimiento suele englobar aspectos que no son meramente de forma, sino que constituyen también derecho material y hacen al acto mismo.<sup>43</sup>

Pero no creemos tampoco que pueda resultar aplicable un criterio basado analógicamente sobre el contenido del derecho procesal, para determinar el contenido del derecho del procedimiento administrativo. Tomando en cuenta que el derecho procesal estudia los actos procesales —no sólo de las partes, sino también y fundamentalmente del juez—, y que abarca las condiciones de validez de los últimos en todo cuanto no se refiere al contenido mismo del acto (competencia, forma, notificación, ejecución, impugnación, modificación, extinción, de los actos judiciales), resulta a nuestro criterio excesivo trasplantar *mutatis mutandi* esa temática al procedimiento administrativo, para decir entonces, por ejemplo, que “El derecho del procedimiento administrativo regla la competencia, la forma y la publicidad, la ejecución, la impugnación y la modificación de decisiones de autoridades administrativas, así como de sus controles.”<sup>44</sup>

### 23. *Lo esencial del procedimiento administrativo es la tramitación e impugnación de actos*

Evidentemente, es tarea ardua trazar la línea divisoria entre la materia madre y su desprendimiento: Tal vez el intento no deba en definitiva estar destinado a tener éxito, ya que es explicable que toda disciplina que no es autónoma de otra, no pueda ser claramente diferenciada de ésta.

<sup>42</sup> BETTERMANN, *op. cit.*, p. 121.

<sup>43</sup> En contra de este criterio FORSTHOFF, ERNST, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 17, Berlín, 1959, p. 222.

<sup>44</sup> BETTERMANN, *op. cit.*, pp. 121 y 122. En sentido similar MELICHAR, ERWIN, “Das Verwaltungsverfahren,” en *Veröffentlichungen...*, *op. cit.*, p. 197 y ss.

Sin embargo, si se ha de tratar de señalar algún rasgo diferencial entre ellas, creemos que no ha de ser incorporando al capítulo secundario —procedimiento— la temática fundamental de uno de los temas generales de mayor trascendencia dentro de la materia —el acto administrativo—. <sup>45</sup> Ciertos aspectos de la teoría del acto administrativo podrán sí ser estudiados o *reiterados* dentro del procedimiento administrativo. Corresponderá así por ejemplo que se analicen los requisitos que deben cumplirse antes de la emisión del acto administrativo, y cuya violación o incumplimiento origina los que hemos llamado “vicios en la preparación de la voluntad” del acto administrativo; <sup>46</sup> también corresponderá referirse nuevamente y en detalle a la publicidad de los actos administrativos; será del caso refrescar brevemente algunos conocimientos generales, pero no sólo de acto administrativo (v. gr., nulidades, extinción), sino también de derecho administrativo (derecho subjetivo, interés legítimo, actividad discrecional y reglada, legitimidad y oportunidad), *pero pareciera en verdad que lo esencial a tratarse dentro del procedimiento administrativo es la tramitación* de los actos administrativos, no el acto mismo, y la *impugnación* de los actos administrativos, más las condiciones y formas en que dichas impugnaciones han de efectuarse y resolverse.

Extender más el tema, incorporándole el estudio de la competencia administrativa, o de la forma de los actos administrativos, etc., en lo que no sea estrictamente necesario para resolver problemas referentes al trámite o a la impugnación de actos, nos parece en consecuencia una amplitud demasiado grande para el presente tema. <sup>47</sup>

#### 24. *Definición del procedimiento administrativo*

Por todo ello, definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios *que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa*.

En consecuencia, estudia la participación y *defensa* del interesado (que puede ser un particular, un funcionario o una autoridad pública, según veremos) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa, y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la participación e intervención de dichos interesados.

Estudia en particular la defensa de los interesados, y como lógica secuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: Sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos los problemas de fondo que

<sup>45</sup> Conf. las exposiciones de IPSEN y MENGER en *Veröffentlichungen...*, *op. cit.*, t. 17, pp. 217 y 219; ver también BACHOFF, en el mismo lugar, pp. 216 y 217.

<sup>46</sup> Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 119 y ss.

<sup>47</sup> En igual sentido, los autores citados en la nota 45.

dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.



## CAPÍTULO II

### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Principio de la legalidad objetiva</i> .....	PRA-II-1
1. Alcances del principio .....	PRA-II-1
2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa .....	PRA-II-2
II. <i>Principio de la oficialidad</i> .....	PRA-II-3
3. 1º) Principio de la impulsión de oficio .....	PRA-II-3
4. Excepciones al principio de la impulsión de oficio .....	PRA-II-3
5. Comparación con el proceso civil .....	PRA-II-4
6. Otras consecuencias del principio.....	PRA-II-4
7. 2º) Principio de la instrucción .....	PRA-II-5
8. 3º) Principio de la verdad material.....	PRA-II-5
III. <i>Principio del informalismo en favor del administrado</i> .....	PRA-II-6
9. El informalismo como arbitrariedad.....	PRA-II-6
10. El informalismo en favor del administrado. Origen .....	PRA-II-7
11. Su formulación en el derecho argentino .....	PRA-II-7
12. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos .....	PRA-II-8
13. Otras aplicaciones del principio.....	PRA-II-8
14. Conclusión .....	PRA-II-9
IV. <i>Principio del debido proceso (garantía de la defensa)</i> .....	PRA-II-10
15. Su aplicación al procedimiento administrativo.....	PRA-II-10
16. Elementos de la garantía de la defensa.....	PRA-II-11
17. Nuevos desarrollos, del principio .....	PRA-II-12

V. <i>Otros principios</i> .....	PRA-II-13
18. Carácter escrito del procedimiento .....	PRA-II-13
19. Mediación o intermediación .....	PRA-II-13
20. Rapidez, simplicidad, economía .....	PRA-II-14

## Capítulo II

### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO\*

#### I. Principio de la legalidad objetiva

##### 1. Alcances del principio

Una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento mismo, es que ellos son objetivos, en el sentido de que tienden no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a “la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo;”<sup>1</sup> por ello es que hay un cierto interés público en su sustanciación.<sup>2</sup>

En virtud de este principio se explica, como veremos, que el procedimiento tenga carácter instructorio, y que la autoridad pueda proceder de oficio;<sup>3</sup> que prive en él el principio de la verdad material, por oposición a la verdad formal; que exista amplitud para considerar bien impuestos los recursos y reclamaciones, facilitando así en lo posible el control de los superiores jerárquicos sobre la buena marcha y legalidad de la administración pública.

De allí se desprende también que el desistimiento del recurrente no exima a la administración de la obligación de determinar si existe o no la ilegitimidad aducida y resolver el recurso,<sup>4</sup> y que incluso el fallecimiento del recurrente no varíe tal conclusión.<sup>5</sup>

\* El presente capítulo fue publicado con el mismo título en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 61, n° 2-3, Montevideo, 1964, pp. 32 y ss., con subnotas de HORACIO CASSINELLI MUÑOZ en referencia al derecho uruguayo.

<sup>1</sup> HEREDIA, HORACIO H., “Los medios administrativos para la protección de los administrados,” en *Rev. del Col. de Abogados de Buenos Aires*, año 1945, n° 2, pp. 251 y ss. y 254.

<sup>2</sup> HEREDIA, *op. cit.*, pp. 254 y 255.

<sup>3</sup> HEREDIA, *op. loc. cit.*; ampliar *infra*, n° y siguientes.

<sup>4</sup> HEREDIA, *op. cit.*, pp. 276-278.

<sup>5</sup> HEREDIA, *op. cit.*, p. 255; D'ALESSIO, FRANCESCO, *Instituzioni di diritto amministrativo italiano*, Turín, 1934, t. II, p. 321.

## 2. *El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa*

De ese mismo principio general surge la necesidad de conferir una amplia oportunidad de defensa al administrado. Esto es un requisito constitucional exigido en los sistemas liberales en atención a la persona humana misma, es decir, al individuo; pero incluso prescindiendo de esa consideración, en cualquier régimen estatal —liberal, autoritario o despótico— se hace técnicamente necesario conferir la máxima oportunidad de defensa para asegurar la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la “legalidad objetiva.”

En efecto, sea el régimen jurídico general respetuoso de los derechos individuales o tiránico, el mismo sólo será aplicado correctamente si es posible reclamar adecuadamente en vía administrativa contra cualquier desvío o exceso en su ejecución diaria. Como señala HAMSON,<sup>6</sup> “Tal reclamación, en esencia, no va contra la administración sino contra el hecho de que un subordinado no dé cumplimiento a la verdadera política de la administración. Es admisible hasta en el despotismo más absoluto o en el Estado totalitario; la admite incluso un comandante militar. Más aún, esas formas de gobierno pueden alentar tal tipo de quejas, en cuanto proporcionan a la autoridad central un medio de controlar la conducta de sus subordinados y de evaluar y por ende mejorar la forma en que la política de la autoridad central, por despótica que sea, se lleva a cabo.”<sup>7</sup> “Así pues, aunque puede funcionar e históricamente ha funcionado el sistema organizado de quejas en sociedades que distan mucho del Estado de Derecho, y aunque la finalidad del sistema sea a veces dar mayor eficacia a un gobierno completamente despiadado, o incluso a un régimen militar, la posibilidad de presentar esas reclamaciones y el mecanismo creado para ello han sido históricamente valiosos y pueden serlo en la actualidad especialmente en las colectividades que se esfuerzan por implantar un régimen de derecho.”<sup>8</sup>

“Finalmente, lo que tal vez sea más importante, la maquinaria para tramitar esas quejas no sólo lleva a fiscalizar la administración sino también a *suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir la que nace del antojo personal de cada funcionario*. La fiscalización tiene por objeto promover y lograr la regularidad en la administración. Esta regularidad puede suponer tan sólo una mayor precisión en la ejecución de los deseos del «amo» y dista mucho de la noción de Estado de Derecho. Con todo, esta regularidad representa *cierto* progreso con respecto a la arbitrariedad enteramente difusa y generalizada y constituye un requisito para el logro futuro del régimen de derecho: Acaso no se peque de

<sup>6</sup> HAMSON, J. C., Documento de Trabajo n° 1, presentado al Seminario de las Naciones Unidas sobre los *Recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo*, Buenos Aires, 1959, pp. 21 y 22.

<sup>7</sup> HAMSON, *op. cit.*, p. 22.

<sup>8</sup> HAMSON, *op. loc. cit.*

indebido optimismo al pensar que la existencia de un procedimiento regular es en fin de cuentas más propicio que el simple caos para que la justicia vea la luz.”<sup>9</sup>

## II. Principio de la oficialidad

### 3. 1º) Principio de la impulsión de oficio

El principio de la “oficialidad,” derivado del principio de la legalidad objetiva, tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento.

En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde en todos los casos a la administración.<sup>10</sup> Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo: De allí que la inacción del administrado no pueda determinar en ningún caso la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable proyectar la creación legislativa de una tal caducidad o perención de instancia,<sup>11</sup> pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, normalmente, su continuación no depende de la voluntad del particular.<sup>12</sup> Y, por supuesto, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresas, la institución procesal de la perención de instancia: Si la ley expresamente no lo determina, la institución procesal mencionada es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, principio éste a nuestro juicio incompatible con el de la perención o caducidad de instancia.

### 4. Excepciones al principio de la impulsión de oficio

El principio de la impulsión de oficio, desde luego, no significa que *toda* impulsión procesal *deba* proceder de la administración: En todos aquellos casos en que la iniciación del procedimiento depende del particular (reclamaciones, recursos), es evidente que el impulso inicial lo provee el particular,<sup>13</sup> aunque luego de ese acto del particular retoma su aplicación el principio general, y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> HAMSON, *op. cit.*, p. 22 y 23; el primer subrayado es nuestro.

<sup>10</sup> BECKER, FRANZ, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 42; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, p. 74 y ss.; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 135 y ss.; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; doctrina uniforme.

<sup>11</sup> Tal como lo observamos al proyecto de ley de procedimiento administrativo de FIORINI. Ver *infra*, cap. XII, comentario al art. 47.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 105 y 106.

<sup>13</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 42.

<sup>14</sup> BECKER, *op. loc. cit.*; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 223.

Pero ello no consideramos que en el procedimiento administrativo “no puede afirmarse que domine el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el «interesado»;<sup>15</sup> a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es netamente predominante, y sólo por excepción puede corresponder dicha impulsión al recurrente o administrado.

Por lo demás, es interesante señalar que en el derecho anglonorteamericano la impulsión de oficio es menos decisiva, otorgándose mayor ingerencia a la impulsión de las partes;<sup>16</sup> pero ello es congruente en general con el restringido concepto del derecho sajón respecto a la impulsión de oficio, incluso en el proceso penal.<sup>17</sup>

### 5. Comparación con el proceso civil

El impulso del procedimiento corresponde fundamentalmente a la administración (sistema inquisitivo o de oficio), a diferencia entonces del proceso judicial común (impulsión de las partes), en que “ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso.”<sup>18</sup>

En el procedimiento administrativo, pues, una denuncia o un recurso presentado por un particular contra un acto que reputa ilegítimo inicia el procedimiento, pero no queda librado al particular detener o extinguir la actividad administrativa en ese procedimiento por el sólo hecho de que desista de su recurso o denuncia: La administración tiene, no obstante ese desestimiento, la obligación de averiguar la verdad de la denuncia o recurso.

### 6. Otras consecuencias del principio

En conclusión, el particular puede en cierto modo activar el procedimiento, pidiendo que la administración lo impulse; pero no puede por lo general impulsarlo él mismo; ni tampoco puede paralizarlo con su inacción.

Como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculado con la impulsión de oficio, existe también el principio de que la administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga, y no está obligada a ceñirse a los puntos reclama-

<sup>15</sup> VILLAR Y ROMERO, JOSÉ MARÍA, *Derecho procesal administrativo*, 2º ed., Madrid, 1948, p. 57.

<sup>16</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 43; SCHWARZ, BERNARD, *Le droit administratif américain*, Paris, 1952, p. 116.

<sup>17</sup> BECKER, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> ALSINA, HUGO, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1956, p. 449.

dos por el particular:<sup>19</sup> Si considera que el acto impugnado tiene otros vicios que los señalados por el recurrente, puede también revocar el acto por esos vicios.<sup>20</sup>

### 7. 2º) Principio de la instrucción

Al lado del principio de la impulsión de oficio, cabe mencionar el principio de la instrucción, en el sentido de que la obtención de las pruebas o certificación o averiguación de los hechos no corresponde exclusivamente a la parte, sino que también debe ser efectuada de oficio: Es decir, la administración debe cooperar, y es por ello responsable, en la reunión de los elementos de juicio necesarios para decidir.<sup>21</sup>

### 8. 3º) Principio de la verdad material

Por último, en íntima unión con el principio de la instrucción cabe mencionar el principio de la verdad material por oposición al principio de la verdad formal. Esto es fundamental respecto a la decisión que finalmente adopte la administración en el procedimiento: Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no:<sup>22</sup> Por ejemplo, hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias, que estén en expedientes paralelos o distintos, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos, etc. Si la decisión administrativa no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado por esa sola circunstancia.<sup>23</sup>

La fundamentación del principio se advierte al punto si se observa que la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes, y que por ejemplo un acuerdo entre las partes sobre los hechos del caso, que en el proceso

<sup>19</sup> Ley española de procedimiento administrativo, del 17 de julio de 1958 (en adelante citada como "ley española"), art. 3 inc. 1º; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 154; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 92.

<sup>20</sup> Esto, por supuesto, tiene como límite el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos regulares que conceden derechos subjetivos a los particulares: Dichos actos no pueden ser revocados ni modificados en perjuicio del interesado, en sede administrativa. Ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, 1946, p. 17 y ss.; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, 2º ed., Buenos Aires, 1956, p. 350 y ss.; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio provisional," en *JA*, 1960, t. II, p. 627 y ss.; DALURZO, BEATRIZ F., "Inmutabilidad de los derechos adquiridos," en *JA*, 1959, t. II, p. 244 y ss.; en la tesis contraria ver REAL, ALBERTO RAMÓN, "Extinción del acto administrativo creador de derechos," en *Rev. de la Fac. de Der. y C. Sociales*, Montevideo, 1960, nº 1-2, p. 71 y ss. GORDILLO, A., *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, p. 67 y ss.

<sup>21</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 43; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 223; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 78 y ss.; PEARSON, MARCELO MARIO, *Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1954, p. 30; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 135 y ss.

<sup>22</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 44; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>23</sup> Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963, pp. 136-138.

civil puede ser obligatorio para el juez,<sup>24</sup> no resulta igualmente obligatorio para el administrador, que está obligado a comprobar la autenticidad de los hechos;<sup>25</sup> a la inversa, entonces, tampoco puede depender la decisión administrativa de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso: Ella debe siempre ajustarse únicamente al principio de la verdad material.

### III. Principio del informalismo en favor del administrado

#### 9. El informalismo como arbitrariedad

Uno de los aspectos fundamentales del procedimiento administrativo es el de su carencia de formas estrictas, o sea, su informalismo.

Pero este término puede ser interpretado de dos formas diametralmente opuestas, por lo que es esencial fijar con precisión el alcance y significado de dicho informalismo.

En una concepción —derivada tal vez del pensamiento procesal— se identifica *formalismo* con: Certeza, seguridad, uniformidad, protección jurídica; e *informalismo* con: Incertidumbre, inseguridad, desigualdad, ausencia de protección jurídica. En el derecho francés, por ejemplo, en que por un altamente perfeccionado sistema de control jurisdiccional de la administración, no se ha sentido la necesidad de establecer protecciones para el administrado durante la tramitación del procedimiento ante la misma administración, se identifica informalismo con “discrecionalidad técnica.” Se ha estimado que el procedimiento es informal en el sentido de que la administración no está sujeta a ninguna regla y que puede libremente llevar el procedimiento por el cauce que técnicamente le parezca más conveniente, sin sujeción a formas preestablecidas.<sup>26</sup>

Evidentemente, esa es una concepción que, de ser exacta, debiera llevarnos al más vehemente repudio del informalismo del procedimiento, y bien se advierte, por ejemplo, que BECKER es guiado por ese pensamiento cuando se empeña en demostrar el carácter “procesal” de este procedimiento, para poder entonces sostener que el mismo es “jurídico” y debe estar sometido a reglas jurídicas predeterminadas.<sup>27</sup> Sin embargo, ésta es sólo *una* de las formas de entender el principio del informalismo, y por ende, de aplicarlo.

<sup>24</sup> Como señala ALSINA, *op. cit.*, p. 449, en el proceso dispositivo el juez “...sólo conoce del litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer, de tal manera que los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia.”

<sup>25</sup> BECKER, *op. cit.*, 44; HERRNRITT, RUDOLF, *Das Verwaltungsverfahren*, 1932, p. 3, citado por BECKER, *op. cit.*, este principio tiene luego fundamental importancia en la apreciación de la prueba, según veremos.

<sup>26</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 7; DUEZ, PAUL, y DEBEYRE, GUY, *Traité de droit administratif*; París, 1952, pp. 25 y 26. Con todo, el sistema francés no puede ser juzgado severamente por este aspecto, ya que toda su atención y brillantez estuvo concentrada siempre en el control *posterior*, contencioso, de la actividad administrativa, y no en el *anterior*, no contencioso. Ver HAMSON, *op. cit.*, p. 19.

<sup>27</sup> BECKER, *op. cit.*, pp. 3 y ss., 7 y ss., 33 y ss.

### 10. *El informalismo en favor del administrado. Origen*

Existe una segunda forma de comprender el informalismo, y es la que proviene del derecho español y ha sido recibida en el derecho argentino. El Tribunal Supremo español declaró ya en 1922 que: “Las reclamaciones producidas en vía gubernativa no... están sometidas a formalidades precisas, *debiendo interpretarse su contenido con espíritu de benignidad*,”<sup>28</sup> pudiéndose afirmar que “Esta doctrina se ha venido aplicando *en beneficio de los recurrentes*, evitando que por defecto de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados.”<sup>29</sup>

En verdad, este criterio ha existido y existe, en mayor o menor medida, en otros países;<sup>30</sup> pero el mérito del derecho español y argentino reside en haberlo erigido en principio fundamental del procedimiento administrativo.

### 11. *Su formulación en el derecho argentino*

En el derecho argentino entonces, por impulso de la Procuración del Tesoro de la Nación, se han fijado a través de una larga y firme orientación administrativa, las características esenciales de dicho informalismo.

El procedimiento es *informal sólo para el administrado: Es decir, es únicamente el administrado quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas le benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso.*

Así planteada la cuestión, parécenos indudable que es superior el principio del informalismo para el administrado, única y exclusivamente, que el del formalismo para la administración y el administrado. En efecto, la práctica administrativa demuestra que los recurrentes y reclamantes en vía administrativa son en una gran proporción gente de modestos recursos y escasos conocimientos jurídicos, que actúan sin patrocinio letrado y sin posibilidad alguna de dominar los vericuetos del procedimiento, perdiendo frecuentemente los términos para recurrir, y efectuando presentaciones que no reúnen sino raramente los caracteres de un escrito judicial.

Establecer un procedimiento formal, a semejanza del judicial, implicaría hacer perder a esa gran mayoría de administrados toda posibilidad sería de recurrir administrativamente, por cuanto pocas veces podrían presentar sus reclamaciones en un todo de acuerdo con las prescripciones positivas. Tal vez en países de cultura más evolucionada pueda ser viable un procedimiento administrativo

<sup>28</sup> PERA VERDAGUER, FRANCISCO, *Jurisprudencia administrativa y fiscal*, Barcelona, 1960, p. 19.

<sup>29</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 294.

<sup>30</sup> Ver, por ejemplo, NAI, SIRO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milán, 1957, p. 19, respecto al derecho italiano; comparar también ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 225, en el derecho austriaco.

formal, como el judicial, pero por lo que respecta al derecho argentino la respuesta parece ser negativa: Formalizar en extremo el procedimiento significaría desproveer de medios de protección administrativa eficiente a la mayoría de los particulares. Ello no significa, por supuesto, que no se puedan dictar algunas normas esenciales de procedimiento: Pero ellas deben a nuestro criterio mantener siempre el principio del informalismo en favor del administrado.<sup>31</sup>

### 12. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos

Ha dicho así la Procuración del Tesoro de la Nación: “Tengo para mí que la determinación del recurso, tanto quiere decir como la voluntad intergiversable de obtener un nuevo pronunciamiento, sin que sea menester que se califique jurídicamente la petición y aunque se la haya calificado erróneamente.”

“Lo contrario sería instituir un formalismo y formulismo tan estéril como pernicioso para la administración pública que serviría para *frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los administrados.*”<sup>32</sup>

Como se advierte, el fundamento que aquí se da para sentar el principio del informalismo en la calificación del recurso, es precisamente no “frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los administrados,” o sea, que la finalidad es *dar una más efectiva protección jurídica a los individuos, y no, conferir mayor discrecionalidad a la administración.*

Se ha dicho también que “los recursos administrativos han de interpretarse no de acuerdo a la letra de los escritos que los expresan, sino conforme a la intención del recurrente, inclusive cuando éste los haya calificado erróneamente usando términos técnicos inexactos,” y así por ejemplo “Si erróneamente se interpusiera en término... un recurso contra una decisión de entidad autárquica, con la denominación de revocatoria o bien de reconsideración, pero se desprendiera la intención del recurrente de seguir la vía jerárquica, debe admitirse y tramitarse como recurso jerárquico cuando sustancialmente reúna las condiciones que para el mismo son exigidas reglamentariamente.”<sup>33</sup> O sea que los escritos se deben interpretar “no de acuerdo a la letra sino a la intención del recurrente.”<sup>34</sup>

### 13. Otras aplicaciones del principio

Se ha hablado igualmente de “...el derecho (*que a la vez es un deber*) de la administración de corregir evidentes equivocaciones de los administrados,”<sup>35</sup> no

<sup>31</sup> En igual sentido FIORINI, BARTOLOMÉ, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963, p. 44; comparar, sin embargo, en lo que respecta a la formulación concreta y aplicaciones del principio, nuestro comentario al *Proyecto Fiorini*, arts. 30, 47, 54, 55, 60 y 71.

<sup>32</sup> PTN, *Dictámenes*, 39: 115 y 119 (el subrayado es nuestro); posteriormente, entre otros; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 70: 210.

<sup>33</sup> *Dictámenes*, cit., 67: 95; en igual sentido, 59: 156; 60: 112; 73: 86; 83: 72, etc.

<sup>34</sup> *Dictámenes*, 73: 86; 68: 210 y 225, y los citados en la nota precedente.

<sup>35</sup> *Dictámenes*, 70: 162; el subrayado es nuestro.

sólo cuando de la calificación errónea del recurso se trata (o aún de la falta de calificación), sino también cuando se trata de otras fallas formales.

“Aunque el trámite de dicho recurso adolece de algunas fallas formales, ellas no son suficientes como para declarar su improcedencia por ese motivo, pues se han cumplido las etapas sustanciales, máxime cuando en la materia existe un criterio de *amplitud en favor del recurrente* en los casos que han sido objeto de dictámenes por parte de esta Procuración.”<sup>36</sup>

Ello, a su vez, ha sido objeto de variadas aplicaciones, entendiéndose que la equivocación en el destinatario del recurso (es decir, la equivocación respecto a la autoridad para ante quien se lo interpone), tampoco afecta la procedencia del recurso, y que debe ser tramitado por la administración en la forma pertinente,<sup>37</sup> inclusive cuando la calificación hecha por el recurrente es clara y terminante: Si el recurso que el administrado quiso interponer es improcedente, la administración debe considerarlo y resolverlo como si fuera el recurso que en su lugar era procedente.<sup>38</sup>

Como otro desprendimiento del mismo principio, y como evidente aplicación del criterio de favorecer al administrado con dicho informalismo, pero no a la discrecionalidad técnica de la administración, se ha entendido reiteradamente que si no consta la fecha de notificación del acto impugnado, o de la presentación del recurso, debe entenderse que él ha sido interpuesto en término.<sup>39</sup>

#### 14. Conclusión

De todo ello, y de otros antecedentes que a lo largo del presente trabajo se expondrán, se desprende con caracteres netos la naturaleza que reviste el mencionado informalismo: Es, fuera de toda duda, *informalismo únicamente en favor del administrado*, para facilitarle el ejercicio de los remedios procedimentales y la defensa de sus derechos ante la administración; nada tiene que ver pues este informalismo con la discrecionalidad de la administración, ni se pueden fundar en él, en ningún caso, soluciones que impliquen un apartamiento administrativo *en contra de los intereses del recurrente*, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general.

<sup>36</sup> *Dictámenes*, 74: 302, y en igual sentido, en el caso concreto, decreto n° 4476/60, Hacienda. El subrayado en el texto es nuestro. Conf. *Dictámenes*, 69: 105; 64: 176, etc.

<sup>37</sup> *Dictámenes*, 73: 69; 66: 210; 64: 176; 60: 34, etc.

<sup>38</sup> *Dictámenes*, 66: 225.

<sup>39</sup> *Dictámenes*, 59: 430; 71: 137 bis; 75: 22, etc.

#### IV. Principio del debido proceso (garantía de la defensa)

##### 15. Su aplicación al procedimiento administrativo

El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo.<sup>40</sup>

Ello se explica, según ya dijimos, por el carácter fundamentalmente axiológico que la Constitución da a este principio,<sup>41</sup> y por constituir prácticamente un principio general del derecho, consustanciado con la esencia misma de derecho, de Estado de Derecho, y de lo que a veces se ha dado en llamar “justicia natural.”<sup>42</sup> Como afirma brillantemente WADE, “...la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración;” “Esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal (*fair procedure*), o debido proceso, y es apta de gran elaboración en detalle.”<sup>43</sup>

El reconocimiento práctico en el procedimiento administrativo de la garantía del art. 18 de la Constitución surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>44</sup> y ha sido ampliamente reconocido y aplicado uniformemente, por la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir de un viejo dictamen: “En opinión del suscripto el párrafo 2º<sup>45</sup> ...se limita a consagrar para el caso particular al que esa norma se refiere, la aplicación del principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído;» debiendo entenderse en el sentido de que la Superintendencia, *antes* de dictar resolución alguna que afecte a las sociedades, debe hacerles conocer las conclusiones del sumario incoado, darles oportunidad para formular los pertinentes descargos, y habiendo puntos de hecho controvertidos, abrir a prueba las actuaciones por el

<sup>40</sup> WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 141 y ss.; SCHWARZ, *op. cit.*, p. 105 y ss.; BECKER, *op. cit.*, p. 49 y ss.; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II. Tubingen, 1954, p. 729, y la jurisprudencia alemana que cita en nota 37; WILLOUGHBY, WESTEL WOODBURY, *The Constitutional Law of the United States*, t. III, Nueva York, 1929, p. 1732 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 42 y ss.; SERRANO GUIRADO, ENRIQUE, “El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, n° 4, Madrid, 151, pp. 129 y ss., 137 y ss.; CAIO TÁCITO, *O abuso de poder administrativo no*, Brasil, Río de Janeiro, 1959, p. 87; FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, 1958, p. 141 y ss.; NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, p. 85 y ss.; también los trabajos presentados al Seminario de las Naciones Unidas citado (Buenos Aires, 1959), destacándose entre ellos, en lo que respecta al tema aquí considerado, HAMSON (Inglaterra, documento de trabajo n° 1, p. 17 y ss.), ROMEO AUGUSTO DE LEÓN ROLDAN (Guatemala, doc. de trab. n° 6, p. 1 y ss.), JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA (Venezuela, d. t. n° 8, p. 2), CIAO TÁCITO (Brasil, d. t. n° 9, p. 32), RAFAEL BIELSA (Argentina, d. t. n° 10, p. 10 y ss.), MALCOLM WILKEY (U.S.A., d. t. n° 11, pp. 1-10 y 19-20), RENÉ PADILLA VELASCO (El Salvador, d. t. n° 14, p. 1 y ss.), JULIO OYHANARTE (Argentina, d. t. n° 19, pp. 4 a 7). La doctrina es en este aspecto unánime.

<sup>41</sup> Ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, pp. 52 y 53.

<sup>42</sup> WADE, *op. cit.*, p. 141 y ss.; ver también REAL, *op. loc. cit.*

<sup>43</sup> WADE, *op. cit.*, p. 141.

<sup>44</sup> Ver los casos que reseñamos y comentamos en nuestro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 89 y ss.

<sup>45</sup> Se refiere a una norma de la reglamentación existente para un organismo administrativo, la Superintendencia de Seguros.

término indispensable. De este modo el orden de los procedimientos sería el siguiente: Sumario, defensa, prueba si hay hechos controvertidos, decisión, y contra esa decisión, recurso de apelación o jerárquico ante el ministerio de Hacienda.”

“El principio enunciado tiene tanta antigüedad como el hombre, a estar a lo que expresó en 1724 una corte inglesa en el famoso caso del doctor BENTLEY: «Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán —dijo Dios—, dónde estabas tú? ¿No has comido del árbol del que no debías hacerlo?» (WADE & PHILLIPS, *Constitutional Law*, 3ª ed., London, 1946, p. 276.) El Comité designado por el Lord Canciller de Inglaterra para estudiar la extensión de los poderes ministeriales, al emitir su informe en 1932, sostuvo de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, el más alto tribunal de aquel país, que los principios de la justicia natural eran de aplicación indispensable en materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquel que imponía no condenar sin oír a la parte... (*Committee on Minister's Powers*, Report, London, 1936, pp. 76-80.) Sobre el fundamento aportado por la enmienda XIV de la Constitución acerca del debido proceso legal, entendido con sentido procesal, igual principio se aplica ineludiblemente en el procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América (HART, J., *An introduction to administrative law*, 1940, p. 258 y ss.; SCHWARTZ, B., *Procedural Due Process in Federal Administrative Law*, *New York University Law Review*, t. 25, p. 552 y ss.) Igual ocurre entre nosotros en virtud de lo dispuesto por el art. 29 (antes 18)<sup>46</sup> de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia que lo ha interpretado.<sup>47</sup>

### 16. Elementos de la garantía de la defensa

Dicha garantía comprende varios aspectos:

1º) DERECHO A SER OÍDO, lo que a su vez presupone:

a) *Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas*,<sup>48</sup>

b) *oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo*,<sup>49</sup> y desde luego también después;

<sup>46</sup> Luego de la derogación de la reforma de 1949, se trata nuevamente del artículo 18 de la Constitución.

<sup>47</sup> *Dictámenes*, 39: 271 y 275; doctrina administrativa uniforme.

<sup>48</sup> Como ya dijo la Corte Suprema “...desde luego la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe —*Fallos*, 193, 405; 198, 83— 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” (*Fallos*, 215: 362); *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 39: 271 y 276 a 278; BECKER, *op. cit.*, pp. 48 y 53; SCHWARZ, *op. cit.*, p. 118; SERRANO GUIRADO, *op. cit.*, p. 166 y ss.; LANGROD, GEORGES, “El procedimiento administrativo no contencioso,” en *LL*, 106: 1124 y ss., p. 1128; GORDILLO, *Estudios de derecho administrativo, loc. cit.*, donde tratamos más ampliamente el punto, y todo lo referente a la vista de las actuaciones, y el posible carácter reservado de éstas.

<sup>49</sup> WILLOUGHBY, *op. cit.*, pp. 1732 y 1733; SCHWARZ, *op. cit.*, p. 105 y ss.; WADE, *op. cit.*, p. 142 y ss.; HAMSON, *op. cit.*, p. 17 y ss.; LANGROD, *op. cit.*, pp. 1127 y 1128; FRAGA, *op. cit.*, pp. 146 y 147; y también

c) *consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso;*<sup>50</sup>

d) *obligación de decir expresamente las peticiones y, como corolario de c),*

e) *obligación de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes;*<sup>51</sup>

2º) DERECHO A OFRECER Y PRODUCIR LA PRUEBA DE DESCARGO de que quiera valerse, lo que comprende:

a) *Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida;*<sup>52</sup>

b) *que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión;*<sup>53</sup>

c) *derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la Admiración, sea ella pericial o testimonial.*<sup>54</sup>

### 17. Nuevos desarrollos del principio

Los mencionados principios han tomado tanta importancia en el moderno Estado de derecho, que muchos de ellos ya no son mencionados como parte de la garantía de la defensa en juicio o debido proceso, sino que han tomado entidad propia: Así la razonabilidad, la publicidad de los actos y procedimientos estatales, la fundamentación de los actos administrativos, el control de la producción de la prueba.

De cualquier manera, sea que se los mencione dentro de esta garantía, o como principios autónomos de derecho público, lo esencial es que ellos son de indudable aplicación en el procedimiento administrativo, constituyendo sus criterios cardinales.

nuestros *Estudios, op. cit.*, p. 92 y ss., 107 y ss., donde explicamos con más detalles la oportunidad mínima en que debe comenzar la defensa.

<sup>50</sup> Esto se desprende del principio de la *razonabilidad* de los actos administrativos, que la Corte Suprema recientemente ha incorporado a su jurisprudencia. Ver GORDILLO, A., *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 136. Sobre el principio constitucional y jurisprudencial de la "razonabilidad," ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944; *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958.

<sup>51</sup> Este principio también está parcialmente contenido dentro del de la *razonabilidad*, el cual en nuestra jurisprudencia exige que las decisiones estén fundadas en derecho. Ver *El acto administrativo, op. loc. cit.*, donde tratamos el punto. Conf. BECKER, *op. cit.*, p. 55 y ss.; LANGROD, *op. cit.*, p. 1129; HEREDIA, *op. cit.*, p. 277; ley española, art. 43; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

<sup>52</sup> Ver REAL, ALBERTO RAMÓN, "Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo," en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1963, t. 60, n° 2-3, p. 55 y ss.; Corte Suprema de Justicia (Uruguay), GREZZI, 1960, en la revista citada, p. 76 y ss., p. 80.

<sup>53</sup> Conf. los autores citados en la nota 49; comp. nuestro *Estudios de derecho administrativo*, p. 103 y ss.

<sup>54</sup> Ampliar en WILKEY, *op. cit.*, p. 7 y ss.; nuestro *Estudios, op. loc. cit.*

## V. Otros principios

### 18. *Carácter escrito del procedimiento*

El procedimiento administrativo es escrito en la generalidad de los países, aunque hay alguna tendencia a la oralidad en el procedimiento norteamericano: Pero ello se debe a la tendencia general de dicho país por el procedimiento oral, sea él judicial o administrativo.<sup>55</sup>

En el derecho argentino, el procedimiento administrativo es por regla general escrito, aunque excepcionalmente se encuentra la oralidad: Así por ejemplo en el procedimiento administrativo impositivo.<sup>56</sup>

La conveniencia del procedimiento escrito reside fundamentalmente en que hace más difícil ejercer indebidas presiones morales sobre los administrados, y permite una mejor apreciación de los hechos por parte de las instancias superiores, cuando de revisar la legitimidad del acto del inferior se trata; pero tiene en su contra que favorece la tradicional tendencia administrativa a la reserva, en contra del fundamental principio de la publicidad del procedimiento.<sup>57</sup>

### 19. *Mediación o inmediación*

En relativa relación con el principio de la oralidad o no del procedimiento, cabe considerar el de la inmediación. Cuando el procedimiento es oral, parece entonces fundamental la aplicación del principio de la inmediación,<sup>58</sup> o sea, que la misma autoridad que debe decidir sea la que dirija el procedimiento y reciba o controle directamente la producción de las pruebas, deposición de los testigos, etc. En cambio, siendo el procedimiento escrito, el principio de la inmediación pierde importancia en el ámbito administrativo y de allí que la regla general sea la de la mediación: La autoridad decidente, en particular tratándose de las instancias superiores, resuelve sobre la base de hechos cuya producción ha sido controlada por las autoridades inferiores, y no tiene, en consecuencia, un conocimiento directo de las partes ni de los testigos. Pero esto no significa que la autoridad superior decida totalmente de acuerdo al principio de la mediación: En ciertas circunstancias, evidentemente pueden combinarse ambos principios; por ejemplo cuando el administrado en un recurso jerárquico ante la autoridad superior ofrece y produce nuevas pruebas.

Con todo, es de recordar que la organización administrativa, por su naturaleza jerárquica y con tendencia a la centralización, favorece la mediación, ya que casi siempre son las autoridades superiores las que en definitiva van a decidir,<sup>59</sup> a

<sup>55</sup> BECKER, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

<sup>56</sup> Ver FONROUGE, GIULIANI, y BELLO, JUAN E., *Procedimiento impositivo*, Buenos Aires, 1963, pp. 246 y 247.

<sup>57</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 45.

<sup>58</sup> BECKER; *op. cit.*, p. 47.

<sup>59</sup> O pueden determinar la decisión del inferior por medio de instrucciones: BECKER, *op. cit.*, p. 47.

pesar de que el grueso de la prueba debe recibirse en las primeras instancias administrativas.<sup>60</sup> Nuevamente aquí, la excepción la constituye el procedimiento administrativo impositivo, en el que existe inmediatez.<sup>61</sup>

Por supuesto, el principio de la inmediatez o mediación nada tiene que ver con las facultades del órgano decidente, para apreciar la prueba: Se entiende que la *inmediatez* le permite apreciar *mejor* los hechos, pero ello no significa que bajo el principio de la *mediación* el órgano superior esté ligado por la apreciación efectuada por el inferior; el superior siempre puede apreciar los hechos *ex novo*, y darles eventualmente una interpretación distinta de la efectuada por los organismos dependientes.<sup>62</sup>

## 20. Rapidez, simplicidad, economía

Por último es de indicar que otros principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal son el de la rapidez, simplicidad y economía procedimentales.<sup>63</sup> Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente.

Es fundamental destacar que estos principios son secundarios respecto del principio del *informalismo en favor del administrado*, y que deben ser interpretados en forma congruente con él: No podrá, pues, disponerse una aceleración, simplificación o economía procesal que impliquen hacer riguroso el procedimiento, o perjudicar al administrado en su defensa; sólo cuando se han realizado las etapas sustanciales del procedimiento y satisfecho plenamente la defensa del interesado, cabe a la autoridad resolver rápida y simplemente: Pero si los hechos no han sido debidamente aclarados, o no ha habido suficiente oportunidad de defensa, entonces evidentemente estos principios no son de aplicación, y debe procederse cuidadosamente a producir la prueba necesaria, etc.<sup>64</sup>

Esto, como es obvio, constituye una aplicación del principio de que el *informalismo es sólo en beneficio del administrado*, y que la administración no puede desligarse de las formas, en aras de la economía procesal, cuando tales formas están dadas en interés o beneficio del recurrente.

<sup>60</sup> Tal es al menos lo que indica la sana lógica, según lo hemos entendido en nuestro artículo "La apertura a prueba en el procedimiento administrativo," en la *Rev. D. J. A.* (Montevideo), *cit.*, p. 58 y ss., y en *Revista de Adm. Pública* (Buenos Aires), n° 1, p. 45 y ss.

<sup>61</sup> FONROUGE y BELLO, *op. cit.*, p. 206.

<sup>62</sup> No debe olvidarse, al respecto, que en el procedimiento administrativo se aplica el principio de la *verdad material* y no el de la *verdad formal*. Ver *supra*, n° 8.

<sup>63</sup> BECKER, *op. cit.*, pp. 58 y 59; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>64</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 59.

## CAPÍTULO III

### LA IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE ACTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Revocación y anulación</i> .....	PRA-III-1
1. La teoría de las nulidades en la revisión judicial y administrativa .....	PRA-III-1
2. Diferencia entre revocación y anulación.....	PRA-III-1
II. <i>Las nulidades de los actos administrativos</i> .....	PRA-III-2
3. Vicios que originan las distintas nulidades.....	PRA-III-2
4. Actos anulables .....	PRA-III-2
5. Actos nulos .....	PRA-III-3
6. Inexistencia de acto .....	PRA-III-3
III. <i>El derecho a impugnar los actos administrativos</i> .....	PRA-III-4
7. Diferentes derechos en sede administrativa y judicial.....	PRA-III-4
8. Comparación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple .....	PRA-III-4
9. Derecho subjetivo.....	PRA-III-5
10. Interés legítimo.....	PRA-III-5
11. Interés simple .....	PRA-III-6
IV. <i>La impugnación de actos de carácter general</i> .....	PRA-III-6
12. Criterio imperante en sede judicial. Crítica.....	PRA-III-6
13. El problema en el procedimiento administrativo.....	PRA-III-8
14. La impugnación de instrucciones y circulares .....	PRA-III-8
V. <i>Legitimidad y oportunidad</i> .....	PRA-III-9
15. Control judicial de legitimidad. Control administrativo de legitimidad y oportunidad.....	PRA-III-9

16. Comparación entre legitimidad, oportunidad y actividad reglada y discrecional.....	PRA-III-9
17. Discrecionalidad técnica.....	PRA-III-10
18. Aspectos que abarca el control de legitimidad .....	PRA-III-11
19. Derechos amparados por el control de legitimidad.....	PRA-III-12
20. Gráfico de legitimidad y oportunidad, facultad reglada y discrecional .....	PRA-III-13

### Capítulo III

## LA IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE ACTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### I. Revocación y anulación

#### 1. La teoría de las nulidades en la revisión judicial y administrativa

Las reglas que rigen la impugnación y revisión de los actos administrativos y reglamentos, en sede administrativa, son diferentes en algunos aspectos de las que imperan en sede judicial.

Pero esas diferencias, que analizaremos más adelante, no afectan en modo alguno —a nuestro criterio— la teoría de las nulidades de fondo a aplicarse: Dicha teoría de las nulidades de los actos administrativos *es la misma* tanto si la extinción del acto es realizada en vía administrativa como jurisdiccional. Por ello serán también iguales las consecuencias que quepa aplicar a un acto defectuoso, tanto si la extinción se efectúa en la administración o en la justicia.

#### 2. Diferencia entre revocación y anulación

Cabe así indicar, con sentido general, que la extinción de un acto por razones de ilegitimidad no da lugar a indemnizaciones para el administrado a quien el acto beneficia;<sup>1</sup> pero que la extinción de un acto por razones de inoportunidad, cuando afecta los derechos subjetivos del interesado, genera el derecho a percibir indemnizaciones.

A su vez, dentro de la extinción por razones de ilegitimidad, sea ella declarada en sede administrativa (revocación) o judicial (anulación),<sup>2</sup> las consecuencias a

<sup>1</sup>Ello, desde luego, siempre que la extinción por ilegitimidad, si es efectuada en sede administrativa, sea a su vez legítima: 1º) Por haber existido realmente un vicio en el acto extinguido, y haber sido el mismo correctamente apreciado, y 2º) por no haber existido en el acto revocado “cosa juzgada administrativa,” o sea irrevocabilidad del acto. Ver *supra*, cap II, nota 20.

<sup>2</sup>Los conceptos de “revocación” y “anulación” distan mucho de ser pacíficos en doctrina (ver al respecto DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, p. 297 y ss., 395 y ss.), pero dado que no es este trabajo el lugar oportuno para tratar la cuestión, los usaremos aquí en el sentido que se les

aplicar dependen pura y exclusivamente del vicio del acto impugnado: Si el acto tiene un vicio no muy grave, siendo por ello *anulable*, tanto su revocación por ilegitimidad como su anulación producen los mismos efectos (p. ej., que la extinción pueda ser irretroactiva); si el vicio del acto es grave, siendo por ello *nulo*, tanto su revocación por ilegitimidad como su anulación se rigen por los mismos principios, y la acción será pues imprescriptible, y la extinción producirá efectos retroactivos.

Esto significa que las consecuencias de la extinción no dependen del instituto empleado (“revocación” o “anulación”), sino simplemente de la nulidad de que padeciera el acto extinguido.

## *II. Las nulidades de los actos administrativos*

### *3. Vicios que originan las distintas nulidades*

Las nulidades que pueden afectar a un acto administrativo o un reglamento son de tres tipos: Anulabilidad, nulidad o inexistencia.

A su vez, los *vicios* que dan lugar a cada uno de estos tipos de nulidades, no están taxativamente enumerados en ninguna ley, y por ello la consecuencia a aplicarse se determina de acuerdo a la importancia y gravedad del vicio en cada caso concreto: Si el acto tiene vicios medianamente graves, el acto es anulable; si es muy grave, el acto es nulo; si es grosero, hay inexistencia de acto.<sup>3</sup>

Al respecto es de importancia recordar que la consecuencia aplicable (anulabilidad, nulidad, inexistencia) no depende de que al acto le falte algún elemento que pueda reputarse “esencial” o “no esencial,” etc., sino exclusivamente de la importancia o la magnitud de la transgresión al orden jurídico que implique el requisito o la norma concretamente violada.<sup>4</sup> Si la violación del orden jurídico es grosera, habrá inexistencia de acto aunque él tenga aparentemente todos sus elementos;<sup>5</sup> si la infracción es de poca importancia, el acto será anulable o incluso válido aunque esté viciado uno de los elementos “esenciales” de éste. Reiteramos entonces que la validez o invalidez del acto no depende de qué elementos están viciados, sino de cuan importante es la trasgresión efectuada al orden jurídico.

### *4. Actos anulables*

Pues bien, si el acto impugnado tenía un vicio medianamente grave, y era por lo tanto anulable, su extinción se rige por los siguientes principios:<sup>6</sup>

confiere en la práctica administrativa: “Revocación” es la extinción del acto realizada por la misma administración, y puede ser por razones de legitimidad u oportunidad; “anulación” es la extinción del acto realizada por los jueces, y es sólo por ilegitimidad.

<sup>3</sup> Al respecto ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 94 y ss. y especialmente p. 104.

<sup>4</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 108 y 109.

<sup>5</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 100 y 101, donde damos algunos ejemplos, y también en p. 144 y ss. del mismo trabajo.

<sup>6</sup> Ver nuestra obra últimamente citada, p. 81 y ss.

a) La acción para impugnarlo judicialmente prescribe a los dos años; los términos para recurrirlo administrativamente expiran en sus plazos normales;

b) su extinción produce en principio efectos sólo para el futuro (*ex nunc*), es decir, no produce efectos retroactivos;

c) la administración no puede revocarlo por sí si el acto ha reconocido derechos subjetivos y reúne las demás condiciones de la llamada “cosa juzgada administrativa;”<sup>7</sup> en esta última hipótesis la administración puede presentarse ante la justicia a pedir la anulación de su propio acto, siempre que la acción no haya prescripto;

d) por último, el acto es susceptible de convalidación o ratificación. Nuevamente aquí, la posibilidad de convalidar o ratificar el vicio depende de la importancia del vicio de que se trata en cada caso concreto: Tratándose en la hipótesis de un vicio que origina sólo la anulabilidad del acto, el saneamiento es posible.

### 5. *Actos nullos*

En cambio, si el vicio era muy grave, entonces el acto es nulo y las consecuencias aplicables serán:<sup>8</sup>

a) La acción para impugnarlo judicialmente es imprescriptible, y por lo tanto lo será también, en principio, el recurso para atacarlo administrativamente;<sup>9</sup>

b) su extinción produce efectos retroactivos (*ex tunc*);

c) la administración puede revocarlo por razones de ilegitimidad en todo momento;<sup>10</sup>

d) el acto no es susceptible de ratificación o de confirmación: El vicio es insanable.

### 6. *Inexistencia de acto*

Por último, si el vicio es tan grosero que el acto puede reputarse “inexistente;” o mejor dicho, si hay inexistencia de acto,<sup>11</sup> las consecuencias aplicables son:<sup>12</sup>

a) La acción para impugnarlo es imprescriptible; por lo tanto, también el recurso administrativo;

<sup>7</sup> Que son: a) Que se trate de un acto unilateral e individual; b) que cause estado; c) que haya sido dictado en ejercicio de facultades regladas; d) que sea regular; e) que no haya autorización expresa de una norma legal para modificar el acto; y, desde luego, f) que haya reconocido derechos subjetivos. Ver al respecto los autores citados en el cap. II, nota 20.

<sup>8</sup> Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 81 y ss.

<sup>9</sup> Conf. Dictámenes de la Procuración del Tesoro, 83: 115.

<sup>10</sup> Pues en este caso no es de aplicación la “cosa juzgada administrativa” o “irrevocabilidad” del acto administrativo, porque le falta la condición de ser “regular.” *Supra*, nota 7.

<sup>11</sup> Sobre este concepto ver nuestro trabajo citado, p. 97 y ss., 100 y 101.

<sup>12</sup> Ampliar, *op. loc. cit.*

- b) su extinción produce efectos retroactivos;
- c) la administración y los jueces (de cualquier fuero) pueden comprobar en cualquier momento su inexistencia;
- d) el vicio es insanable;
- e) los jueces pueden declarar su inexistencia de oficio (a diferencia de los actos anulables y nulos, en que se requiere —judicialmente— petición de parte interesada), sin necesidad de una investigación de hecho (a diferencia también de los actos anulables y nulos);
- f) el acto o hecho —que no es acto administrativo, sino que sólo aparenta serlo— no tiene presunción de legitimidad, ni obliga por lo tanto a los particulares ni a los funcionarios públicos.<sup>13</sup>

### III. El derecho a impugnar los actos administrativos

#### 7. Diferentes derechos en sede administrativa y judicial

Señalamos más arriba que existen algunas diferencias de procedimiento en cuanto a las posibilidades de impugnar determinados actos administrativos en sede judicial o administrativa.

La primera diferencia se refiere al derecho a impugnar el acto: En el *procedimiento administrativo* es posible impugnar un acto no sólo cuando éste desconoce un derecho subjetivo del recurrente, sino también cuando viola un interés legítimo. En el *proceso* (judicial, en la terminología que adoptamos) administrativo nacional, en cambio, sólo puede impugnarse un acto, en principio, cuando se tiene un derecho subjetivo por él afectado.

#### 8. Comparación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple

Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo y el interés simple son protecciones establecidas por el orden jurídico en favor de los individuos.

Se diferencian en primer lugar porque la protección jurídica es en cada caso distinta, y hay entre ellos una gradación importante: La protección más eficiente es la del derecho subjetivo, y ella va decreciendo cuando llegamos al interés legítimo para ser muy reducida tratándose del interés simple.

Fundamentalmente, en el derecho subjetivo es posible pedir la anulación del acto e indemnizaciones por el perjuicio causado por el desconocimiento de nuestro derecho; en el interés legítimo en cambio no es dable pedir indemnizaciones y sí sólo solicitar la anulación del acto antijurídico; en el interés simple —que es el interés de todo ciudadano en que se cumpla la ley—, la única protección existente

<sup>13</sup> Sobre estos aspectos y los precedentes, ver *op. ult. cit.*, pp. 87 y ss., 97 y ss.

es por lo general la facultad de interponer denuncias contra el acto ilegítimo, sin derecho a obtener la anulación.

Además de esa diferencia en cuanto a la protección jurídica, existe una diferencia en el procedimiento, que en parte trataremos en este trabajo; pero la otra diferencia que importa señalar es aquella que permite distinguir un derecho subjetivo de un interés legítimo y un interés simple, por su estructura o naturaleza misma, para poder entonces determinar qué derecho tenemos y por lo tanto qué protección nos otorga el orden jurídico en el caso concreto.

### 9. Derecho subjetivo

Según lo hemos expuesto detalladamente en otra parte:<sup>14</sup>

1º) *El derecho subjetivo* se caracteriza en esencia por la reunión de dos elementos:

a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;

b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad.<sup>15</sup>

### 10. Interés legítimo

2º) *El interés legítimo* se presenta a su vez en dos aspectos distintos e independientes entre sí:<sup>16</sup>

A) *El primer caso, que llamaremos interés legítimo común*, se caracteriza por los siguientes elementos;

a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;

b) que esa conducta sea debida no a un individuo determinado, en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos, en concurrencia;<sup>17</sup>

c) puede agregarse, aunque de todos modos está implícito en el concepto de “interés legítimo,” que el individuo debe en este caso tener también un interés

<sup>14</sup> Nuestra *Introducción al derecho administrativo*, pp. 80-107.

<sup>15</sup> Sobre el concepto de individualidad o exclusividad, que por cierto es algo complejo, ver nuestra *Introducción*, p. 98 y ss.

<sup>16</sup> Para otros criterios, comparar MARIENHOFF, MIGUEL S., *Dominio público. Protección jurídica del usuario*, Buenos Aires, 1955, pp. 30-43, quien sigue a GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, reimpresión, p. 33 y ss.; para una crítica de la teoría de GUICCIARDI ver CANNADA BARTOLI, EUGENIO, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milán, 1956, pp. 9 y ss., 17 y ss.; comparar, también GARRIDO FALLA, FERNANDO, “El interés para recurrir en agravios,” en *Rev. de Administración Pública*, nº 9, Madrid, 1952, p. 157 y ss.; ZANOBINI, *op. cit.*, t. II, p. 63 y ss.; y sus respectivas referencias.

<sup>17</sup> Respecto al concepto de concurrencia, ver nuestra *Introducción*, p. 98 y ss., e *infra*, cap. IV, par. III, nº 23 y ss.

personal y directo en la conducta administrativa que impugna o por la que reclama.<sup>18</sup>

B) *El segundo caso de interés legítimo*, que hemos llamado *interés legítimo especial*, se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Ausencia de una norma jurídica que predetermine concretamente cómo debía ser la conducta administrativa, y existencia en cambio de un límite elástico, relativo, al cual la administración está no obstante sometida (p. ej., desviación de poder);

b) que el recurrente tenga un interés personal y directo;<sup>19</sup>

c) sin que interese si hay relación de exclusividad —individualidad— o en cambio concurrencia de individuos.<sup>20</sup>

### 11. *Interés simple*

3º) En cuanto al interés simple, él se caracteriza por lo general por estos elementos:

a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;

b) concurrencia;

c) ausencia de un interés personal y directo del impugnante: Basta el mero interés genérico de que se cumpla la ley.

Respecto al punto a), es de señalar que tal vez podría sostenerse que existe también interés simple a que se respeten los límites relativos a la actividad administrativa. (Desviación de poder y otros.)

## IV. *La impugnación de actos de carácter general*

### 12. *Criterio imperante en sede judicial. Crítica*

Dado que en sede administrativa es dable recurrir aunque no se tenga un derecho subjetivo sino un mero interés legítimo, es obvio entonces que no rige el principio establecido en la jurisprudencia de nuestros tribunales, de acuerdo al cual se excluye la impugnación judicial de reglamentos administrativos, entendiéndose que éstos no causan un “gravamen actual,” “por constituir medidas de carácter general.”

<sup>18</sup> Ampliar *infra*, cap. IV, par. III, n° 24 y ss., en lo referente a los caracteres del interés personal y directo.

<sup>19</sup> Lo dicho en nota 18.

<sup>20</sup> Es de señalar que cuando hay relación de individualidad, en esta hipótesis de límites relativos, la jurisprudencia ha reconocido en algunos casos concretos de especial gravedad de la violación del límite relativo, no un interés legítimo sino un derecho subjetivo; pero ello es por ahora más bien excepcional; desde luego, la orientación es loable y cabe desear que se afirme y desarrolle.

Esa doctrina jurisprudencial se basa en que no es dable a los jueces resolver en abstracto, y que deben entender únicamente en causas concretas. En tal sentido, se ha dicho que cuando un acto dictado por la administración "... tiene un contenido normativo, en cuanto atañe a cada una de las personas o entidades que comprende dicho sector..., los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular;"<sup>21</sup> en otros términos, que una resolución general, aunque modifique un régimen jurídico determinado en el cual se encuentra comprendido un individuo, no es impugnabile judicialmente en tanto no dé lugar a un acto o hecho administrativo que implique la aplicación concreta de dicha reglamentación a un caso particular.<sup>22</sup>

Esa solución jurisprudencial es ya algo criticable en sí misma, pues confunde el derecho a impugnar el acto con las consecuencias que la decisión judicial deba tener: El admitir que un individuo impugne judicialmente una medida administrativa de carácter general, no lleva en modo alguno a la conclusión de que el juez deba anular en forma general la medida, ya que puede perfectamente limitarse a declarar su inaplicabilidad al individuo que la cuestiona; por ello el problema se restringe en realidad a determinar si la impugnación individual de un reglamento es o no un "caso abstracto" que el tribunal no pudiera decidir ni siquiera en relación exclusiva a ese individuo.

En ese segundo aspecto tampoco creemos posible compartir la tesis jurisprudencial, ya que la modificación del régimen jurídico en que se encuentra ubicado un particular, si bien no le causa un daño material actual e inmediato, implica no obstante una alteración de sus derechos; en este sentido entendemos que la infracción a los derechos de un individuo o grupo de ellos no se produce recién con el acto que individualmente los afecta en forma *material*, sino que surge con la alteración formal de sus facultades y obligaciones.<sup>23</sup> El orden jurídico y los derechos que de él emergen se caracterizan por ser normas del *deber ser*, esto es, formulaciones abstractas; modificar esas formulaciones es plantear concretamente una controversia jurídica: El que la formulación se concrete o no en hechos es en verdad ajeno a la naturaleza misma de los derechos invocados.

<sup>21</sup> CSJN, *Federación Gráfica Argentina*, 1957, *Fallos*, 238: 36 y 43; también 238: 380; 202: 14 y 309; 241: 203; 242: 496; 244: 390, etc.

<sup>22</sup> CSJN, *La Monumental*, 15-IV-1963, en DJ, 29-IV-1963, n° 1943, con nota editorial; y sus referencias, 248: 649; 252: 130; 253: 235. Por supuesto, dicha "aplicación concreta" será *expresa*, cuando se trate de exigir algo del particular (pagos, prestaciones), o *implícita*, cuando se trate de negarle algo que solicita. En sentido similar, en la doctrina del *proceso* contenciosoadministrativo, ver GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 151 y ss., y sus referencias.

<sup>23</sup> Conf. KORNPROBST, BRUNO, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, París, 1959, pp. 132 y 133.

### 13. *El problema en el procedimiento administrativo*

Pero de todos modos, aquellos principios *no son de aplicación en el procedimiento administrativo*, sea por los fundamentos indicados, o por la circunstancia de que tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo pueden ser defendidos en él.

Respecto a lo segundo, es de recordar que una de las características del interés legítimo común es la *conurrencia* en que los individuos se ven afectados por una conducta administrativa antijurídica, concretamente violatoria del orden jurídico por lo tanto, *dada la circunstancia adicional de que ella afecta a una pluralidad de personas, y de que éstas tengan un interés personal y directo en la cuestión, se concluye en que dichos individuos tienen interés legítimo común a impugnar el acto reglamentario.*

Por ello, la conclusión pertinente es que: a) Es posible impugnar administrativamente resoluciones de carácter normativo general, y además, b) que la administración no está limitada a resolver sólo para el caso concreto de quien reclama, sino que puede y debe revocar en forma general la medida si considera en definitiva que la misma es ilegítima.<sup>24</sup>

### 14. *La impugnación de instrucciones y circulares*

Se cuestiona si las circulares e instrucciones “internas” pueden ser objeto de recursos administrativos. En base a su carácter “interno” y a la afirmación de que no producen efectos jurídicos inmediatos sino para el funcionario, y que no vician el acto dictado en contraposición a ellas, es que se sostiene por parte de la doctrina que tales circulares e instrucciones no son susceptibles de recurso administrativo, mientras no se plantee un acto administrativo concreto respecto a la cuestión.<sup>25</sup>

Sin embargo, hemos sostenido que las circulares e instrucciones, en virtud del art. 1112 del Código Civil, son obligatorias para el funcionario no sólo respecto al Estado, sino también respecto a los administrados, los que tienen derecho

<sup>24</sup> Conf. respecto a la posibilidad de recurrir administrativamente contra medidas generales, Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 53: 275; BIELSA, *op. cit.*, pp. 76-7; FIORINI, *op. cit.*, p. 25; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición,” en *Rev. de Adm. Pública*, Madrid, 1960, n° 29, p. 164 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 59 y ss. Es conveniente recordar que la limitación que la doctrina o legislación suele establecer en materia *contenciosoadministrativa* no puede aplicarse analógicamente en el procedimiento administrativo, porque aquí, además, se excita el control jerárquico del superior, que es en principio amplio.

<sup>25</sup> MARIENHOFF (*op. ult. cit.*, JA, t. III, 1962, p. 80, sec. doct.), rechaza la posibilidad del recurso, pero no aclara expresamente si se refiere al recurso contenciosoadministrativo, o también al simple recurso administrativo; por sus referencias de doctrina, con todo, podría interpretarse que se refiere sólo al recurso contenciosoadministrativo, ya que tanto VEDEL como JÉZE, que cita, se refieren implícitamente sólo a tales recursos. Comp. JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1949, p. 73; VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, pp. 142 y 143. Según dijimos *supra*, nota 23, entendemos que esa doctrina del contenciosoadministrativo es inaplicable al procedimiento administrativo.

a exigir su cumplimiento. Esto surge de que dicha norma hace responsable al funcionario frente a los administrados por el regular cumplimiento de sus obligaciones legales, y entre ellas se encuentra el cumplimiento de las circulares e instrucciones. De allí se desprende que el funcionario, en cuanto órgano estatal —y no sólo a título personal— es responsable frente al particular por el cumplimiento de éstas, y que el particular tenga *a fortiori* derechos subjetivos y reflejos emergentes de tales circulares.<sup>26</sup> De ello se deduce que la instrucción o circular produce efectos jurídicos inmediatos, con tal alcance, y que la violación de las mismas puede afectar la validez del acto.

Por tales razones, y porque además los recursos administrativos pueden también presentarse cuando el interés legítimo es eventual (o, dicho de otra forma, cuando el daño no es inmediato, pero sí inminente),<sup>27</sup> entendemos nosotros que es posible impugnar administrativamente este tipo de actos; a lo que cabe agregar la crítica efectuada al concepto mismo de actos “internos” de la administración.<sup>28</sup>

#### V. Legitimidad y oportunidad

##### 15. *Control judicial de legitimidad. Control administrativo de legitimidad y oportunidad*

Otra de las diferencias en lo que respecta a la revisión del acto administrativo en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial, es que *el administrador* puede extinguir el acto tanto por razones de ilegitimidad como de inoportunidad, mientras que el *juez* sólo puede hacerlo por razones de ilegitimidad.

La distinción entre ilegitimidad e inoportunidad es también de interés dentro del propio procedimiento administrativo, ya que algunos recursos administrativos han sido interpretados a veces en el sentido de que proceden únicamente por razones de legitimidad.<sup>29</sup>

##### 16. *Comparación entre legitimidad, oportunidad y actividad reglada y discrecional*

*Es muy fundamental destacar que los conceptos de “legitimidad” y “oportunidad” no se confunden ni se asimilan a los conceptos de “facultad reglada” y “facultad discrecional.”*

Es este un error que algunas veces se desliza en fallos o libros, más por inadvertencia que por oposición de criterio, y es por ello necesario advertir formalmente contra él.

<sup>26</sup> Ver nuestros trabajos *Estudios de derecho administrativo*, p. 73 y ss., e *Introducción al derecho administrativo*, pp. 56-58.

<sup>27</sup> Este criterio no es unánime. Ver *infra*, cap. IV, n° 29 y ss.

<sup>28</sup> KRÜGER, HERBERT, *op. loc. cit.*; *supra*, cap. I, n° 6 y ss.

<sup>29</sup> Así en la doctrina tradicional del recurso jerárquico impropio. Ver *infra*, cap. IX, n° 33-4.

Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir;<sup>30</sup> pero el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos de ella.<sup>31</sup> Es así posible mencionar entre los límites de las facultades que son considerados en el control administrativo de legitimidad: a) Los que hemos dado en llamar “límites concretos” a la actividad administrativa, es decir, normas jurídicas que sin referirse directamente a la administración predeterminan no obstante su conducta en algún sentido determinado;<sup>32</sup> b) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación;<sup>33</sup> c) algunos principios especiales nacidos como límites elásticos a la actividad administrativa: Razonabilidad;<sup>34</sup> desviación de poder,<sup>35</sup> buena fe<sup>36</sup> y eventualmente la equidad.<sup>37</sup>

De ello resulta que el concepto de “legitimidad” es notablemente más amplio que el de “facultad reglada,” y que “oportunidad” sea un concepto mucho más restringido que el de “facultad discrecional,” con lo que, en definitiva, el control administrativo de “legitimidad” abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales.

### 17. *Discrecionalidad técnica*

También es importante señalar que la llamada “discrecionalidad técnica” *integra igualmente el concepto de legitimidad.*

Afirma ALESSI que si discrecionalidad “es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción y del contenido a dar a la acción misma... es errado hablar de una discrecionalidad

<sup>30</sup> Ver nuestra *Introducción*, p. 71 y ss.

<sup>31</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 41 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 16 y ss.; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 406 y ss.; CAIO TÁCITO, *op. cit.*, p. 86; GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 27: “...en los actos discrecionales puede darse tanto la ilegitimidad como la inoportunidad...”; AMORTH, ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, p. 16 y ss.

<sup>32</sup> Nuestra *Introducción*, *op. cit.*, p. 74 y ss.

<sup>33</sup> Ver JEANNEAU, BENOÎT, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, p. 7 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, p. 9 y ss., p. 57 y ss.; Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 84: 27: “...el reglamento... no puede estatuir contra los principios generales del derecho, uno de los cuales es el de la irretroactividad de la norma...”

<sup>34</sup> LINARES, *op. loc. cit.*; del mismo autor, *El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944; BIDART CAMPOS J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” en *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, La Plata, 1961, p. 343 y ss.; nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 133 y ss., y los fallos allí citados.

<sup>35</sup> Las mismas referencias de la nota precedente, y también FIORINI, *op. cit.*, p. 110 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 405.

<sup>36</sup> CSJN, *Fallos*, 182: 502, 547 y 548; CNFed. CA., *JA*, 1944-IV, 515 y 522; *LL*, 37: 230; PTN, *Dictámenes*, 70: 219; 77: 311; 83: 180, etc. Estos precedentes aplicaron la “buena fe” como principio jurídico en los contratos administrativos.

<sup>37</sup> *Dictámenes*, 79: 77; 83: 180.

*meramente técnica*, ya que los dos términos *discrecionalidad* y *técnica* son esencialmente inconciliables: ...Cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas, y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas...”<sup>38</sup>

Señala DIEZ en sentido similar que “La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso, sino en el administrativo ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo.”<sup>39</sup>

Pero aun sin decidirse expresamente por el criterio de que la llamada “discrecionalidad técnica” no integre estrictamente la discrecionalidad, es claro al menos que —sea dentro de lo reglado o lo discrecional— integra de todos modos el concepto de “legitimidad.” “Aquí se ve cómo y por qué en el ejemplo de la aplicación de la norma general: «Si hay epidemia deben cerrarse los espectáculos públicos,» no es razonable el acto que determina «Dada la epidemia de paludismo debe ser el cierre de los cinematógrafos.» La política técnico-científica que supone este acto, es errada. Es ella irrazonable técnicamente, y de allí que lo sea también jurídicamente, desde que carece de objetividad racional.”<sup>40</sup>

### 18. Aspectos que abarca el control de legitimidad

En la práctica administrativa argentina, toda vez que ha tocado aplicar el principio de la “legitimidad,” se lo ha hecho en sentido amplio, de la manera indicada;<sup>41</sup> comprendiendo, pues:

- a) El ejercicio de las facultades regladas,
- b) los límites concretos del orden jurídico aplicables a la actividad administrativa,
- c) el contralor de la razonabilidad,
- d) el contralor de la desviación de poder,
- e) el contralor de la buena fe,
- f) el contralor de la equidad,
- g) el contralor de la apreciación técnica.

Con todo, es obvio destacar que el contralor de fórmulas elásticas tales como “razonabilidad,” “desviación de poder,” “buena fe,” “equidad,” se ejercita con cierta prudencia, y sólo cuando la irrazonabilidad, desviación, etc., sean claras y evidentes, se procede a revocar el acto. Lo mismo cabe decir de los errores

<sup>38</sup> ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145.

<sup>39</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, 1956, pp. 113-4; quien sigue a VITTA, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1948, p. 303.

<sup>40</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 275.

<sup>41</sup> Ver *supra*, notas 31 a 37.

técnicos: Sólo cuando los técnicos de las instancias superiores consideran que hay terminante error en el cálculo técnico efectuado por el inferior, o éste sea ilógico o contradictorio, se procede a su revisión. Estas afirmaciones, desde luego, se refieren a los casos en que el contralor del Poder Ejecutivo es solamente de “legitimidad,” tal como ocurre en la doctrina tradicional respecto a los recursos jerárquicos contra decisiones de entidades autárquicas (“recurso jerárquico impropio.”)

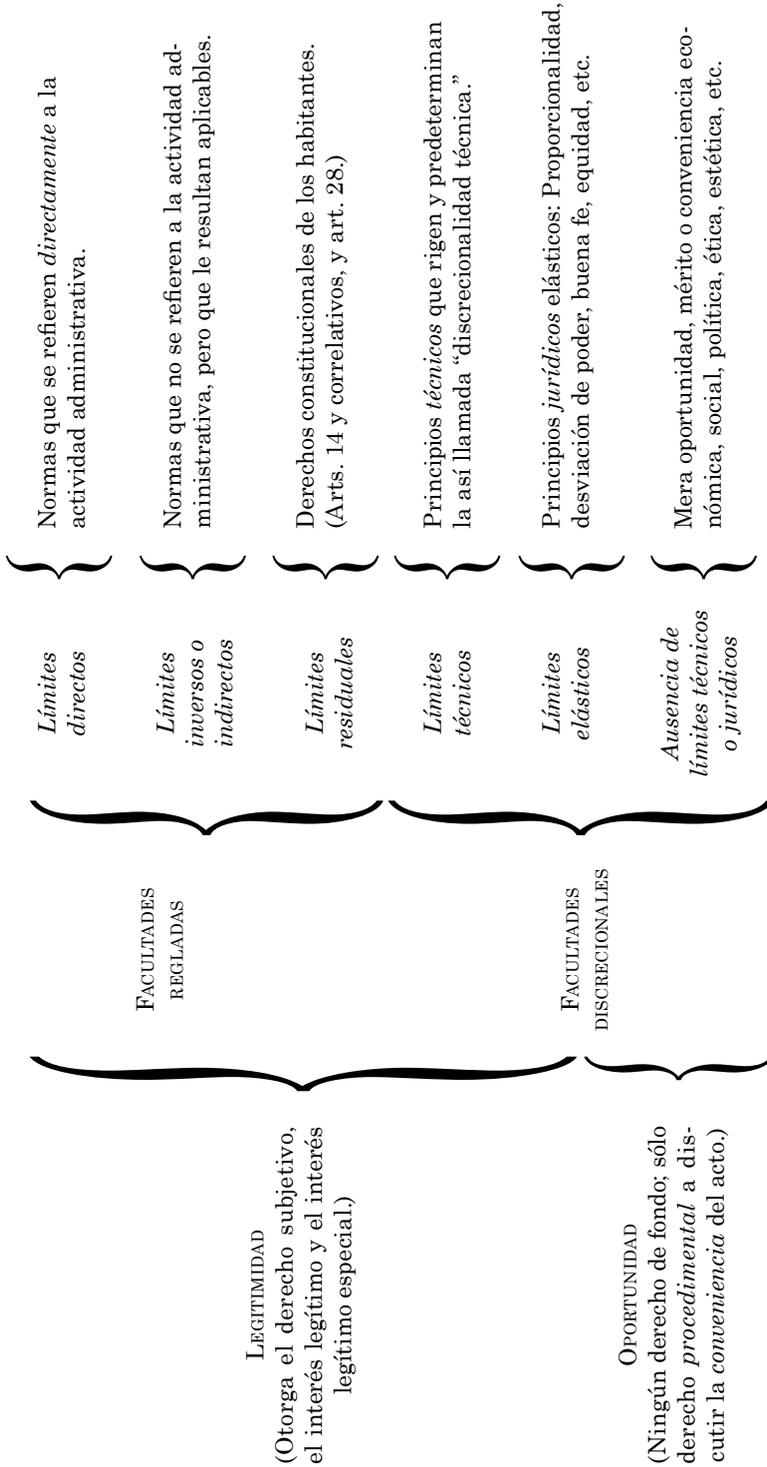
### 19. *Derechos amparados por el control de legitimidad*

Comparando los conceptos de derecho subjetivo, interés legítimo, e interés simple, con las nociones de legitimidad y oportunidad, resulta a su vez que la “legitimidad” abarca tanto al derecho subjetivo como al interés legítimo y al interés simple.

Ello, porque los principios jurídicos que integran la legitimidad son los mismos que a su vez fundamentan la existencia de tales derechos: En el caso del derecho subjetivo y el interés legítimo común, una norma concreta; en el caso del interés legítimo o derecho reflejo especial, un principio jurídico elástico (desviación, etc.); en el caso del interés simple, una norma concreta.

De allí surge que en aquellos casos en que el administrador deba limitarse a apreciar únicamente la legitimidad del acto, existe no obstante protección de los tres tipos de derechos.

20. Todo lo expuesto puede representarse gráficamente de la siguiente manera:





## PARTE GENERAL II

### INSTITUCIONES DEL PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO IV: *Las partes*

CAPÍTULO V: *Los recursos*

CAPÍTULO VI: *El administrador*

CAPÍTULO VII: *Actos y etapas del procedimiento*



CAPÍTULO IV  
LAS PARTES

SUMARIO

I. <i>Capacidad para ser parte</i> .....	PRA-IV-1
1. Caso general.....	PRA-IV-1
2. Menor adulto.....	PRA-IV-1
3. Menor adulto funcionario público.....	PRA-IV-2
4. Menor adulto que ejerce comercio o industria.....	PRA-IV-2
5. Menor adulto que ejerce cargas públicas, o ingresa a la función pública.....	PRA-IV-3
6. Conclusión.....	PRA-IV-3
7. Valoración del sistema.....	PRA-IV-3
8. Organismos públicos: a) Entes con personalidad jurídica.....	PRA-IV-4
9. b) Órganos administrativos sin personalidad jurídica.....	PRA-IV-4
10. La cuestión de las relaciones interorgánicas en el derecho positivo.....	PRA-IV-6
11. Continuación. El caso del tribunal de cuentas.....	PRA-IV-6
12. Otras hipótesis.....	PRA-IV-7
13. Funcionarios públicos.....	PRA-IV-7
14. Sustitución de partes: Herederos.....	PRA-IV-8
15. Terceros intervinientes.....	PRA-IV-8
II. <i>Representación y patrocinio de las partes</i> .....	PRA-IV-9
16. Representación.....	PRA-IV-9
17. Quiénes pueden ser representantes.....	PRA-IV-9
18. Forma de la representación.....	PRA-IV-10
19. Caracteres de la representación.....	PRA-IV-11
20. Patrocinio.....	PRA-IV-11
21. Patrocinio y representación.....	PRA-IV-12

III. <i>El interés requerido para ser parte (legitimación)</i> .....	PRA-IV-12
22. El interés legítimo, Requisitos .....	PRA-IV-12
23. El interés debe ser un círculo definido y limitado de individuos .....	PRA-IV-13
24. El interés debe ser personal y directo.....	PRA-IV-13
25. Origen y significado actual de este requisito .....	PRA-IV-14
26. Su interpretación en la práctica argentina. Crítica.....	PRA-IV-15
27. El interés puede ser patrimonial o moral.....	PRA-IV-16
28. El interés puede ser subjetivo.....	PRA-IV-17
29. El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo.....	PRA-IV-18
30. Interpretación de este principio en la práctica argentina .....	PRA-IV-18
31. El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio .....	PRA-IV-19
32. El interés retrospectivo .....	PRA-IV-20
33. Cuándo se aprecia el interés .....	PRA-IV-20
34. Pérdida del interés.....	PRA-IV-21

## *Capítulo IV*

### **LAS PARTES**

#### *I. Capacidad para ser parte*

##### *1. Caso general*

En principio, todos los sujetos de derecho (sean personas individuales o asociaciones, corporaciones, etc.) con capacidad civil, pueden ser partes en el procedimiento administrativo. No interesa su nacionalidad ni su domicilio, aunque en este último caso pueda requerirse la constitución de un domicilio legal al efecto del recurso, si no tiene otro en el país.

Pero la capacidad para actuar administrativamente es mayor que la capacidad civil, por lo que es necesario considerar los casos en que esa extensión se produce.

##### *2. Menor adulto*

La primera extensión la brinda el decreto 7520/44, que al reglamentar los recursos jerárquico y de revocatoria establece “El menor adulto podrá recurrir con autorización de su padre, tutor o guardador; pero si no tuviera autorización podrá presentarse aduciendo el motivo de la falta de ese requisito, y el Ministerio decidirá si debe darse entrada al recurso.” (Art. 5°.)

Esta norma, aplicable analógicamente a todo el procedimiento administrativo, señala pues, de hecho, la capacidad del menor adulto para recurrir. La facultad administrativa de decidir sobre la admisión del recurso, que en el decreto 7520/44 aparece otorgada al Ministro, debe entenderse conferida también al Secretario del Estado, en la nueva organización ministerial dispuesta por la ley 14.439. La decisión es discrecional, pero no puede ser arbitraria ni desviada; contra la decisión del Secretario de Estado o el Ministro existe, a nuestro juicio, recurso jerárquico directamente ante el Poder Ejecutivo, para controvertir la posibilidad de actuar en el recurso originariamente planteado.

Una vez otorgada la autorización por el Secretario de Estado o Ministro, o en caso de presentarse el menor debidamente autorizado, debe entenderse que él está facultado para continuar con todo el trámite del recurso, e imponer los demás recursos administrativo que puedan ser necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos.

### 3. *Menor adulto funcionario público*

Pero estas reglas del decreto 7520/44, respecto a la capacidad del menor adulto para ser parte en el procedimiento administrativo, no son absolutas ni excluyentes.

Por de pronto, en el caso de un menor adulto que se desempeñe en una función pública, parecería lógico reconocerle, por toda cuestión referente al ejercicio de ella, el derecho a intervenir por sí, sin previa autorización paterna, en todo el procedimiento respectivo.<sup>1</sup> Dicha solución se halla reforzada por el art. 283 del Código Civil, que dice: “Se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público, o alguna profesión o, industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público o su profesión o industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes, cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuviese el padre.” Dado que el Código dice que se presume que están autorizados para todos los actos y contratos concernientes al empleo público, parece claro que el petitioner a sus superiores o cuestionar las disposiciones administrativas generales o particulares que lo afecten, cae netamente dentro del ámbito de la norma, por lo que *en tales hipótesis la disposición del decreto 7520/44 sería inaplicable: El menor adulto puede actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna ni de explicación de por qué no la tiene*, ya que ella se presume en virtud del art. 283 del Código Civil.

### 4. *Menor adulto que ejerce comercio o industria*

Por lo demás, en la otra hipótesis contemplada por el art. 283 del Código Civil, la solución debiera en principio ser la misma. En efecto, si se presume que el menor adulto que tiene una profesión o industria (por ejemplo, un taller) está autorizado “para todos los actos y contratos” concernientes a ésta, resulta lógico considerar que si un acto administrativo lo afecta en esa profesión o industria (por ejemplo, una orden de clausura del taller, o una multa por malas instalaciones), y el menor desea impugnarlo en sede administrativa, ese acto de impugnación estará comprendido dentro de “todos los actos...” concernientes al ejercicio de su

<sup>1</sup> Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, p. 48; VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 46; ZABONINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, p. 60; HEREDIA, *op. cit.*; p. 261; comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1957, p. 156.

industria, y por lo tanto él estará autorizado a efectuarlo sin necesidad de especial y expresa autorización paterna.<sup>2</sup>

### 5. Menor adulto que ejerce cargas públicas, o ingresa a la función pública

Además, si el menor adulto se presenta a un concurso para ingresar a la función pública, entendemos que sería igualmente de aplicación, por vía analógica, el art. 283 del Código Civil, para reconocerle la autorización presunta para impugnar los actos y decisiones referentes al referido concurso.

En el caso de las cargas públicas (p. ej., servicio militar) parecería también que el menor adulto puede actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna.

### 6. Conclusión

Hechas estas aclaraciones, resulta en definitiva que la aplicación del art. 5° del decreto 7520/44 es en verdad restrictiva, y limitada; la regla viene en realidad a ser, prácticamente, que los menores adultos pueden actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna o ministerial.

Por ello, el que un menor adulto requiera autorización paterna o en su defecto pueda decidir el Ministro si se admite el recurso, es la excepción, que podrá ser aplicable por ejemplo cuando el menor sea usuario de un servicio público sin ejercer profesión o industria alcanzada por dicho servicio; pero es de destacar con todo que se ha sostenido incluso que un estudiante tiene capacidad *ad-hoc* para recurrir contra los actos que lo afectan en su calidad de estudiante, solución ésta que compartimos.<sup>3</sup>

Por fin, es de recordar que la nota del art. 128 del Código Civil dice que “La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado y no se extiende al derecho público,” por lo que el criterio de interpretación tiene siempre que ser amplio.<sup>4</sup>

### 7. Valoración del sistema

Como valoración del sistema, creemos que el decreto 7520/44, que aparentemente traería una ampliación de la capacidad civil con respecto al procedimiento administrativo, es en verdad más restrictivo que ella.

A nuestro juicio la solución razonable es reconocer plena capacidad administrativa a los mayores de 18 años (que, al fin de cuentas, es la capacidad existente para el voto, y por lo tanto uno de los principales casos de capacidad de derecho público), y dar la solución del decreto comentado sólo para los mayores de 14 años y menores de 18.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> En sentido similar HEREDIA, *op. cit.*, p. 261.

<sup>3</sup> Conf. ANDREOZZI, MANUEL, *La materia contenciosoadministrativa*, Tucumán, 1947, p. 153.

<sup>4</sup> Comp. PEARSON, *op. cit.*, p. 29.

<sup>5</sup> Ver *infra*, comentario al art. 13 del proyecto FIORINI, cap. XII.

## 8. *Organismos públicos*

a) *Entes con personalidad jurídica.* Siguiendo la doctrina del Consejo de Estado francés, entendemos que también las autoridades públicas pueden presentar recursos contra actos administrativos o reglamentarios que afectan sus derechos o intereses. El problema reside en determinar si se requiere que la autoridad recurrente tenga personalidad jurídica propia, o si basta su condición de órgano administrativo.

En la práctica argentina no conocemos hasta ahora sino casos en que los organismos recurrentes tenían otorgada personalidad jurídica, y tal solución tiene recepción positiva en algunas normas. Así por ejemplo una Empresa del Estado<sup>6</sup> puede recurrir ante el Poder Ejecutivo contra los actos de “observación” (vetos) que el síndico destacado por el Poder Ejecutivo en ella haya efectuado a sus actos.<sup>7</sup> En este caso, de acuerdo al decreto reglamentario, el recurso puede interponerlo “el directorio o la autoridad equivalente de la empresa” (art. 6), siendo evidente que lo hace en representación de la propia empresa, o sea, que quien recurre es la Empresa del Estado misma.

El principio es también aplicable, a nuestro entender, a las entidades autárquicas y sociedades de economía mixta: El carácter estatal y semiestatal de éstas, respectivamente, no impide en modo alguno su actuación como parte en un procedimiento administrativo, dado su carácter de sujetos de derecho con plena capacidad.<sup>8</sup>

Por lo demás, en lo que respecta a las entidades autárquicas y empresas del Estado, la solución se halla reforzada por el art. 56 de la ley 16.432, que admite expresamente la controversia entre entidades descentralizadas entre sí o frente a la administración central (en materia de daños y perjuicios), diciendo que ellas serán resueltas por el Procurador del Tesoro de la Nación.

## 9. b) *Órganos administrativos sin personalidad jurídica*

Es problema delicado determinar si los órganos de una entidad administrativa (sea ésta la administración central o un ente descentralizado) pueden interponer, en cuanto meros órganos, recursos administrativos contra actos del superior jerárquico del ente a que pertenecen, o de otras autoridades.

Varias hipótesis son de distinguir:

a') *Órganos que defienden atribuciones del ente a que pertenecen:* En este caso entendemos que puede considerarse que los órganos administrativos de una entidad determinada, aunque no revistan el carácter de representantes legales de ésta, pueden no obstante interponer recursos administrativos ante la

<sup>6</sup> Son tales las formalmente incorporadas al régimen de las leyes 13.653, 14.380 y 15.023.

<sup>7</sup> Ley 15.023, art. 3, reglamentado por el decreto 10.599/61, art. 6.

<sup>8</sup> Conf. ANDREOZZI, *op. cit.*, pp. 153-4; GOLDSCHMIDT, *Introducción*, p. 383; ZABONINI, *op. cit.*, pp. 61 y 63, nota.

autoridad central contra los actos de ella que afecten al ente a que pertenecen; por ejemplo, los miembros de los cuerpos colegiados pueden atacar los actos que estimen atentatorios a sus prerrogativas;<sup>9</sup> las autoridades de un ente intervenido pueden cuestionar el acto de intervención, etc. En este caso, aunque el órgano no ejerza una representación formal del ente, puede de hecho considerarse que actúa por él mismo, y admitirse entonces, para el procedimiento administrativo, la posibilidad de que sea parte en la controversia.

*b) Órganos que impugnan actos de un superior jerárquico que ha ejercido control de legitimidad sobre ellos:* Si un superior jerárquico tiene por atribución específica revisar la legitimidad de los actos del inferior, y esa atribución es suscitada mediante la interposición de un recurso contra un acto del inferior, por un particular, parece lógico considerar que una vez decidido el recurso por el superior, el inferior carece de facultades para impugnarlo a su vez ante una segunda escala jerárquica superior.<sup>10</sup> Pero el fundamento de esta solución no es en rigor la imposibilidad de trabar relaciones o recursos administrativos entre órganos internos de un mismo ente, sino en que es simplemente irrazonable admitir que un procedimiento formal de revisión por vía de recurso jerárquico pueda ser impugnado por el propio órgano cuyo acto fue objeto de la revisión: Cabe interpretar pues que cuando existe una vía formal de revisión, y ésta ha sido ejercida por medio de recurso, el orden jurídico no autoriza la impugnación de la revisión a instancias del órgano autor del acto originariamente atacado.

*c) Otros casos:* En el resto de los casos podría pensarse en principio y a título general, que dado que un órgano administrativo carece de personalidad jurídica, mal puede ejercer a título propio un derecho determinado; y que además sería inadmisibles la existencia, dentro de un mismo sujeto de derecho, de voluntades contrapuestas (como supone precisamente la interposición de un recurso por parte de un órgano contra el acto de otro órgano.)

A nuestro juicio sin embargo, ambos argumentos son insuficientes para fundamentar la solución indicada. El primero, porque si bien es cierto que cada órgano carece por sí de personalidad jurídica, ello es principalmente en referencia a otros sujetos de derecho, pero no quita que pueda reconocérsele una cierta personalidad administrativa, por lo que respecta a sus relaciones con los demás

<sup>9</sup> Conf. GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative contentieuse*, París, 1960, p. 148; DEBBASCH, CHARLES, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, t. 2, Aix-en-Provence, 1960, p. 287. Es de destacar que ambos autores se refieren al contencioso administrativo, en que la admisión de la calidad de parte a un órgano administrativo, contra actos administrativos, es más restringida; por ello, mayores razones aún existen para admitir la solución en el procedimiento administrativo. Por lo demás, la solución francesa es todavía más amplia; admite el recurso también cuando el acto que afecta al cuerpo colegiado proviene de la misma administración a la que el cuerpo pertenece (*op. loc. cit.*), solución que igualmente compartimos por las razones que a continuación se exponen en el texto.

<sup>10</sup> Conf. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 62; FLEINER, FRITZ, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, París, 1933, pp. 146 y 147.

órganos del mismo ente. A este respecto es de recordar que parte dominante de la doctrina reconoce que las relaciones entre órganos administrativos, si bien no son “jurídicas” respecto al ordenamiento general del Estado, sí lo son dentro del ordenamiento interno a que pertenecen los respectivos órganos.<sup>11</sup> En lo que hace al segundo argumento, puede recordarse que: “En ejercicio de sus atribuciones, los diversos órganos establecen entre sí vínculos de diverso contenido, que pueden ser de cooperación y aún de colisión. El ente, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a sí mismo en cuanto ejercita una función distinta: puede hallarse en contraste consigo mismo por el ejercicio de actividades diversas.”<sup>12</sup> “En esa forma, los actos de voluntad de cada uno de los órganos, cualquiera sea su contenido no pueden dejárseles de imputar al ente al que pertenecen.”<sup>13</sup>

Por ello, si bien no puede reconocerse a un órgano la posibilidad de accionar o recurrir *judicialmente* contra el ente a que pertenece,<sup>14</sup> pareciera en cambio factible admitir la posibilidad, dentro del procedimiento administrativo, de que el simple órgano pueda ser tenido como parte.

#### 10. *La cuestión de las relaciones interorgánicas en el derecho positivo*

Esta solución encuentra apoyo en el decreto 7520/44, sobre procedimiento en el recurso jerárquico, cuyo art. 8, segunda parte, establece que “Producida la prueba se dará vista al recurrente y a la autoridad administrativa interesada, para que presenten memorial, o para que aduzcan, por una sola vez, nuevos motivos en favor de la admisión del recurso o de su rechazo.” En esta norma se reconoce plenamente el carácter de parte del órgano que dictó el acto recurrido, lo que se demuestra por el hecho de que no se le pide simplemente un memorial sobre la cuestión, sino que incluso puede en una auténtica contienda administrativa “aducir” los motivos nuevos que estime pertinentes en favor de la admisión del recurso “o de su rechazo.”

#### 11. *Continuación. El caso del tribunal de cuentas*

También puede ser de aplicación lógica el criterio señalado, para admitir recursos administrativos interorgánicos en el funcionamiento del Tribunal de Cuentas de la Nación. Éste, que es un órgano sin personalidad jurídica, puede “observar” y suspender así el cumplimiento de los actos de otros órganos; pero

<sup>11</sup> Conf. SAYACUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 183 y sus referencias; MAHIENHOFF, art. cit., en *JA*, 1962, t. III, p. 77 y ss., sec. doct.; SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica Amministrazione*, Milán, 1950, pp. 15-23; SANDULU, ALDO M., *II procedimento amministrativo*, reimpresión, Milán, 1959, p. 100 y ss., especialmente pp. 107-109.

<sup>12</sup> MARIENHOFF, *art. cit.*, p. 78; SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>13</sup> MARIENHOFF, *art. cit.*, p. 79; SILVESTRI, *op. cit.*, p. 18.

<sup>14</sup> Aunque a veces el ordenamiento jurídico prevé expresamente tal posibilidad; así, entre nosotros, la Dirección General Impositiva puede recurrir ante la Cámara Federal contra las decisiones del Tribunal Fiscal, siendo que ambos son organismos administrativos sin personalidad jurídica propia. Ver ley 11.683, t.o, 1960, art. 165; FONROUGE y BELLO, *op. cit.*, pp. 246 y 267.

el Poder Ejecutivo puede “insistir” en el cumplimiento del acto observado.<sup>15</sup> Hay acá una evidente relación jurídica entre el órgano que dicta el acto de disposición de fondos, el acto del Tribunal de Cuentas que lo observa y el Decreto del Poder Ejecutivo que extingue el efecto de la observación en el plano administrativo. Pero supongamos además que el Tribunal de Cuentas dictara en un caso una observación que a su vez fuera nula por defectos formales o sustanciales (p. ej., una observación efectuada fuera del término legal, o por funcionarios de hecho o usurpadores, o con incompetencia, o por fundamentos no jurídicos sino políticos o económicos, etc.<sup>16 17</sup> Tal observación sería nula, pero por ser no obstante un acto administrativo, tiene presunción de legitimidad y es en principio ejecutiva,<sup>18</sup> por lo que a pesar de su nulidad suspendería igualmente el cumplimiento del acto observado.

El problema es entonces: ¿Debe el Poder Ejecutivo necesariamente dictar un decreto de insistencia, o puede declarar la nulidad de la observación, por incompetencia, vicios de forma, etc.? Dado que la *insistencia* implica dar por supuesto que ha existido una *observación regular*, pero cuyo criterio no se comparte, y que aquí existiría en cambio una *observación irregular*, entendemos que la solución que corresponde es la primera. Y siendo ello así, entonces es evidente que el órgano que dictó el acto impugnado por la observación nula, puede a su vez interponer un recurso jerárquico contra ésta a efecto de que se declare su nulidad y pueda ejecutar su propio acto.

## 12. Otras hipótesis

Otras hipótesis en que puede ser de aplicación el criterio indicado serían así: Que un interventor designado en una repartición centralizada adoptara decisiones respecto a la oficina, y que los órganos afectados recurran de esas medidas en vía jerárquica; que un órgano se arrogue competencia que pertenece a otro, y éste impugne ese avasallamiento de su competencia, ante un superior jerárquico común; que un superior jerárquico carente de facultades para revisar de oficio los actos de algún inferior, pueda sin embargo impugnar sus actos ante el órgano administrativo competente en las escalas jerárquicas superiores.

## 13. Funcionarios públicos

En todos los casos reseñados nos hemos referido a la hipótesis de que el órgano en cuanto tal defienda o controvierta, al sólo efecto administrativo y en su carácter

<sup>15</sup> Ley de Contabilidad, decreto-ley 23.354/56, arts. 85 y 87.

<sup>16</sup> Respecto a estos distintos vicios, ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 107 y ss.

<sup>17</sup> No nos referimos por supuesto a si la observación es acertada o no, es decir, si su criterio es correcto al observar determinado acto por considerarlo antijurídico; ello está librado al Tribunal de Cuentas y es insusceptible de ser impugnado por recurso jerárquico. Ver PTN, *Dictámenes*, 77: 77; 78: 172.

<sup>18</sup> Ello, en nuestro derecho: Ver *El acto administrativo*, p. 84 y ss., especialmente p. 98, nota 33.

de órgano público, la legitimidad del acto de que se trate. Pero puede suceder también que el funcionario respectivo que desempeña el órgano, se considere afectado en sus derechos o deberes de funcionario público, caso en el cual él puede desde luego ser parte en el procedimiento, pero a título personal y no como órgano estatal. En tal caso podrá interponer todos los recursos administrativos que sean del caso, y también los judiciales: él se encuentra afectado como sujeto de derecho y no como órgano.

#### 14. *Sustitución de partes: Herederos*

Los herederos de un recurrente pueden continuar la tramitación del recurso interpuesto por el causante. Ello se ilustra en el siguiente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación: “Durante el trámite del recurso jerárquico que motiva las actuaciones, falleció el interesado Doctor... y en tal situación, su esposa Doña... y su hijo Don... presentáronse ante V. E. a fs.... invocando el carácter de herederos de su esposo y padre respectivamente, que acreditan a fs.... con el testimonio judicial de la declaratoria expedido en el juicio sucesorio del doctor... y toman intervención en este recurso como sucesores de aquél.”

“Atento pues, el citado testimonio judicial y lo prescripto por los arts. 3279, 3417 y concordantes del Código Civil, la esposa e hijo nombrados tienen, derecho a intervenir en estas actuaciones, por lo que en la primera providencia de V. E. deberá disponerse tenerlos por parte en el carácter que invocan y entenderse con ellos en el ulterior trámite del recurso.”<sup>19</sup>

#### 15. *Terceros intervinientes*

En este tema son de aplicación extensiva algunas consideraciones efectuadas respecto del recurso jerárquico: “El decreto 7520/944, que regula el trámite del recurso jerárquico en el orden nacional, no prevé la intervención en su substanciación de terceros interesados en la validez del acto administrativo que por él se impugna, estableciendo únicamente que debe darse vista del recurso a la autoridad administrativa de que emanó el acto atacado. (Art. 8°.) A mi juicio esto no es óbice para que aquella intervención se admita en los casos ocurrentes. El principio de contradicción, que es uno de los principios «formativos» del proceso así lo impone, tanto en el orden judicial como el administrativo. No requiere especial fundamentación este aserto, pues no hace sino traducir un principio de vigencia universal... En nuestro sistema la aplicación del mismo principio no ha podido ser menos que reconocida... pues lo contrario implicaría hollar las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos y de la igualdad ante la ley (arts. 16 y 18 de la Const. Nac.) Debe, pues, en los casos en que existan terceros interesados, darse también vista a

<sup>19</sup> *Dictámenes*, 51: 91.

los mismos en el trámite de los recursos jerárquicos. Y si esto no se ha hecho, *a fortiori*, debe reconocerse a dichos terceros el derecho de impugnar las decisiones dictadas sin su intervención.”<sup>20</sup>

En lo que respecta a qué derechos corresponden concretamente al tercero en su intervención en el procedimiento seguido por otro particular, se entiende que ellos son en un todo los mismos que los que corresponden al interesado original;<sup>21</sup> el tercero asume, pues, el carácter de parte interesada.

## II. Representación y patrocinio de las partes

### 16. Representación

Los interesados en un procedimiento administrativo pueden actuar personalmente o por medio de representantes. Hay quien sostiene, apartándose de tal criterio general, que “cuando se trate de derechos y situaciones de carácter personalísimo, como ocurre, por regla general, en los procedimientos disciplinarios contra los funcionarios públicos,” no habría posibilidad de actuar por medio de representantes.<sup>22</sup> Pero estimamos que esta tesis es infundada. El carácter “personalísimo” de una cuestión es algo que, por lo que a la administración respecta, queda salvado con la obligación del interesado de presentarse *a deponer cuando sea interrogado*; si él quiere actuar por medio de representantes, fuera de esas hipótesis, no hay razón alguna valedera para impedirselo. Sería por otra parte absurdo discutir la representación cuando el procedimiento es, como entre nosotros, eminentemente escrito; pues es obvio que da exactamente lo mismo que los escritos sean firmados por el interesado o por su representante.

### 17. Quiénes pueden ser representantes

A diferencia del proceso civil, en que sólo pueden ser representantes quienes tienen el título de procurador o abogado y están debidamente inscriptos en la matrícula respectiva, en el procedimiento administrativo puede ser representante cualquier sujeto de derecho con capacidad para ser parte;<sup>23</sup> no es necesario que sea un profesional del derecho, y puede ser cualquier persona, profesional o no: Un pariente, una empresa,<sup>24</sup> un agente de negocios, un gestor administrativo, y

<sup>20</sup> *Dictámenes*, 57: 264.

<sup>21</sup> VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 50.

<sup>22</sup> VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>23</sup> A su vez, la capacidad para ser parte debe considerarse también en relación al procedimiento administrativo; no se trata pues de la capacidad procesal común.

<sup>24</sup> En Austria algunos precedentes jurisprudenciales niegan capacidad para ser representante a las “personas jurídicas” y admiten sólo a las físicas. (Ver HELLEBLING, ERNST C, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. 1, Viena, 1953, p. 139); pero ello no resiste la crítica, ya que ambas participan de la misma característica de ser sujetos de derecho y pueden pues actuar en nombre propio o en representación. Ver nuestra *Introducción*, *op. cit.*, p. 11 y ss., respecto a la naturaleza jurídica común de las asociaciones y las personas individuales.

en definitiva, repetimos, cualquier persona que a su vez tenga capacidad para ser parte.<sup>25</sup>

### 18. *Forma de la representación*

La representación puede otorgarse y acreditarse de muy diversas maneras:

a) Poder formalmente otorgado en escritura pública, acompañando copia auténtica de ésta.

b) En la misma hipótesis, tratándose de un poder general se admite —por aplicación analógica del art. 14 de la ley 14.237— que el letrado patrocinante de fe de su vigencia acompañando copia simple de éste en las condiciones señaladas por la norma: “Sin embargo, cuando se invoque un poder general vigente, se lo acreditará suficientemente con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante, con declaración jurada de éste sobre su fidelidad. El letrado será legalmente responsable de cualquier falsedad o inexactitud. De oficio o a petición de parte interesada podrá intimarse la presentación del testimonio original para su confrontación por el secretario.” En consecuencia, también la administración puede intimar la presentación del testimonio original para su confrontación en mesa de entradas.

c) Cuando, tratándose también de copia simple de un poder general vigente, quien da fe de su vigencia y fidelidad no figura como letrado patrocinante —por ejemplo, por no haber patrocinante— la cuestión es más dudosa, pero se ha admitido no obstante su procedencia, si la personería del recurrente “se halla indirectamente acreditada en actuaciones similares;”<sup>26</sup> es decir, cuando hay prueba indiciaria que corrobora dicha personería, o que expresa o implícitamente se lo haya tenido por parte en otro expediente agregado o paralelo a las actuaciones en que se considera el recurso, puede también ser suficiente la copia simple respaldada, por la firma de letrado que no sea patrocinante en el recurso.

d) No existiendo poder formalmente otorgado ante escribano público, se admite el mandato otorgado en acta levantada en la mesa de entradas de la repartición, previa acreditación de la identidad; o por carta poder cuya firma esté auténtica por escribano público, juez de paz, comisario de policía u otra autoridad policial.<sup>27</sup> Incluso se ha admitido en ocasiones la carta poder simple, sin ninguna clase de autenticación de firmas; esta última forma es admisible cada vez que la autenticidad de la carta poder sea plausible y no haya razones especiales que hagan dudar de ella, o no sea ella controvertida por un tercero interesado.

e) Por último, cabe indicar que si bien el decreto 7520/44, respecto al recurso jerárquico, habla de “mandato regular” (art. 54), tal disposición es entendida

<sup>25</sup> VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 48; VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

<sup>26</sup> PTN, *Dictámenes*, 84: 43.

<sup>27</sup> En sentido similar, admitiendo la autenticación por simple autoridad policial (destacamento, delegación, etc.), en el caso de un certificado, *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 78: 116.

en sentido amplio, en cuanto mandato *expreso*, y no en cuanto mandato *formal*; de allí que no sea necesaria la escritura para éste.<sup>28</sup> Pero, desde luego, no se podría invocar en tal caso un mandato implícito, salvo la hipótesis de gestión de negocios y por supuesto los casos de representación necesaria (tutela, curatela, patria potestad.)

Creemos preferible el sistema de la ley española, que presume la representación respecto a las gestiones de mero trámite,<sup>29</sup> e igualmente el de la ley austríaca, que presume la representación para todo el procedimiento cuando actúa un miembro de la familia, o empleado o dependiente del interesado, conocido en esa calidad por la administración.<sup>30</sup>

### 19. Caracteres de la representación

La representación convencional puede ser dejada sin efecto por la parte con una simple presentación administrativa haciendo manifestación expresa en tal sentido, pero también es admisible que actúe personalmente sin revocar el mandato,<sup>31</sup> aclarándolo así expresamente.

En esta última hipótesis, las posibles contradicciones entre las afirmaciones de la parte y su representante, deben ser resueltas dando prioridad a las primeras;<sup>32</sup> pero desde luego, si la representación *es legal, no* convencional, estas reglas son inaplicables,<sup>33</sup> por lo que el interesado no puede actuar directamente ni sus afirmaciones privar sobre las de su representante legal.

### 20. Patrocinio

En el procedimiento administrativo no se requiere patrocinio letrado como condición indispensable para poder recurrir o intervenir en un expediente, salvo que la ley expresamente lo disponga;<sup>34</sup> pero por supuesto el derecho del interesado a hacerlo, si lo desea, *es absoluto e insusceptible de limitación alguna*, sea que

<sup>28</sup> BIELSA, *Derecho administrativo*, t. V, p. 157.

<sup>29</sup> Art. 24; VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 71 y 72 y los argumentos que expone.

<sup>30</sup> Art. 10, inc. 4°; HELBLING, *op. cit.*, p. 139 y ss.; ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, 5ª ed., t. I, Viena, 1954, p. 221.

<sup>31</sup> Ley austríaca, art. 10, inc. 6°; ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 221.

<sup>32</sup> HELBLING, *op. cit.*, p. 141.

<sup>33</sup> HELBLING, *op. loc. cit.*

<sup>34</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 54 ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 222; doctrina uniforme. Como excepción al criterio general, en el Paraguay se requiere patrocinante letrado para "toda clase de recursos administrativos," según informa PUCHETA ORTEGA, JUSTO, Documento de Trabajo, n° 22, p. 12, presentado al Seminario de las Naciones Unidas (Buenos Aires, 1959) ya citado. Igual criterio propugna CANASI, JOSÉ, *Los recursos jerárquico y de revocatoria y el decreto n° 2126/61*, en "Anales," t. XXI-A, p. 441 y ss., p. 445. Por lo que a nuestro país respecta, pareciera ser que no tiene especial sentido hacer una exigencia de tal tipo, dada la informalidad del procedimiento; pero con todo, es a veces irritante ver como grandes empresas presentan pésimos escritos, redactados por legos, abusando así del principio de la gratuidad e informalismo del procedimiento administrativo; por ello sugeriríamos la obligatoriedad del patrocinio letrado cuando el monto de la cuestión supere determinadas cifras. (P. ej., \$ 100,000.)

actúe por representante, sea que actúe personalmente: Incluso cuando sea exigida la actuación personal del interesado, él tiene derecho a hacerse patrocinar por letrado en su presentación.

Así como hay derecho a hacerse patrocinar por letrado, también lo hay a tener el patrocinio de cualquier otro tipo de profesional: Por ejemplo, contador, ingeniero, etc.,<sup>35</sup> e incluso de personas no profesionales; a su vez, es posible tener más de un patrocinante o asesor conjuntamente. (Un abogado y un ingeniero, etc.)

En lo que hace al derecho a hacerse patrocinar por letrado, es más rigurosa la obligación administrativa de respetarlo, porque afecta en forma esencial a la defensa del administrado, por lo que toda limitación a dicho derecho debe considerarse inconstitucional.<sup>36</sup>

### 21. *Patrocinio y representación*

El asesor jurídico o patrocinante no requiere ser al mismo tiempo *representante del interesado*;<sup>37</sup> en tales casos, cuando se trata de simple patrocinio y asesoramiento, no se requiere mandato expreso;<sup>38</sup> si el letrado actúa sólo como patrocinante, sus obligaciones no obligan a la parte.<sup>39</sup>

Resulta así en definitiva que el interesado: *a)* Puede actuar por sí, con patrocinio letrado; *b)* por representante, y éste a su vez con o sin patrocinio letrado; *c)* por representante que sea a la vez patrocinante letrado; *d)* por sí, sin representación ni patrocinio.

## III. *El interés requerido para ser parte (legitimación)*

### 22. *El interés legítimo. Requisitos*

Señalamos ya quienes pueden ser partes en un procedimiento administrativo; corresponde ahora referirse a qué condiciones se requieren concretamente para que uno de los sujetos mencionados pueda ser tenido por parte *interesada* en un procedimiento administrativo.

Ello se resuelve en base a la teoría del “interés legítimo.”<sup>40</sup> Dijimos ya que en el procedimiento que estudiamos puede ser parte no sólo quien tiene un derecho subjetivo, sino también quien tiene un interés legítimo. (Y en ciertos casos, quien tiene un interés simple.) Expresamos también que en el interés legítimo hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial; que también en el interés simple había una concurrencia de

<sup>35</sup> En sentido similar VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>36</sup> Conf. PADILLA VELASCO, RENÉ, Documento de Trabajo, n° 14, Seminario de la UN en Buenos Aires, p. 2, y otros trabajos del Seminario.

<sup>37</sup> HELLBING, *op. cit.*, p. 141.

<sup>38</sup> HELLBING, *op. cit.*, p. 141.

<sup>39</sup> HELLBING, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> Ver *supra*, cap. III, n° 10 y ss., y sus referencias.

individuos, sólo que en tal caso dicha “conurrencia” abarca a todos los habitantes; y aclaramos que la diferencia entre el interés legítimo y el interés simple estaba dada por el hecho de que en el primero se requería que el individuo tuviera un “interés personal y directo” en la impugnación del acto.

Toca ahora analizar, entonces, qué caracteres reviste dicha noción de “interés personal y directo.”

### 23. *El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos*

La diferencia central entre el interés legítimo a que hacemos mención y el interés simple, está dada por la característica de que en el interés simple, el “interés” de que se trata es común a todos los habitantes, sin distinciones definidas; en el interés legítimo en cambio el “interés” debe pertenecer a “*una categoría definida y limitada*” de individuos.<sup>41</sup> De tal forma, las circunstancias que rodean el acto impugnado deben trazar, objetivamente, un círculo de interés, definido con precisión suficiente;<sup>42</sup> puede así tratarse de una medida administrativa que afecte a todos los comerciantes, o todos los usuarios de un cierto servicio público, etc., pero no a todos los contribuyentes del Estado, o todos los ciudadanos o habitantes;<sup>43</sup> puede en cambio tratarse de todos los contribuyentes o habitantes de una comuna determina;<sup>44</sup> lo importante es que el círculo no se amplíe “hasta las dimensiones de la colectividad nacional.”<sup>45</sup>

Ello, sin perjuicio de que en un caso concreto, ante un acto administrativo que aplique la regla general, pueda cuestionarse tanto la medida general (que hubiera abarcado a toda la colectividad) como el acto particular: Lo que aquí se señala es que en cuanto el acto general no afecta a un círculo determinado y limitado de individuos, sino a una generalidad demasiado amplia, no hay interés legítimo, por el momento, a impugnar el acto general.

### 24. *El interés debe ser personal y directo*

El interés debe ser además “personal y directo.” Ésta es la formulación tradicional del principio, y precisamente por eso debe manejárselo con precaución, pues tal formulación dice más que su verdadero contenido actual; no debe pues interpretárselo “en un sentido excesivamente estricto.”<sup>46</sup>

No se trata, concretamente, de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pues ello implicaría acercarnos a la hipótesis del derecho subjetivo. No se trata tampoco de que el interés deba

<sup>41</sup> KORNPROBST, *op. cit.*, p. 127.

<sup>42</sup> KORNPROBST, *op. cit.*, p. 129.

<sup>43</sup> KORNPROBST, *op. cit.*, 6. 129; DEBBASCH, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

<sup>44</sup> DEBBASCH, *op. cit.*, p. 283 y 284, y jurisprudencia que cita; GABOLDE, *op. cit.*, p. 147.

<sup>45</sup> Conclusiones LONG, en la causa ABISSET, fallada por el Consejo de Estado el 14 de febrero de 1958, citado por DEBBASCH, *op. cit.*, p. 283.

<sup>46</sup> HEREDIA, *op. cit.*, p. 261.

surgir en forma inmediata y actual, pues ello también implicaría acercarnos a la mencionada hipótesis.

Se trata simplemente de que el recurrente deba justificar no ser un mero “curioso” o “entrometido” en la cuestión, ni luchar líricamente por el interés público: Es decir, que debe ser *plausible* su ininterés, *diferenciado del interés público general*.<sup>47</sup>

### 25. Origen y significado actual de este requisito

Para comprender mejor el significado actual que debe darse al concepto de “interés personal y directo,” es necesario referirse a su origen. Como lo señala DEBBASCH,<sup>48</sup> en un comienzo los actos impugnados ante el Consejo de Estado francés —autor de la doctrina ahora recogida por nosotros— afectaban a un individuo determinado, o a un grupo reducido de individuos personalmente designados y considerados, por lo que se estableció, como afirma a su vez HAURIUO, el hábito de considerar que el recurso no podía ser ejercido sino contra los actos individuales que se referían a un pequeño número de personas: “De allí la regla del interés directo y personal;”<sup>49</sup> no se había planteado todavía el caso de los recursos contra actos que afectaran intereses generales.

En esa tesitura, la regla del interés personal no tiene por fin sino “evitar que una persona pretenda representar los intereses generales de la administración;”<sup>50</sup> “en otros términos, hace falta que el peticionante tenga un interés distinto de aquel que tendría la persona administrativa misma, por cuenta de la cual el acto ha sido hecho; distinto incluso del interés que tendría el Estado cuyas prerrogativas habrían sido violadas.”<sup>51</sup> De allí se advierte que el concepto de interés personal se entiende simplemente como interés *no administrativo*, como interés de índole privada, que afecta a individuos particulares.

Por ello es que bajo este concepto cabe excluir del recurso a las personas que no pueden invocar sino el interés general de que se cumpla la ley o se respeten los principios del derecho, pues este interés es común a todos los habitantes y también a la administración pública: Es el interés simple de la acción popular. Se requiere pues un interés más “privado,” “personal,” “no-administrativo.” En este concepto, puede haber interés personal aunque la persona que lo esgrime no esté individualmente afectada por la medida: El interés será en este aspecto

<sup>47</sup>ZANOBINI, *op. cit.*, t. II, p. 64.

<sup>48</sup>DEBBASCH, *op. cit.*, p. 281 y ss.

<sup>49</sup>“De allí esta regla... de que el recurso... no es admisible de parte del peticionante si no tiene un interés *personal* en la anulación del acto, es decir un interés diferenciado del de un administrado ordinario en tanto que este administrado desea una buena gestión de los intereses comunales...” HAURIUO, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, París, 1929, t. II, p. 208.

<sup>50</sup>DEBBASCH, *op. cit.*, p. 281.

<sup>51</sup>HAURIUO, *op. cit.*, quien agrega: “En otros términos todavía, el recurso... es esencialmente un recurso de interés privado, no debe ser ejercido en el interés de la cosa pública,” p. 208.

“personal,” en la medida en que dicha persona pueda aducir motivos de agravio *distintos del interés administrativo de que se cumpla la ley.*

## 26. Su interpretación en la práctica argentina. Crítica

Por tal razón es que debe admitirse el recurso presentado por asociaciones (gremiales, profesionales, industriales, etc.) contra actos que afectan a sus miembros o asociados.<sup>52</sup> Se requiere en estos casos que la decisión atacada concierna al conjunto de los miembros adherentes de la asociación,<sup>53</sup> y si ella afecta sólo a uno de los miembros, o a una parte de ellos, no habría en principio interés legítimo de parte de la asociación para recurrir contra dichos actos.

La práctica administrativa argentina, con todo, no ha recibido hasta el presente esta aplicación del principio, y así es como se ha negado interés a dicho tipo de agrupaciones o asociaciones, incluso cuando el acto afecta a la totalidad de sus miembros.<sup>54</sup> Esta distinta solución se ha debido a una interpretación literal del concepto de “interés personal y directo,” que lo ha llevado, en ese caso, a un incorrecto rigorismo. Ello se advierte de los fundamentos dados para así resolver el problema: “Promueven el recurso dos asociaciones de empresarios cinematográficos contra medidas reglamentarias que no afectan de modo personal, directo e inmediato a las asociaciones recurrentes como tales entidades.”

“Con arreglo al art. 1° del decreto 7520/44 (B. O., 3-IV-1944), el recurso jerárquico presupone para su procedencia la lesión de un derecho o interés legítimo, es decir, una ingerencia en la esfera legal propia del recurrente; esta condición no aparece cumplida, según lo expuesto arriba, con respecto a las asociaciones presentantes, ni tampoco ha sido invocado por las mismas. En el expediente...<sup>55</sup> esta Procuración entendió que, no habiendo acreditado una cámara gremial que podía representar a sus afiliados particularmente y por asuntos propios de ellos, el recurso jerárquico no era procedente. La misma solución se impone en este caso.”<sup>56</sup> Bien se advierte que cuando estos dictámenes afirman que las asociaciones quieren “representar a sus afiliados particularmente y por asuntos propios de ellos,” están exigiendo poco menos que un derecho subjetivo para recurrir, en lugar de un interés legítimo.

Si la jurisprudencia francesa, que al considerar las condiciones de impugnación de los actos administrativos ante el tribunal contencioso ha considerado que tales cámaras, asociaciones, etc., tenían suficiente interés para recurrir, parece incongruente que en un simple procedimiento administrativo, en que

<sup>52</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 146; HEREDIA, *op. cit.*, p. 261.

<sup>53</sup> HEREDIA, *op. cit.*, p. 161; GABOLDE, *op. cit.*, pp. 146 y 147; DEBBASCH, *op. cit.*, p. 295 y ss.

<sup>54</sup> Así Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 68: 239, *Cámara de Envasadores de Aceites Comestibles*, 1959, t. 77, p. 220; *Asociación de Empresarios Cinematográficos de la Provincia de Buenos Aires*, 1961; t. 79, p. 233, *Asociación Argentina de Compañías de Seguros, y Asociación de Aseguradores Extranjeros en la Argentina*, 1961.

<sup>55</sup> Se trata del que figura con dictamen del 68: 239, citado.

<sup>56</sup> *Dictámenes*, 79: 233.

estamos en presencia de un recurso administrativo y no contencioso, se aplique un mayor rigorismo que en el propio proceso contencioso administrativo. Por ello nos inclinamos por el criterio francés.

Por lo demás, es de señalar que el criterio argentino actual es contrario a la eficiencia administrativa. Negar interés a las asociaciones, es exigir que sus asociados se presenten individualmente, con lo cual se desembocará en definitiva en una multiplicidad de recursos que deberán luego ser acumulados de oficio por la administración, llegándose así en definitiva a un resultado similar, aunque más costoso y complicado, que el que se hubiera obtenido de haberse admitido la presentación de la asociación misma.

Y por último, la jurisprudencia administrativa mencionada es incluso incongruente con un *restringido* concepto de interés personal y directo. Si lo tomamos en sentido estricto, resultaría que las asociaciones sólo tendrían interés cuando se tratara de cuestiones que las afectaran a ellas directamente, en cuanto asociaciones; pues bien, dado que dichas asociaciones gremiales se constituyen casi siempre *para la defensa de los intereses de los asociados*, es obvio que afectarlos a éstos es afectar también, al mismo tiempo, el interés directo y personal de la sociedad, y negarle interés en la impugnación de las medidas ilegítimas que afectan a sus asociados es negarle en buena parte su razón de ser.<sup>57</sup>

### 27. *El interés puede ser patrimonial o moral*

El interés suficiente para conferir legitimación o calidad de parte a un sujeto de derecho, puede ser patrimonial (material, pecuniario) o también moral.<sup>58</sup>

El concepto de interés “moral” es tomado en el sentido de psicológico, subjetivo o valorativo, por oposición a “interés material”<sup>59</sup> y por ello, dentro de esa hipótesis cabe comprender los casos de intereses de orden específicamente moral, o religioso, intelectual, filosófico, artístico, etc.<sup>60</sup> Está dentro del concepto incluso el

<sup>57</sup> En este sentido las conclusiones de ROMIEU, en el caso *Sindicat des Patrons Coiffeurs de Limoges*, fallado por el Consejo de Estado el 28-XII-1906 (cit. por DEBBASCH, p. 295), en que se define la acción sindical, a este efecto, como “aquella que el sindicato ejerce en nombre propio como persona civil encargada de la defensa de los intereses colectivos de que tiene la guarda...; hace falta, para que ella pueda existir, que se trate de un interés profesional colectivo y que las conclusiones no contengan nada de un carácter puramente individual.” Así por ejemplo un sindicato de funcionarios puede atacar una disposición estatutaria, pero no una medida disciplinaria que no interese sino a la persona afectada (DEBBASCH, *op. cit.*, p. 296); a la inversa, si la medida disciplinaria es de índole general y abarca a todos los funcionarios, reaparece el interés profesional colectivo y con ello el interés personal y directo de la asociación misma.

<sup>58</sup> Conf. BIELSA, *Derecho administrativo*, t. V, p. 155: Doctrina uniforme. Niega el interés moral GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 53, por considerar que siendo “legítimo” el interés, debe provenir de una norma jurídica, lo que excluiría lo moral. Sin embargo, es de advertir que lo que debe provenir del orden jurídico es sólo el principio que demuestra la antijuridicidad del acto atacado; lo que aquí se trata es si ese acto, objetivamente antijurídico, puede ser impugnado por quien se ve afectado moralmente por él, aunque no pecuniariamente; y la respuesta afirmativa parece segura.

<sup>59</sup> Cf. KORNPROBST, *op. cit.*, p. 135, nota.

<sup>60</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 145 y la jurisprudencia que cita.

interés a hacer respetar una situación, una prerrogativa, o un rango honorable,<sup>61</sup> como por ejemplo un nombramiento o una mención honorífica.<sup>62</sup> Desde luego, en todos los casos se requiere que el interés en cuestión sea reconocido como valioso y digno de ser defendido.<sup>63</sup>

La apreciación del interés debe hacerse desde el punto de vista del recurrente, es decir, hay que tomar en cuenta el aspecto subjetivo de la cuestión. Así es como cabrá dar mayor amplitud al concepto de “interés artístico,” cuando se trate de un artista de profesión o vocacional; de “interés intelectual,” cuando se trate de un estudioso, etc. Lo que para un religioso puede presentar suma importancia, y conferirle interés legítimo a recurrir, puede no tenerla para un laico o un no creyente, el cual podrá entonces en igual situación carecer de interés legítimo; y así sucesivamente: Cabe pues reconocer el interés moral a aquél que por su situación u ocupación puede acreditar un particular interés subjetivo u objetivo en la cuestión de que se trate.

De tal manera, es también admisible que una asociación o una liga creada para defender ciertos y determinados principios, pueda recurrir contra decisiones que afectan los principios que ella tiene por misión defender o propagar.<sup>64</sup>

### 28. *El interés puede ser subjetivo*

Según se desprende de lo anterior, el interés puede ser una apreciación hecha de acuerdo a las condiciones personales del recurrente.

Una medida que afecta a la generalidad de los habitantes puede así no afectar intereses legítimos de éstos, en general; pero puede existir algún individuo o grupo de individuos particularmente considerados que en razón de alguna situación especial en que se encuentran, sean alcanzados con más intensidad por la misma disposición, con lo que pueden llegar a justificar suficiente interés para atacar el acto.

Así por ejemplo, una decisión referente a lugares de *camping* afecta en general a toda la colectividad, ya que son todos los individuos los que tienen derecho a visitar un lugar de *camping*: Pero un individuo que aduce su calidad de miembro de una asociación de *camping*, y que efectúa su práctica efectiva y asidua, se encuentra en una situación particular y no en la situación de cualquier otro ciudadano: Tiene por lo tanto suficiente interés para reclamar contra el acto.

Esto demuestra que la apreciación del interés debe hacerse conforme a las condiciones personales del recurrente, y en ese sentido afirmamos que el interés “puede ser subjetivo.” Es decir, que la situación de cada sujeto puede dar una distinta inflexión, respecto a él, a un acto determinado. Pero la apreciación de

<sup>61</sup> GABOLDE, *op. loc. cit.*

<sup>62</sup> KORNPROBST, *op. cit.*, p. 136.

<sup>63</sup> KORNPROBST, en cambio, admite que pueda ser inmoral, y cita el caso *Dol et Laurent*, fallado por el Consejo de Estado el 28-II-1919. (*Op. cit.*, p. 132.)

<sup>64</sup> Caso *Abisset*, Consejo de Estado, 14 de febrero de 1958, citado por DEBBASCH, *op. cit.*, p. 284.

si ese sujeto tiene o no un interés legítimo no es “subjetiva” en el sentido de que dependa de una manifestación de voluntad del interesado, afirmando que a él le interesa impugnar el acto; por el contrario, dicha apreciación es siempre resuelta objetivamente, atendiendo a esas condiciones personales o la situación individual.

### 29. *El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo*

Si bien en principio el interés debe ser actual,<sup>65</sup> ello no constituye una regla absoluta.

Por de pronto, es de señalar que hay interés actual no sólo cuando se produce o ha producido un daño material,<sup>66</sup> sino también cuando se efectúa una modificación reglamentaria a la situación jurídica del particular.

En este sentido y según ya lo hemos dicho, todas las disposiciones generales afectan en forma actual e inmediata los intereses de las personas que deben someterse a ellas o cuyas situaciones jurídicas son de alguna manera modificadas por ellas. Tal interés existe prescindiendo de que la norma se ejecute o no en los hechos. “Las resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad social, que constituyen una “decisión” en el sentido técnico que son contempladas por el Decreto 7520/44 (primer apartado del art. 1º), que implican una manifestación de voluntad de la administración al admitir la existencia legal de la obligación del administrado y son susceptibles de lesionar en forma directa y actual los derechos o intereses legítimos de este último, son impugnables por la vía del recurso jerárquico. Cabe agregar todavía que ante una resolución que origina nuevas obligaciones o introduzca variantes en el ámbito jurídico del administrado, se está en presencia de lo que se denomina una medida constitutiva —por oposición a las meramente declarativas, sin efectos legales propios— que, por causar gravamen, hace procedente el recurso jerárquico.”<sup>67</sup>

### 30. *Interpretación de este principio en la práctica argentina.*

Este mismo dictamen deja ya traslucir la aceptación del interés eventual como base de un recurso administrativo; dicha aceptación cuenta también con antecedentes jurisprudenciales franceses; se ha dicho así que “no es necesario que el acto atacado provoque ya mismo por sus efectos la situación que justifica el recurso. Éste puede ser presentado en la eventualidad de la aplicación ulterior y posible del acto.”<sup>68</sup>

Desde luego, esto presupone, en el caso de los recursos, que existe un acto que origina el interés eventual: Si sólo hay medidas preparatorias de actos administra-

<sup>65</sup> Así lo dice en general la doctrina. Ver, por ejemplo, ALESSI, *op. cit.*, t. II, p. 88.

<sup>66</sup> DEBBASCH, *op. cit.*, pp. 807-309.

<sup>67</sup> PTN, *Dictámenes*, 71: 290.

<sup>68</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 145, quien señala que la justicia exige al menos la inminencia de la amenaza que pesa sobre el recurrente. (*Op. cit.*, p. 309.)

tivos, el interés es también “eventual” pero ya no es suficiente para justificar un recurso administrativo; en tales hipótesis sólo serían admisibles simples escritos de procedimiento, sin carácter formal de recurso. Así entonces en el caso de una resolución meramente preparatoria efectuada por un funcionario que “...no tenía competencia suficiente para resolver sobre el punto...;” ni tampoco había dictado el acto con voluntad de producir ese efecto jurídico, cabe sostener que “...cuando los interesados interpusieron sus recursos, no existía lesión efectiva de sus derechos e intereses sino solamente la posibilidad de que esa lesión se produjese. Mientras no hubiera sido emanado el acto administrativo adverso al solicitante, éste no podría interponer así sea en subsidio, recurso jerárquico, esto es, para el evento de que se produjese la lesión de sus derechos subjetivos o interés legítimo, porque faltaría la actualidad de su interés, condición entre otras, para la procedencia del recurso.”<sup>69</sup>

### 31. *El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio*

Como surge de lo anteriormente dicho, la orientación administrativa es a veces estricta en exigir un interés actual, rechazando la posibilidad de que un interés eventual justifique la interposición del recurso.<sup>70</sup>

Se ha dicho así que el recurso jerárquico interpuesto en subsidio, conjuntamente con el de revocatoria, es improcedente, pues la lesión de los derechos subjetivos o intereses legítimos del recurrente, que condiciona el recurso, debe ser actual y ello no ocurre mientras no se ha dictado el acto administrativo adverso a sus pretensiones. (En el caso, el rechazo expreso o implícito del recurso de revocatoria).<sup>71</sup>

Creemos muy superior a este principio el que contiene el sistema uruguayo, el cual admite la posibilidad de presentar conjuntamente el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico en subsidio, para el caso de denegación del primero.<sup>72</sup> Este principio es, como se advierte, idéntico al del derecho procesal (en el que se admite la apelación en subsidio) y ello indica ya la crítica evidente que aquella solución despierta: Si el derecho procesal, que sólo permite recurrir a quien tiene derechos subjetivos, admite la posibilidad de presentar recursos en subsidio, mal puede denegarla el procedimiento administrativo, donde no sólo por derecho subjetivo sino también por interés legítimo es posible recurrir de un acto.

<sup>69</sup> *Dictámenes*, 73: 153.

<sup>70</sup> IMPORTANTE: La restricción existe *únicamente* respecto a la posibilidad de interponer un recurso contra el acto, o un recurso en subsidio; *pero no existe respecto a la posibilidad de ser parte en el procedimiento previo a la emanación del acto posiblemente adverso*. De allí que aunque no se admita el “interés eventual” para recurrir, sí se admite el interés para actuar plenamente en el procedimiento hasta que se produzca el acto lesivo que hace nacer el interés actual *para recurrir*.

<sup>71</sup> *Dictámenes*, 38: 38; 55: 342; 69: 105. En igual sentido ZANOBINI, *op. cit.*, p. 65, y en general la doctrina italiana. Comparar la nueva tendencia administrativa que comentamos *infra*, n° 33, *in fine*.

<sup>72</sup> REAL, ALBERTO RAMÓN, “Recursos administrativos,” en *Rev. del Col. de Abog. del Uruguay*, 1962, t. 3, n° 1-4, p. 22.

### 32. *El interés retrospectivo*

En cuanto al interés retrospectivo, él existirá en los casos en que un acto administrativo que produjo efectos durante un lapso determinado y luego fue extinguido sin efecto retroactivo, haya afectado en ese lapso a un individuo. En tal caso el particular tiene un interés retrospectivo a lograr la anulación retroactiva del acto, modificándose así la calificación jurídica de la extinción.<sup>73</sup> No debe olvidarse tampoco que el interés retrospectivo, siguiendo la regla general, también puede ser un interés moral.

### 33. *Cuándo se aprecia el interés*

En principio, el interés debe existir y se aprecia con referencia al momento en que se interpone el recurso,<sup>74</sup> aunque se admite también que si el interés es adquirido sólo con posterioridad a la presentación del recurso, pero antes de la decisión definitiva, el recurso es procedente.<sup>75</sup>

Este criterio, teóricamente correcto a nuestro juicio, no es el imperante en la práctica administrativa argentina, pues se ha dicho en alguna ocasión que un recurso presentado contra una medida preparatoria era improcedente por faltar el interés actual al momento de la interposición del recurso, *aunque con posterioridad al recurso se dictara un acto del tenor del que se proyectaba*. “Si se tiene en cuenta que el escalafonamiento de los interesados se produjo con posterioridad a sus presentaciones, la improcedencia del recurso resulta evidente por no existir al tiempo de su interposición contra la providencia de que se agravia, interés suficiente para su sustentación.”<sup>76</sup> Ello significa que en nuestra práctica es necesario presentar de todos modos el recurso cuando el acto proyectado es efectivamente dictado. Demás está decir que la solución es injusta e inútilmente formalista, y que debe ser corregida en atención, entre otras razones, al principio de la buena fe administrativa.

Actualmente parece vislumbrarse una posibilidad de cambio de tal criterio, ya que en un último dictamen se ha dicho que “el momento en el que es suficiente que se den los requisitos de la admisibilidad del recurso es el del decreto que lo resuelve;”<sup>77</sup> este concepto, que es el que propugnamos, fue incluido incidentalmente y en cierto modo supletoriamente, pero es muy posible que llegue a afirmarse, modificando entonces el criterio administrativo tradicional.

<sup>73</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 146, y los fallos que cita.

<sup>74</sup> ODENT, RAYMOND, *Contentieux administratif*, t. II, París, 1958, p. 470.

<sup>75</sup> ODENT, *op. cit.*, pp. 470-1.

<sup>76</sup> *Dictámenes*, 73: 153.

<sup>77</sup> *Dictámenes*, 11-VII-1963, t. 85. Se siguió allí la opinión de GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1962, 2ª ed., p. 383.

### 34. *Pérdida del interés*

Desde luego, aquel principio teórico no funciona, a todo evento, a la inversa: Aunque el recurrente haya tenido interés al momento de la presentación del recurso, si por causas posteriores deja de tenerlo, el recurso se transforma en improcedente: Ha perdido en tal caso el interés legítimo para seguir siendo considerado como parte.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> ODENT, *op. cit.*, p. 471.



CAPÍTULO V  
LOS RECURSOS

SUMARIO

I. <i>Concepto</i> .....	PRA-V-1
1. Concepto amplio.....	PRA-V-1
2. Recursos jurisdiccionales y administrativos .....	PRA-V-1
3. Diferencias .....	PRA-V-2
4. Recurso, reclamación y denuncia.....	PRA-V-3
5. a) En la doctrina .....	PRA-V-3
6. b) En la práctica argentina .....	PRA-V-4
7. Gráfico de la distinción en la práctica argentina .....	PRA-V-5
II. <i>Naturaleza jurídica</i> .....	PRA-V-5
8. a) El recurso es un derecho .....	PRA-V-5
9. b) El recurso es un acto .....	PRA-V-5
10. Comparación entre ambas concepciones .....	PRA-V-6
11. c) El recurso es un medio de defensa .....	PRA-V-6
III. <i>Enumeración y clasificación de los recursos</i> .....	PRA-V-7
12. Clasificación según sean recursos <i>stricto sensu</i> , reclamaciones o denuncias .....	PRA-V-7
13. Clasificación según la fuente.....	PRA-V-7
14. Clasificación según sean reglados o no.....	PRA-V-8
IV. <i>Requisitos formales y sustanciales</i> .....	PRA-V-8
A. Requisitos formales.....	PRA-V-8
15. Los requisitos formales del Decreto 7520/44.....	PRA-V-8
16. Su exigibilidad en la práctica.....	PRA-V-9
17. Requisitos mínimos exigibles .....	PRA-V-9
18. 1°) El recurso debe ser escrito .....	PRA-V-10
19. También puede ser presentado por telegrama .....	PRA-V-11

20. 2º) El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente .....	PRA-V-11
B. Requisitos sustanciales .....	PRA-V-12
21. La clara manifestación de voluntad.....	PRA-V-12
22. Fundamentación del recurso.....	PRA-V-12
C. Omisión de requisitos formales o sustanciales.....	PRA-V-12
23. Criterio a seguir .....	PRA-V-12
24. La complementación de un recurso con otro .....	PRA-V-13
V. <i>Efectos de la interposición del recurso</i> .....	PRA-V-13
25. Interrumpe el término.....	PRA-V-13
26. No suspende la ejecución del acto.....	PRA-V-13
27. Excepciones a este principio.....	PRA-V-14
28. Crítica.....	PRA-V-14
29. Continuación. La ejecutoriedad del acto como supuesto fundamento del principio.....	PRA-V-15
30. Conclusión sobre tal fundamento .....	PRA-V-16
31. Continuación: La presunción de legitimidad del acto como fundamento del principio .....	PRA-V-16
32. La analogía jurídica como solución del problema .....	PRA-V-17
33. Conclusión: Inversión del principio del efecto no suspensivo....	PRA-V-17
34. Consideraciones prácticas sobre el efecto no suspensivo del recurso.....	PRA-V-18
35. Otros efectos de la interposición del recurso: No implica trabar la litis en forma inmutable.....	PRA-V-19
36. No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado .....	PRA-V-20
37. Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso.....	PRA-V-20

## Capítulo V LOS RECURSOS

### I. Concepto

#### 1. Concepto amplio

Recursos, en sentido amplio,<sup>1</sup> serían todos los remedios o medios de protección al alcance del administrado para impugnar los actos y hechos administrativos ilegítimos, y en general para defender sus derechos respecto de la administración pública.<sup>2</sup>

#### 2. Recursos jurisdiccionales y administrativos

Pero por de pronto, cabe distinguir los recursos del procedimiento administrativo, de los recursos del proceso judicial. Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen pues en: *a)* Judiciales (o “contenciosoadministrativos,” o simplemente “jurisdiccionales”); y *b)* administrativos.

Los segundos son los que se desenvuelven dentro del procedimiento administrativo, y se caracterizan pues porque se tramitan ante las autoridades administrativas (u autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa),<sup>3</sup> y deben ser resueltos por éstas. Los primeros, naturalmente, son los que se tramitan ante un tribunal de justicia, imparcial e independiente, de acuerdo con el sistema constitucional argentino.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Pero nos referimos, desde ya, sólo a los que aquí nos interesa: Recursos contra acto administrativos, no contra sentencias.

<sup>2</sup> En este sentido amplio se lo utilizó preferentemente en el Seminario de las Naciones Unidas realizado en Buenos Aires en 1959, en gran parte de los trabajos presentados. Pero puede darse también un concepto más amplio de “remedios,” abarcando inclusive ciertos resortes administrativos de autocontrol, como lo hace CAIO TÁCITO, *op. cit.*, p. 83.

<sup>3</sup> Ver *supra*, cap. I, n° 7 y ss.

<sup>4</sup> Ver *supra*, cap. I, n° 9 y ss.

### 3. Diferencias

Ambos recursos difieren entonces por los siguientes caracteres:<sup>5</sup>

a) *La autoridad que los decide* es, en el caso del recurso jurisdiccional, siempre un juez; en el recurso administrativo, en principio un funcionario administrativo, aunque esto admite excepción en el caso de las actividades administrativas de la justicia, cuyos procedimientos administrativos son en muchos casos decididos por el juez, e igualmente en el caso de las actividades administrativas del Congreso, en que son decididos por un legislador —el Secretario o el Presidente de las Cámaras.

b) *La naturaleza de la junción que ejerce el que los decide*: En el recurso jurisdiccional, función jurisdiccional; en el recurso administrativo, función administrativa,<sup>6</sup> sea administrador, juez o legislador quien decida el recurso.

c) *El carácter en que actúa el que los decide*: En un caso como tercero imparcial, ajeno a la contienda; en el segundo, trátase de un funcionario administrativo, de un juez o de un legislador que resuelve el recurso de su empleado, actúa como *parte* en la controversia.

d) *La naturaleza del control ejercido*: En un caso el control es sólo de legitimidad, y está destinado a restablecer el ordenamiento jurídico violado en cuanto infringe los derechos del individuo afectado, y éste los ha reclamado; en el otro caso, el control es de legitimidad que considera objetivamente la vigencia de la legalidad, incluso cuando no afecta los derechos del individuo o éste no los ha reclamado; y es también control de oportunidad.

e) *Los derechos que protegen*: En un caso, solamente derechos subjetivos; en el otro, tanto derechos subjetivos como intereses legítimos e incluso intereses simples.

f) *Las facultades procedimentales del órgano decidente*: Durante el trámite de los recursos judiciales, el juez no puede actuar de oficio, y la impulsión del proceso pertenece a las partes, prevaleciendo además el principio de la verdad formal; en el trámite de los recursos administrativos el administrador, etc., tienen facultades para actuar de oficio, impulsar el procedimiento e instruir la prueba, y prevalece el principio de la verdad material.

g) *La naturaleza del acto que decide el recurso*: En un caso, sentencia; en el otro, simple acto administrativo.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Comp., en general, ALESSI, *op. cit.*, p. 88 y ss.

<sup>6</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 471, y sus referencias; FIORINI, *op. cit.*, p. 18.

<sup>7</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 471 y sus referencias, p. 220 y sus referencias de nota 3; ULE, *op. cit.*, p. 14, etc.

h) *La eficacia de la decisión:* En el primer caso la sentencia es vinculante también para el juez y se torna inmutable; en el segundo la administración sólo está parcialmente limitada<sup>8</sup> y puede en ciertas hipótesis modificar su acto.

i) *La recurribilidad de la decisión:* La decisión del recurso administrativo, que como dijimos, constituye un acto administrativo, es a su vez impugnabile por nuevos recursos administrativos y jurisdiccionales;<sup>9</sup> la decisión del recurso judicial, en cambio, sólo es susceptible de recursos judiciales.

#### 4. *Recurso, reclamación y denuncia*

Pero además de ese empleo amplio del término “recurso administrativo,” en cuanto medio jurídico del administrado para defender sus derechos ante la misma administración pública, existe todavía un concepto técnico más restringido. En tal concepto restringido cabe distinguir, entre los distintos remedios administrativos para la defensa del administrado ante la propia administración, los “recursos” *stricto sensu*, las “reclamaciones” y las “denuncias.” No obstante la distinción indicada, que a continuación analizaremos, no nos parece necesario suprimir el empleo genérico del término —tan cómodo y expresivo— y por ello hablaremos indistintamente de “recurso” en el sentido de “remedio administrativo” o en el sentido más específico que la palabra tiene.

#### 5. a) *En la doctrina*

La distinción conceptual doctrinaria entre recurso, reclamación y denuncia estriba en que:

a) En primer lugar, con el recurso se atacan sólo *actos* administrativos,<sup>10</sup> mientras que con la reclamación y la denuncia puede impugnarse tanto actos como hechos u omisiones administrativas;

b) en segundo lugar, con el recurso y la reclamación pueden defenderse derechos subjetivos o intereses legítimos, mientras que con la denuncia pueden defenderse intereses simples;

<sup>8</sup> Entre nosotros, por la llamada “cosa juzgada administrativa.” Ver *supra*, cap. II, nota 20; cap. III, n° 2, nota 1, y n° 4, nota 7. Comparar ALESSI, *op. cit.*, p. 89; comp. sentencia del Consejo de Estado italiano del 14 de abril de 1962, en rev. *Il Consiglio di Stato*, año XIII, n° 4, abril de 1962, p. 750.

<sup>9</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 471; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 74. En el último caso cabe hacer la excepción de que, si la ley permite la elección alternativa de la vía judicial o administrativa, y determina expresamente que la elección de una implica la pérdida de la otra, entonces cuando el recurrente elige la vía administrativa debe entenderse que no habrá recurso judicial contra la decisión administrativa, salvo el recurso extraordinario. Ver Fallos de la Corte Suprema de Justicia, de la Nación, 194: 187; Cám. Fed. Cap., en *JA*, 37: 918.

<sup>10</sup> Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 23; VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 124 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 288; REAL, *op. cit.*, p. 19; HEREDIA, *op. cit.*, p. 263, etc.

c) por último, si bien hay obligación de tramitar y resolver los recursos, no la hay para la denuncia.<sup>11</sup>

### 6. b) *En la práctica argentina*

Sin embargo, esa formulación teórica no se adecúa exactamente al actual estado del derecho y la práctica argentina. Según dijimos, ha imperado en ella, desde hace muchos años, una fuerte tendencia a la simplificación del procedimiento, quitándole un carácter excesivamente formal y desdibujando parcialmente las diferencias conceptuales entre unos y otros medios de defensa de los derechos del administrado.

a) En lo que respecta a la primera caracterización, ella no recibe variante en la práctica administrativa, salvo en lo que respecta al “recurso de queja,” que procede también, no obstante su denominación de “recurso,” contra los *hechos* irregulares cometidos por la administración en la tramitación del procedimiento. En este aspecto creemos acertada la orientación del derecho español, que no lo llaman ya “recurso de queja,” sino simplemente “queja,” asimilándolo con ello a las reclamaciones y excluyéndolo de los recursos. (Sólo en cuanto a la denominación.)<sup>12</sup>

b) En lo referente a qué derechos o intereses cabe proteger mediante las defensas consideradas, se ha operado una modificación: La administración ha reconocido un tipo especial de denuncia, la “denuncia de ilegitimidad,” mediante la cual es posible impugnar actos administrativos que afectan derechos subjetivos o intereses legítimos, p. ej., cuando el término para recurrir ha expirado.<sup>13</sup> Además, existen procedimientos especiales, verbigracia el aduanero, que establecen un tipo especial de denuncia (la denuncia de contrabando) que origina un interés legítimo del denunciante a seguir el procedimiento y eventualmente recibir una participación en la multa que se aplique al contrabandista.

c) En igual sentido, tampoco se mantiene con sus caracteres conceptuales la diferenciación en lo que respecta a la obligación de tramitar y resolver el recurso. En efecto, la obligación de tramitar el recurso se ha hecho extensiva a la reclamación administrativa instituida por la ley 3952, y lo mismo puede decirse de las meras reclamaciones y de la mencionada “denuncia de ilegitimidad.” Y a su vez, la obligación de resolver el recurso se encuentra en el mismo plano que las reclamaciones: Existe sólo para el funcionario, como responsabilidad personal,<sup>14</sup>

<sup>11</sup> ZANOBINI, *op. cit.*, p. 71; FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 242; GUICCIARDI, *op. cit.*, pp. 96 y 97, etc.

<sup>12</sup> Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 20 y 21, nota 3, VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 128 y 183; BOQUERA, “Del recurso de queja a la queja,” en *Rev. de Adm. Pública*, n° 27, Madrid, p. 181 y ss.

<sup>13</sup> Esto ya lo admitía la doctrina (v. p. ej., GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 97), pero lo importante es que entre nosotros se la ha institucionalizado, transformándose en un medio jurídico de defensa del administrado. Ver *infra*, cap. XI.

<sup>14</sup> Ver *infra*, cap. VI, par. II.

pero no, de hecho, para la administración, ya que no hay ningún plazo dentro del cual ellos deban ser resueltos, o cuya expiración produzca la denegación tácita. (Salvo uno de los recursos —el de revocatoria— y una de las reclamaciones —la de la ley 3952.)

### 7. *Gráfico de la distinción en la práctica argentina*

El sistema actual argentino es pues el siguiente:

<i>Característica</i>	<i>Recurso</i>	<i>Reclamación</i>	<i>Denuncia</i>
Para impugnar actos	sí	sí	sí
Para impugnar hechos	no	sí	sí
Defensa de derechos subjetivos	sí	sí	sí
Defensa de intereses legítimos	sí	sí	sí
Defensa del interés simple	no	no	sí
Obligación de tramitarlos	sí	sí	sí
Obligación de resolverlos	sí	sí	no

## II. *Naturaleza jurídica*

### 8. a) *El recurso es un derecho*

Es necesario ahora precisar la naturaleza jurídica del recurso. (En sentido lato: Recurso, reclamación o denuncia.) Al respecto es de hacer notar que existen tres formas distintas de enfocar el problema, todas igualmente válidas, porque se refieren a distintas situaciones.

En un primer sentido se dice que los individuos tienen tales y cuales recursos a su disposición, y en tal caso cabe hablar de remedios o protecciones procesales a disposición del particular, es decir, de *derechos* que el individuo tiene y puede ejercer.<sup>15</sup> En este sentido, pues, el recurso es un derecho de los individuos.

### 9. b) *El recurso es un acto*

En un segundo sentido se habla de recurso refiriéndose al ejercicio efectivo y concreto del derecho a recurrir: O sea, a la presentación de un escrito interponiendo el remedio procesal pertinente. En tal situación cabe entonces hablar de *acto*.

<sup>15</sup> ROYO VILLANOVA, A. y S., *Elementos de derecho administrativo*, Valladolid, t. II, 1955, p. 881.

Así lo señala GONZÁLEZ PÉREZ,<sup>16</sup> aunque este autor critica a ROYO VILLANOVA por conceptuar al recurso como “derecho;” mas es evidente sin embargo, a nuestro parecer, que ambas nociones no son antitéticas, y que todo depende del sentido con que se emplee el término: Por lo que, en diferentes sentidos, es correcto hablar de que el recurso es un derecho (como institución o remedio procesal que se tiene el derecho de ejercitar) o un acto (en cuanto interposición del remedio procesal, ejercicio del derecho precitado.)

Es necesario además destacar que la interposición del recurso no es en absoluto un hecho,<sup>17</sup> ya que, en cuanto manifestación de voluntad de un particular destinada a producir una modificación, etc. de derechos, configura estricta y necesariamente un *acto jurídico*.<sup>18</sup>

A su vez, el acto de interposición del recurso implica un reclamo<sup>19</sup> o una pretensión<sup>20</sup> o solicitud, etc., pero ello no significa que por naturaleza jurídica sea en sí tal cosa: El reclamo o la pretensión son tan sólo *el contenido* del acto de recurrir.<sup>21</sup>

### 10. Comparación entre ambas concepciones

Los dos conceptos —acto, derecho— son empleados en la práctica sin distinciones terminológicas, usándose los en uno u otro sentido según sea el caso; no parece por ahora necesario entrar en mayores precisiones terminológicas, pues el empleo ambivalente del vocablo no parece causar dificultades de comprensión ni claridad en la práctica.

O tal vez quepa decir, en definitiva, que el recurso es *en su esencia* una facultad, un derecho; y *en su dinámica*, un acto de impugnación o de defensa.<sup>22</sup>

### 11. c) *El recurso es un medio de defensa*

Por último, cabe señalar un tercer empleo posible del término, en el sentido de institución del procedimiento, de remedio procesal considerado objetivamente. En tal sentido el recurso es un medio,<sup>23</sup> concretamente, un medio de defensa de los derechos del individuo ante las autoridades públicas.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 21.

<sup>17</sup> Como se sostiene en la obra dirigida por CAPITANT, HENRI, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1961, p. 466, voz “recurso,” y p. 463, voz “reclamación.”

<sup>18</sup> Código Civil, art. 944. Ver DIEZ, *op. cit.*, 2ª ed., p. 95.

<sup>19</sup> Así REDENTI, ENRICO, *Diritto processuale civile*, Milán, 1953, t. II, p. 308.

<sup>20</sup> Así GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, t. I, p. 1043.

<sup>21</sup> Comp. IBÁÑEZ FROCHAM, *op. cit.*, p. 95.

<sup>22</sup> Comp. IBÁÑEZ FROCHAM, *op. cit.*, p. 87, respecto a los recursos jurisdiccionales.

<sup>23</sup> Conf. entre los procesalistas, ALSINA, *op. cit.*, t. IV, Buenos Aires, 1961, p. 184; PODETTI, RAMIRO J., *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, p. 11; CAIAMANDREI, PIERO, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 439; y otros. Entre los administrativistas, SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 471; AMORTH, ANTONIO, voz “Ricorso gerarchico,” en el *Nuovo Digesto Italiano*, t. XI, Turín, 1939, p. 668: “Medio de tutela;” ALESSI, *op. cit.*, p. 91: “Medio de reacción;” FIORINI, BARTOLOMÉ, *Teoría de la justicia administrativa*, Buenos Aires, 1944, pp. 176-178: “Vías de defensa;” HEREDIA, *op. cit.*, p.

### III. Enumeración y clasificación de los recursos

#### 12. Clasificación según sean recursos stricto sensu, reclamaciones o denuncias

Los remedios o recursos del procedimiento administrativo se clasifican en primer lugar en: a) Recursos en sentido estricto (impugnación de actos); b) reclamaciones; c) denuncias.

En ese orden, la enumeración de los remedios administrativos existentes en el orden nacional<sup>24</sup> es la siguiente:

##### A) Recursos:

1° Revocatoria (también llamado “recurso jerárquico menor”);  
 2° jerárquico. También llamado recurso jerárquico “propio,” o “mayor,” para diferenciarlo respectivamente del recurso jerárquico “impropio” y del recurso jerárquico “menor.”

- 3° Jerárquico impropio;
- 4° jerárquico no reglado;
- 5° reconsideración;
- 6° revisión.

##### B) Reclamaciones:

- 1° Reclamación administrativa previa;
- 2° queja;
- 3° mera reclamación.

##### C) Denuncias:

- 1° “Denuncia de ilegitimidad,”
- 2° mera denuncia.

#### 13. Clasificación según la fuente

Clasificando los remedios administrativos mencionados de acuerdo con la fuente de que provienen, podemos distinguir:

##### A) De origen legal expreso:

- 1° Reclamación administrativa previa (leyes 3952 y 11.634.)

##### B) De origen reglamentario:

###### a) Recursos:

- 1° Revocatoria (decrs. 7520/44, 21.680/49, 19.041/51, 2126/61);
- 2° jerárquico (ídem);
- 3° jerárquico impropio (ídem).

251 y ss.; “medios de protección;” BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Procedimiento administrativo municipal*, Buenos Aires, 1946, p. 13.

<sup>24</sup>Nos referimos únicamente a los recursos existentes en el procedimiento general y común: No tomamos en cuenta, pues, los distintos procedimientos y recursos especiales existentes. (Impositivo, aduanero, telefónico, etc.)

## C) De origen analógico e interpretativo:

a) *Recursos*:

1º Recurso jerárquico no reglado;

2º recurso de reconsideración;

3º recurso de revisión. (Aplicación analógica del art. 241 de la ley 50.)

b) *Reclamaciones*:

1º Queja;

2º mera reclamación;

c) *Denuncias*:

1º denuncia de ilegitimidad;

2º mera denuncia.

14. *Clasificación según sean reglados o no*

Por último, clasificándolos según sean reglados o no:

## A) Reglados:

a) *Recursos*:

1º Revocatoria;

2º jerárquico;

3º jerárquico impropio;

4º revisión (por analogía);

b) *reclamaciones*:

1º Previa reclamación administrativa.

## B) No reglados:

a) *Recursos*:

1º Recurso jerárquico no reglado;

2º recurso de reconsideración;

b) *reclamaciones*:

1º Queja;

2º mera reclamación;

c) *denuncias*:

1º Denuncia de ilegitimidad;

2º mera denuncia.

IV. *Requisitos formales y sustanciales*

## A. REQUISITOS FORMALES

15. *Los requisitos formales del Decr. 7520/44*

El problema de los requisitos formales que debe reunir un recurso es sumamente elástico en el procedimiento administrativo. El punto de partida para el análisis

del tema lo ofrece el recurso jerárquico, respecto del cual el decreto 7520/44 exige (art. 2) que “se presentará por escrito ante el Ministerio respectivo, de acuerdo con las siguientes formalidades:

- 1) Nombre y estado civil del recurrente, constitución del domicilio en la Capital Federal y expresión del domicilio real.
- 2) Citas o documentos que acrediten legalmente la identidad del recurrente.
- 3) Determinación del recurso...”

### 16. *Su exigibilidad en la práctica*

Este recurso, que es el único respecto del cual hay normas que exigen recaudos formales determinados, no funciona sin embargo en la práctica con un criterio estricto en el aspecto formal. Y es por supuesto deseable que así sea, por las razones ya consideradas al referirnos al informalismo del procedimiento.

Se ha considerado así en distintos casos, expresa o implícitamente, que la ausencia de la mención del estado civil del recurrente, o mención de su número de documento de identidad, o la falta de algunos de los domicilios requeridos (el real o el legal) no afectaban la validez formal del recurso. La solución es lógica, si se atiende a la ínfima o ninguna importancia de esos requisitos.<sup>25</sup>

Se ha considerado asimismo, según ya vimos, que la falta de calificación del recurso, o su calificación errónea, no afectan tampoco su validez,<sup>26</sup> y que tampoco la afecta el que se haya omitido mencionar, o se haya errado, respecto a ante qué funcionario u organismo se interpone el recurso;<sup>27</sup> que, en definitiva, no es necesario “el cumplimiento estricto de formalidades para manifestar esa voluntad...”<sup>28</sup>

### 17. *Requisitos mínimos exigibles*

Interpretando en su conjunto la doctrina administrativa se puede concluir, a nuestro criterio, en que los recaudos formales exigibles para, un recurso jerárquico y, *a fortiori*, para todos los demás recursos y medios de defensa en el procedimiento administrativo, son:

- 1º) Que el recurso esté por escrito, y desde luego, firmado.
- 2º) Que se indique el nombre, apellido, y domicilio del recurrente.

En ese orden los consideraremos.

<sup>25</sup> Comparar al respecto el criterio de apreciación de las nulidades del acto administrativo, en nuestro *El acto administrativo*, pp. 104 y 105; ampliar *infra*, cap. VII, par. V.

<sup>26</sup> PTN, *Dictámenes*, 59: 156; 60: 112; 67: 95; 73: 86; 83: 72, etc.

<sup>27</sup> *Dictámenes*, 60: 34; 66: 210; 64: 176; 73: 69, etc.

<sup>28</sup> *Dictámenes*, 64: 208; 64: 176, etc.

18. 1º) *El recurso debe ser escrito*

El recurso, en principio, debe ser escrito.<sup>29</sup> Respecto a este requisito no hay en el procedimiento administrativo normas que exijan, como en la justicia, el empleo de tinta de determinado color, ni papel de determinado tipo; ni cabe exigir, en ausencia de norma expresa, formalismo alguno en tal sentido.

Como regla general, pues, es libre la elección de los medios físicos de interposición escrita del recurso, siempre que se respete, a nuestro criterio, un requisito fundamental: El medio elegido debe reunir condiciones elementales de seriedad. Ello deberá apreciarse de acuerdo con las condiciones personales del recurrente, según que ellas (posibilidades materiales e intelectuales) hagan o no plausible y serio el medio empleado.

Con ese criterio básico, mencionaremos rápidamente las principales hipótesis:

*a) Papel.* Cualquier tipo de papel es admisible para la presentación del recurso, e incluso cualquier color de papel; también es admisible el empleo de papel con membrete. No habría, tampoco objeción, en principio, contra el empleo de materiales similares; todo ello sujeto al principio común de que el medio elegido reúna condiciones mínimas de seriedad, de acuerdo con la persona del recurrente.

Así por ejemplo, el empleo de un pedazo roto de papel, o demasiado pequeño (una hoja de agenda de bolsillo); o de un papel de ínfima calidad (p. ej., papel de empaquetar, o el tipo común de papel de diario); o manifiestamente inapropiado para la finalidad que se lo emplea (papel acartonado, papel de calcar, celofán, etc.), sería en principio improcedente, y sólo podría llegar a ser aceptado en caso de que las condiciones personales del recurrente y de la interposición del recurso puedan ofrecer alguna justificación plausible para tal hecho. De no haber tal especial y plausible justificación, tales medios carecerían de seriedad y serían inadmisibles.

*b) Escritura.* El recurso —que desde luego debe ser redactado en idioma nacional— puede presentarse tanto a máquina como manuscrito. El color de la cinta de máquina, o de la tinta, puede ser cualquiera; en cuanto a la escritura a mano, puede emplearse también cualquier medio plausible de escritura: Lapicera, bolígrafo, lápiz incluso. El empleo de otros materiales de escritura (carbonilla, etc.) haría ya perder seriedad al escrito, y entendemos que salvo casos excepcionales en que las circunstancias lo justifiquen (guerra, catástrofe, etc.) el recurso sería improcedente. Cabe aquí reproducir las consideraciones hechas respecto al papel.

<sup>29</sup> Conf. BIELSA, *El recurso jerárquico*, p. 114; GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación...*, p. 293; doctrina uniforme.

Sin embargo, en ciertas hipótesis excepcionales (p. ej., absoluta imposibilidad material) se podría admitir un recurso verbal interpuesto personalmente (así VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 128, *nota*; HELLBLING, *op. cit.*, p. 384; ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 223); en tales casos quedaría bajo la responsabilidad administrativa registrarlo en forma adecuada, en el mismo acto si es posible, o de lo contrario posteriormente.

### 19. También puede ser presentado por telegrama

Las consideraciones precedentes son aplicables a los medios de presentación escrita del recurso, pero cabe señalar que ellos no son los únicos admisibles.

En efecto, además de las dos posibilidades corrientes:

a) Presentación personal de un escrito en la mesa de entradas u oficina o funcionario equivalente;

b) envío del escrito por carta (simple, certificada, etc.); cabe agregar una tercera;

c) envío de telegrama. (Simple o colacionado, indistintamente.)

Esta última posibilidad ha sido expresamente admitida en la práctica administrativa argentina,<sup>30</sup> y en esa hipótesis, obviamente, no son de aplicación los requisitos mencionados. Por extensión, creemos también admisible el cablegrama y formas similares que el progreso científico pueda originar, siempre que haya *certeza* en cuanto a la identidad del recurrente: Por ello, si bien dijimos que en hipótesis excepcionales podía admitirse un recurso verbal, pero personal, es evidente que no es admisible un recurso interpuesto *telefónicamente*.<sup>31</sup>

#### 20. 2º) *El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente*

En lo que hace a los requisitos de nombre y domicilio, su exigencia es lógica, al efecto de identificar debidamente al recurrente. Pero cabe tener presente que su finalidad única es esa, identificar al recurrente a los efectos del recurso, por lo que si existen defectos formales en su enunciación, ellos afectarán al recurso sólo en la medida en que impidan dicha identificación. Así entonces, si el domicilio del recurrente no ha sido especificado, pero la administración lo tiene en sus registros por alguna circunstancias relacionada con la cuestión que motiva el recurso, mal puede esa omisión afectar al recurso, ya que la administración puede fácilmente suplir esa deficiencia. Así ocurre en el caso de los funcionarios públicos, que recurran con motivo de su función; de los contratistas y proveedores del Estado, que figuran en registros especiales, por cualquier cuestión referente a sus contrataciones con el Estado; de los usuarios de ciertos servicios públicos, que están ya registrados y fichados por las respectivas administraciones (gas, electricidad, teléfono, etc.), por todo lo referente a tales servicios, etc.

<sup>30</sup> *Dictámenes*, cit., 68: 257; en igual sentido, ley austríaca, art. 63, inc. 5º; HELBLING, *op. cit.*, p. 367 y ss.; ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 222.

<sup>31</sup> Conf. HELBLING, *op. cit.*, p. 384; FORSTHOFT, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 707. Estos autores hacen excepción, a su vez, en el caso de telegrama encargado al telégrafo por teléfono: Ver FORSTHOFF, *op. loc. cit.*

## B. REQUISITOS SUSTANCIALES

### 21. *La clara manifestación de voluntad*

En cuanto a los requisitos sustanciales, de acuerdo a una reiterada doctrina y práctica administrativa, ellos se reducen a que exista una *clara manifestación de voluntad* del interesado *de obtener un nuevo pronunciamiento* de la administración<sup>32</sup> (en el caso de que se impugne un acto administrativo preexistente), o una expresión concreta de lo que se solicita, no habiendo impugnación de acto.

La manifestación de voluntad, desde luego, debe ser expresa o razonablemente implícita. Creemos inadmisibles sostener que “No es necesario que el recurso sea planteado por el administrado. La administración activa, por sí misma, puede, de oficio darlo por planteado y modificar las resoluciones de sus organismos dependientes,”<sup>33</sup> ello implica confundir *control de oficio* con *recurso*: En la hipótesis que se señala hay control de oficio, pero no recurso administrativo.

### 22. *Fundamentación del recurso*

No se requiere que el recurso esté fundado en derecho, ni tampoco que tenga una fundamentación de hecho, siempre que esa ausencia de explicitación de los hechos no atente contra la claridad de la pretensión. Así, por ejemplo, un escrito pidiendo el pago del sueldo o la jubilación parecería no requerir aclaración alguna, ya que está implícito que se trata del sueldo o la jubilación del recurrente y que le sea adeudado; en cambio, un reclamo por daños y perjuicios producidos por un accidente, exige desde luego precisar de qué accidente se trata.

En consecuencia, lo único exigible es la claridad y concreción de la petición efectuada.

## C. OMISIÓN DE REQUISITOS FORMALES O SUSTANCIALES

### 23. *Criterio a seguir*

La omisión de cumplir con alguno de los requisitos formales o sustanciales indicados no implica que deba rechazarse de plano el recurso.

A nuestro juicio, siempre que surja en forma clara la voluntad de recurrir o reclamar, debe considerarse interrumpido el término, e intimar al recurrente a suplir los defectos encontrados. De igual manera, si la oscuridad del escrito ofrece dudas respecto a qué es lo que reclama o recurre el interesado (pero no hay controversia acerca de que su voluntad es reclamar o recurrir), la solución

<sup>32</sup> *Dictámenes*, op. cit., 39: 115; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 68: 22; 70: 210; etc. Mas señala con acierto FORSTHOFF: “Pero no podrá exigir una claridad absoluta, sin lugar a duda alguna, en la expresión de voluntad del autor, sin situar en una condición de inferioridad sensible a ciudadanos que no escriban con soltura o que no estén acostumbrados al trato con las autoridades. Tiene que bastar, pues, que el recurrente exprese que no está conforme con el acto administrativo y que insiste en su derecho.” (*Op. cit.*, p. 708.)

<sup>33</sup> ANDREOZZI, op. cit., p. 153.

pertinente no es que la administración pueda dar cualquier interpretación al escrito, sino que debe también pedir al recurrente una aclaración de su voluntad.<sup>34</sup>

Otro criterio, más riguroso que el de considerar interrumpido el término, es el de intimar al peticionante a subsanar el defecto en un término perentorio, bajo apercibimiento de darle por decaído el derecho;<sup>35</sup> pero no lo creemos aconsejable<sup>36</sup> ni admisible en ausencia de norma expresa.

#### 24. *La complementación de un recurso con otro*

Como caso peculiar puede recordarse que se ha considerado que si un escrito no llena por sí mismo los requisitos de un recurso jerárquico válido, pero sus deficiencias pueden ser salvadas apreciando como complemento de éste a otro escrito que tampoco independientemente fuera válido, puede no obstante considerarse al conjunto de los dos como un recurso formalmente válido: “Aunque la solicitud de fs... no llena los requisitos de un recurso jerárquico independiente, ni tampoco la de fs... representa un recurso jerárquico válido, ambas en conjunto forman un sólo cuerpo de recurso conforme a los requisitos legales. Procede, por lo tanto, entrar al examen del fondo de la causa.”<sup>37</sup>

### V. *Efectos de la interposición del recurso*

#### 25. *Interrumpe el término*

El primer efecto de la interposición del recurso es, obviamente, la interrupción del término.<sup>38</sup> Ello significa que no obstante los defectos que el recurso tenga, ellos pueden ser salvados con posterioridad, y que no afectan la posibilidad de continuar la controversia administrativa. De igual modo puede posteriormente ampliarse la fundamentación de hecho o de derecho del recurso.<sup>39</sup>

#### 26. *No suspende la ejecución del acto*

Se ha interpretado que es característico de los recursos administrativos que por sí solos ellos no tienen en ningún caso la virtualidad de suspender *ipso jure* la ejecución del acto impugnado.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Conf. ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 224.

<sup>35</sup> ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 223.

<sup>36</sup> Ver *infra*, cap. XII, comentario al *Proyecto Fiorini*, art. 30.

<sup>37</sup> *Dictámenes*, *op. cit.*, 56: 69: 73; 70: 210.

<sup>38</sup> Ampliar *infra*, cap. VII, pr. IV.

<sup>39</sup> Ampliar *infra*, en este mismo capítulo, n° 35.

<sup>40</sup> Este es un principio tomado del derecho comparado, pero existe generalmente en virtud de disposición legal expresa. Así en Italia, ley sobre el Consejo del Estado, art. 9, t. o. 1924, cit. por NAI, *op. cit.*, pp. 12 y 23; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 72; en España, ley de procedimiento administrativo, art. 116; ver GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 111 y ss.; GARRIDO FALLA, *op. ult. eit.*, pp. 309 y 310; VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 130. Entre nosotros lo admiten *con restricciones*, BIELSA, *op. cit.*, pp. 122 y 123; FIORINI, *op. cit.*, p. 47 y ss.; lo niega LINARES, artículo en *LL*, 85: 906, cuya tesis comentamos más

“La justicia de esta solución salta a la vista si se tiene en cuenta el carácter ejecutorio del acto administrativo. Por ello, la suspensión del acto impugnado, en principio, no procede.” “Las excepciones deben estar constituidas: a) Por expresa disposición legal en contrario; b) por resolución suspensiva, dictada por la autoridad administrativa competente.”<sup>41</sup>

Así pues, la presentación del recurso no suspende la ejecución del acto, pero la administración puede de oficio o a petición de parte suspender momentáneamente esa ejecución cuando lo considera oportuno;<sup>42</sup> es competente para decretar la suspensión tanto la autoridad superior que deberá decidir el recurso como la misma autoridad de que emanó el acto recurrido.

### 27. *Excepciones a este principio*

“En general, la suspensión de un acto administrativo recurrido mediante el recurso jerárquico, se rige por los principios comunes aplicables a la suspensión de actos administrativos, siendo oportuno recordar que, como criterio general, la doctrina auspicia la suspensión del acto administrativo cuando, de su ejecución o cumplimiento, los perjuicios que se derivarían serían mayores que los beneficios y, sobre todo, cuando la suspensión del acto no cause lesión al interés público.”<sup>43</sup> “Así, parece oportuno señalar que elementales razones de prudencia hacen aconsejable no llevar adelante la contratación cuestionada en su legitimidad y conveniencia, por el eventual daño irreparable que podría ocasionar la ejecución del acto recurrido.”<sup>44</sup> O como señala VILLAR Y ROMERO: “...en los casos en que esta ejecutoriedad puede presentar perjuicio irreparable para la persona o entidad recurrente, *de tal modo que si prospera el recurso haría ineficaz la nueva decisión obtenida*, se puede suspender la indicada ejecución.”<sup>45</sup>

### 28. *Crítica*

Este criterio administrativo que admite sin más, y por puras razones teóricas, sin sustento alguno de derecho positivo, la no suspensión del acto administrativo impugnado por recurso, es errado.

JUAN FRANCISCO LINARES<sup>46</sup> ha demostrado, a nuestro juicio convincentemente, ese error de la concepción tradicional y hasta ahora vigente en la práctica. Señala LINARES que la doctrina del efecto no suspensivo del recurso es fundamentada por

abajo. Lo ha aceptado sin restricciones la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 58: 59; 65: 40; 70: 282; etc. Lo niegan parcialmente algunos fallos: Así CNCiv., Sala D, en *LL*, 108: 117.

<sup>41</sup> *Dictámenes*, 58: 59 y 62.

<sup>42</sup> Así ZANOBINI, *op. cit.*, p. 72.

<sup>43</sup> *Dictámenes*, 85: 98. En igual sentido, FIORINI, *op. cit.*, p. 48.

<sup>44</sup> *Dictámenes*, 85: 98.

<sup>45</sup> VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 130. El subrayado es nuestro.

<sup>46</sup> LINARES, J. F., “Efectos suspensivos de los recursos ante la administración,” en *LL*, 85: 906 y ss.

quienes la exponen en dos criterios: 1º) Que el acto administrativo es ejecutorio; 2º) que tiene presunción de legitimidad.

Pero ni estos criterios están a su vez suficientemente fundados ni aclarados,<sup>47</sup> ni es correcto sacar de ellos las consecuencias apuntadas.<sup>48</sup>

### 29. *Continuación. La ejecutoriedad del acto como supuesto fundamento del principio*

En lo que a la ejecutoriedad respecta, es obvio que no puede hoy en día afirmarse apodícticamente que “el acto administrativo es ejecutorio.” Es necesario distinguir entre “ejecutividad” y “ejecutoriedad” del acto administrativo;<sup>49</sup> la primera

<sup>47</sup> Como afirma LINARES, “Se invocan frecuentemente esos principios con un rigorismo e inflexibilidad tales que ni los mismos textos legales tienen, sin advertir que esas valoraciones de «poder» conjugan en cada caso con otras de seguridad, de orden y de justicia, en favor de los administrados, que las compensan y morigeran, según las circunstancias del caso. Tales principios deben así analizarse y comprenderse en cada caso y no imponerse como intocable «tabú» ante el cual el arbitrio del órgano que controla el acto administrativo debe abandonar todo intento de encontrar una decisión justa.” “No es erróneo afirmar que quienes invocan la calidad de *ejecutoriedad* del acto administrativo, para sostener que por principio debe ejecutarse pese a ser recurrido, *dan por demostrado lo que debe precisamente demostrarse, que el acto administrativo es ejecutorio sin distinciones.*” LINARES, *op. cit.*, p. 908; el último subrayado es nuestro.

<sup>48</sup> Algo parecido ha ocurrido también en materia de nulidades de los actos administrativos, en que nuestra Corte Suprema ha resuelto que el acto administrativo, *en virtud de su presunción de legitimidad*, se reputa válido aunque tenga un vicio manifiesto, con lo cual se afirma en definitiva que un acto administrativo no puede nunca, *por su naturaleza* (?), tener vicios manifiestos. 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. Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 98, nota 33. Igual vicio de razonamiento se comete en materia de “poder de policía”, según lo indicamos en nuestros *Estudios de derecho administrativo*, cap. I, pp. 9 y ss., 23 y ss., 27 y ss.

<sup>49</sup> La doctrina italiana distingue ejecutoriedad “propia” e “impropia.” En el primer caso se trataría de que la administración posee los medios jurídicos necesarios para hacer ejecutar el acto por sí misma, por la fuerza, y en el segundo de que debe recurrir a la justicia para ello. (En igual sentido, entre nosotros, DIEZ, *op. cit.*, 2º cd., pp. 269-271.)

Sin embargo, si se advierte que en el derecho positivo rige el principio de que la administración puede ejecutar coercitivamente su acto *sólo cuando el orden jurídico la autoriza expresamente* (a) (comp., menos terminante, SAYACUÉS LASO, *op. cit.*, pp. 494-496), pareciera entonces erróneo decir que la ejecución coactiva es “propia” cuando la hace la administración, e “impropia” cuando la hacen los jueces: Por ello, a nuestro juicio, la ejecutoriedad “propia,” esto es, de principio, es la que tienen y disponen los jueces; la “impropia,” esto es, de excepción, es la que en los casos expresamente establecidos por la ley puede corresponder a la administración.

En este sentido, en contraposición ideológica a la doctrina italiana (y no, en nuestro sentir, *inspirándose* en ella, como sostiene GARRIDO FALLA, *Tratado, op. cit.*, t. I, p. 481, nota 18 *in fine*), surge la distinción entre *ejecutividad* y *ejecutoriedad* con el concepto que explicamos en el texto. Ver RODRÍGUEZ MORO, *La ejecutividad del acto administrativo*, Madrid, 1949, pp. 32 y 33; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, “Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos,” en *Rev. Crítica de Der. Inmobiliario*, septiembre, 1954, p. 710, citado por GARRIDO FALLA, *op. loc. cit.*; ALVAREZ GENDÍN, SABINO, *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960, p. 65 y nota; SAYACUÉS LASO, *op. cit.*, pp. 490-496; LINARES, *op. cit.*, p. 908. En contra, recientemente, GARRIDO FALLA, *op. loc. cit.*, pp. 480-482.

(a) El fundamento lógico-jurídico de este precepto lo exponemos parcialmente, con referencia al “poder de policía,” en nuestros *Estudios de derecho administrativo*, cap. I, “La crisis de la noción de poder de policía”, pp. 9 y ss., 23 y ss.

existirá siempre, significando tan sólo que por su condición de acto estatal en principio debe cumplirse; la segunda existirá toda vez que la administración tenga otorgadas por el orden jurídico facultades de coerción para hacer cumplimentar aquella ejecutividad por la fuerza y por sí misma. Así entonces una declaración impositiva de que un habitante debe una determinada suma de dinero al fisco, es ejecutiva, pues debe cumplirse; pero no es ejecutoria, pues la administración no puede ella misma vender los bienes del individuo para cobrar la deuda; deberá pues recurrir a la justicia para que dicha ejecución se efectúe.

En cambio, una decisión del inspector municipal de tránsito, en el sentido de que un coche está mal estacionado en la vía pública, es ejecutiva y ejecutoria, en cuanto debe cumplirse y la administración está facultada a proceder por sí misma a la ejecución forzada del objeto del acto, removiendo el vehículo sin esperar la orden judicial: Pero esto sólo ocurre en los casos en que el orden jurídico expresamente lo autoriza; el principio es pues que los actos administrativos son ejecutivos, y que serán ejecutorios en aquellos casos en que la ley expresamente lo disponga, previendo los medios coactivos de que la administración puede usar y los alcances con que deben ser ejercidos.

### 30. *Conclusión sobre tal fundamento*

Ello significa que “...el principio de la ejecutoriedad administrativa del acto administrativo no es de la esencia del acto administrativo y es meramente inductivo y contingente. Vale en tanto el derecho positivo de cada país lo autoriza y con la extensión y medida con que lo consagra;” “...la ejecutoriedad administrativa del acto administrativo es una razón suficiente para que a veces no deba suspenderse en sus efectos, por la urgencia con que debe protegerse intereses de la colectividad en juego. Pero no una razón suficiente para que en caso de silencio de la ley<sup>50</sup> los recursos administrativos no tengan efecto suspensivo.”<sup>51</sup>

### 31. *Continuación: La presunción de legitimidad del acto como fundamento del principio*

En lo que respecta a la presunción de legitimidad, es también obvio el exceso de pretender fundar en ella el carácter no suspensivo del recurso. Como afirma LINARES: “La presunción de legitimidad no puede ser tampoco fundamento de la falta de efectos suspensivos. Toda norma jurídica, estatal o no, privada o pública, tiene presunción de legitimidad... Con mayor razón las sentencias judiciales. Sin embargo, a nadie se le ocurre pensar que una sentencia judicial apelada es susceptible respecto a sus efectos, porque carece de presunción de legitimidad.”<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Que es precisamente la situación en el procedimiento administrativo, donde nada se dice sobre el punto, en materia de recursos.

<sup>51</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 909.

<sup>52</sup> LINARES, *op. loc. cit.*

### 32. *La analogía jurídica como solución del problema*

Demostrada así la insuficiencia de fundamentos de la tesis criticada, es necesario fundamentar la aplicación del criterio opuesto.

Tratándose de un *caso no previsto* en el sentido del Código Civil,<sup>53</sup> es necesario recurrir a los principios de leyes análogas, teniendo fundamentalmente en cuenta, para determinar la conclusión final, el aspecto valorativo de la justicia de la solución que se adopte.<sup>54</sup> Y concluye LINARES: “En nuestro país, el silencio de la ley respecto a los efectos del recurso administrativo debe, pues, cubrirse en la forma que autoriza el art. 16 del Cód. Civil, de modo tal que mejor contemple la defensa de la libertad individual, en sentido lato, sin perjuicio de los intereses colectivos. Esa forma es la que expresamente prevé el reglamento sobre procedimientos administrativos de la Prov. de Córdoba y el de la Capital Federal. Vale decir, en el sentido de que el recurso *suspende* los efectos del acto impugnado, salvo que el superior jerárquico ante quien se recurre, o el autor del acto —si se dedujo un recurso de reposición o de reconsideración— dispongan la ejecución fundadamente.”<sup>55</sup> También cabe recordar como base para la analogía, las disposiciones sobre procedimiento administrativo en materia impositiva, en el orden nacional, en que el recurso *suspende la decisión impugnada*,<sup>56</sup> corresponde asimismo citar como fuente para la interpretación analógica el decreto 22.409/49, del 12 de setiembre de 1949, que prevé en materia de tierras fiscales un recurso de reconsideración previo al jerárquico, *que tiene efectos suspensivos del acto impugnado*: “El recurso de reconsideración deberá ser fundado y *tendrá efecto suspensivos*, salvo cuando expresamente se disponga la ejecución del acto recurrido por motivos de interés público o en recaudo de los derechos del Estado.” (Art. 1º, 2º párrafo.)

### 33. *Conclusión: Inversión del principio del efecto no suspensivo*

Por todo ello concluimos entonces, con LINARES, en que la interposición de un recurso administrativo suspende los efectos del acto impugnado,<sup>57</sup> *salvo resolución expresa en sentido contrario de una autoridad administrativa competente* (que

<sup>53</sup> Ver LINARES, *op. cit.*, p. 907, y también su artículo “El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica,” en *LL*, 24: 178, sec. doc.

<sup>54</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 910. En otra formulación, es el tercer y necesario elemento de la “teoría tridimensional del mundo jurídico.” Ver al respecto GOLDSCHMIDT, WERNER, “Programa de la ciencia jurídica como ciencia socio-dike-normológica,” en *Anuario del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*, t. I, La Plata, 1962, p. 55 y ss.; su *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1962, p. 93 y ss., y también “La teoría tridimensional del mundo jurídico,” *El Derecho*, 11/XII/62.

<sup>55</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 911.

<sup>56</sup> Ley 11.683, t. o. 1960, art. 135; FONROUGE y BELLO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>57</sup> Conf. FLEINER, *op. cit.*, p. 147; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 709: “En principio, la ejecución del acto administrativo se detiene al interponerse el recurso (efecto suspensivo.) Pero no obstante, las leyes reservan en general a la autoridad que dictó el acto la posibilidad de ordenar o exigir su ejecución, siempre que a la demora se opongan razones predominantes de interés público.”

puede serlo a nuestro juicio tanto la misma autoridad que dictó el acto impugnado como el superior jerárquico, sin importar la naturaleza del recurso irterpues-to.) Dicha resolución expresa *deberá ser para cada caso concreto, y fundada y razonablemente justificada*.

*De este modo se invierte el principio tradicional: Antes se decía que el recurso en principio no suspende la ejecución del acto, pero que por decisión fundada la administración podía suspenderlo; ahora se propone el criterio de que el recurso en principio suspende la ejecución del acto, pero que la administración por decisión fundada puede no obstante ejecutarlo.* Como se advierte, en nada se disminuyen las facultades de la administración para ejecutar de todos modos su acto; pero se evita en cambio un irrazonable agravio a los derechos de los individuos; la solución propugnada, que es también la del derecho alemán,<sup>58</sup> armoniza más acabadamente los intereses públicos con los derechos de los individuos.

Desde luego, condición necesaria de la aplicación de la regla que ahora se expone, es que el recurso administrativo de que se trata sea formalmente procedente; y así entonces, si se impugna una decisión del Poder Ejecutivo sin haberse dado los supuestos excepcionales de revisión que justifican el recurso,<sup>59</sup> tal recurso improcedente no suspende la ejecución del acto;<sup>60</sup> del mismo modo, la reiteración de un recurso ya resuelto tampoco puede suspender la ejecución del acto.<sup>61</sup> Por ejemplo, el pedido de reconsideración de una medida ya reconciderada.

#### 34. Consideraciones prácticas sobre el efecto no suspensivo del recurso

A las razones indicadas, que señalan la carencia de fundamentos de la doctrina del efecto no suspensivo de los recursos administrativos, cabe además añadir argumentos de tipo práctico.

En la práctica administrativa actual, en que la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto, la administración se ve enfrentada con un difícil problema de responsabilidad en el caso de las contrataciones impugnadas: Si adjudicada una licitación a uno de los oferentes, se interpone recurso contra ella por otro de los licitantes, resulta que “dado que el recurso no suspende la ejecutoriedad del acto,” el contrato con quien ganó la licitación *queda perfeccionado con la notificación* y, por dicha ejecutoriedad, debe empezar a cumplirse.

Ahora bien, si estando en comienzo de ejecución el contrato se resuelve favorablemente el recurso, y se llega a la conclusión de que no debió haberse adjudicado a quien ganó, resultará que ya no puede tan fácilmente volverse las cosas a su estado anterior, pues, al existir un contrato perfeccionado y en principio de ejecución, la administración puede incurrir en responsabilidades pecuniarias por su violación.

<sup>58</sup> Ver FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 709.

<sup>59</sup> Ver *infra*, cap. X.

<sup>60</sup> Conf. LINARES, *op. cit.*, p. 911, por distintos fundamentos.

<sup>61</sup> Conf. LINARES, *op. loc. cit.*, por distintos fundamentos.

A la inversa, si se decide —aplicando la doctrina actualmente imperante— por dictar un acto expreso suspendiendo la “ejecutoriedad” de la adjudicación, resultará que dicho acto también puede hacer incurrir en responsabilidad a la administración frente al ganador de la licitación. En efecto, al perfeccionarse el contrato con la notificación de la decisión originaria,<sup>62</sup> la suspensión de ésta por voluntad administrativa implica apartarse unilateralmente del contrato y daría al adjudicatario derecho a pedir la rescisión por culpa de la administración.

Este problema, que se presenta bastante frecuentemente, tiene una solución razonable y práctica: Admitir el efecto suspensivo *ipso jure* de los recursos administrativos,<sup>63</sup> con lo cual la impugnación de la adjudicación permite a la administración, si está segura de haber actuado bien, dictar un acto expreso manteniendo la ejecución del acto, y seguir adelante con el contrato; y si no está segura, dejar implícitamente suspendido el acto hasta tanto se resuelva el recurso en uno u otro sentido. En este último caso, no habría responsabilidad frente al ganador originario de la licitación, pues el acto habría estado suspendido de pleno derecho, sin culpa de la administración: En tal caso, si hubiera lugar a la rescisión del contrato, ella sería sin culpa de ninguna de las partes, y la administración no incurriría en responsabilidad alguna.

### 35. *Otros efectos de la interposición del recurso: No implica trabar la litis en forma inmutable*

Retomando ahora el análisis de los efectos que produce la interposición de un recurso administrativo, tócanos expresar que en el procedimiento administrativo no se aplica el principio procesal que impide a las partes modificar los términos de una contienda una vez trabada la *litiscontestatio*; por ello, con posterioridad a la presentación del recurso puede ampliarse la petición efectuada. Ello se encuentra reconocido más o menos expresamente en el art. 8º del decreto 7520/44, donde se determina que luego de sustanciado el recurso y antes de decidir, se da vista de lo actuado al recurrente y a la autoridad administrativa interesada para que presenten memorial y “aduzcan nuevos motivos,” lo que puede ser entendido en el sentido de que pueden aducirse, no sólo nuevas razones en sustento del recurso, sino también nuevos y distintos motivos o puntos de reclamación.<sup>64</sup> Ello se explica por el carácter objetivo de estos recursos, que persiguen la defensa de la legalidad de la marcha administrativa<sup>65</sup> y también por la vigencia en el procedimiento administrativo del principio de la instrucción de oficio y de la verdad material,

<sup>62</sup> Esta es la solución de principio (ver, SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 566), aunque entre nosotros, con particular referencia al contrato de obra pública, podría construirse una interpretación distinta. (Ver arts. 20-24 de la ley 13.064.)

<sup>63</sup> Dejando siempre reservada a la administración la posibilidad de ejecutar no obstante el acto, previa decisión expresa y razonablemente fundada.

<sup>64</sup> Conf. BIELSA, *op. cit.*, pp. 130 y 131; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; PEARSON, *op. cit.*, p. 30.

<sup>65</sup> HEREDIA, *op. cit.*, p. 254; *supra*, cap. II, nº 1 y 2.

de acuerdo con los cuales la administración no está ligada exclusivamente a los hechos aducidos por las partes, sino que debe investigar independientemente la verdad real de la situación en que debe decidir.<sup>66</sup> También contribuye a fundar esta solución el hecho de que la ampliación del recurso no hace sino suscitar el poder general que tiene el superior para controlar la legitimidad de los actos impugnados,<sup>67</sup> y que la administración pueda de todos modos decidir puntos no propuestos por las partes,<sup>68</sup> todo lo cual indica que la alteración de los términos originales en que se planteara el recurso no atenta contra los principios básicos del procedimiento administrativo sino que por el contrario los complementa.

### 36. *No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado*

Si bien el punto a considerar ahora no es resuelto uniformemente por la doctrina, la orientación administrativa argentina se ha inclinado por considerar que "... interpuesto un recurso jerárquico y mientras se halla pendiente de decisión, él no suspende, restringe ni limita, las atribuciones ordinarias del órgano que ha emanado el acto administrativo impugnado, para revocarlo o reformarlo de la misma manera que podría hacerlo con relación a un acto administrativo no recurrido."<sup>69</sup>

### 37. *Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso*

*Recursos improcedentes.* Cuando en un mismo escrito se plantea más de un recurso, se ha interpretado que debe tomarse en cuenta sólo el que resulte ser el principal procedente, dejando de lado los improcedentes, y aclarándose que el interponer recursos innecesarios, previa o conjuntamente con el principal y procedente, no afecta el normal ejercicio de éste.<sup>70</sup>

*Recursos en subsidio.* Además, en la práctica argentina se ha rechazado hasta ahora la posibilidad de interponer un recurso —por ejemplo, el jerárquico— en subsidio de otro y para el caso de que lo denieguen. La interpretación se ha basado en que no habría un interés actual para recurrir.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Ver *supra*, cap. II, n° 7 y 8.

<sup>67</sup> FLEINER, *op. cit.*, p. 147

<sup>68</sup> Ver *infra*, cap. VI.

<sup>69</sup> En esta solución, *Dictámenes*, *op. cit.*, 36: 317; 53: 275, y otros.

<sup>70</sup> *Dictámenes*, 71: 89; solución uniforme.

<sup>71</sup> Para una crítica del punto, ver *supra*, cap. IV, n° 31. Esta doctrina administrativa puede estar destinada a desaparecer, si se afirma la orientación que marca el reciente dictamen que comentamos *supra*, cap. IV, n° 33 *in fine*.

## CAPÍTULO VI

### EL ADMINISTRADOR

#### SUMARIO

I. <i>Facultades del administrador</i> .....	PRA-VI-1
A. Respecto al procedimiento .....	PRA-VI-1
1. 1º) Resoluciones de trámite .....	PRA-VI-1
2. 2º) Decisión acerca de la procedencia formal de los recursos ..	PRA-VI-1
3. La admisión formal del recurso se hace al decidir sobre el fondo .....	PRA-VI-2
4. 3º) Elevación al superior de los recursos y denuncias.....	PRA-VI-2
5. 4º) La impulsión e instrucción de oficio .....	PRA-VI-3
6. 5º) Perención de instancia .....	PRA-VI-3
B. Respecto al fondo de los recursos .....	PRA-VI-3
7. 1º) Revocación de su propio acto, impugnado jerárquica- mente.....	PRA-VI-3
8. Continuación: Límites a la facultad de revocar.....	PRA-VI-4
9. 2º) Revocación de los actos de los inferiores, impugnados jerárquicamente.....	PRA-VI-4
10. 3º) Revocación del acto propio, confirmado o modificado por el superior.....	PRA-VI-5
11. 4º) Reiteración del propio acto, revocado por el superior.....	PRA-VI-6
12. 5º) Decisión del recurso .....	PRA-VI-6
II. <i>Deberes del administrador</i> .....	PRA-VI-6
13. 1º) Facilitar la defensa del recurrente .....	PRA-VI-6
14. 2º) Impulsar el trámite de los recursos .....	PRA-VI-7
15. 3º) Decidir expresamente las peticiones .....	PRA-VI-7
16. Continuación: Desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones.....	PRA-VI-8

17. 4º) Caracteres que debe reunir la decisión .....	PRA-VI-8
III. <i>Excusación y recusación</i> .....	PRA-VI-8
A. Excusación.....	PRA-VI-8
18. Admisibilidad .....	PRA-VI-8
19. Caracteres y alcances de la excusación.....	PRA-VI-9
B. Recusación .....	PRA-VI-9
20. Improcedencia .....	PRA-VI-9
21. Crítica .....	PRA-VI-10
22. Conclusión respecto a la procedencia de la recusación .....	PRA-VI-10
23. Causales de recusación. El prejuicio personal.....	PRA-VI-11
24. El caso del Presidente y los Ministros .....	PRA-VI-11
25. Oportunidad de plantear la recusación .....	PRA-VI-12
C. Excusación y recusación de los sumarintes.....	PRA-VI-12
26. Causales.....	PRA-VI-12
27. Caracteres y alcances.....	PRA-VI-13
IV. <i>Responsabilidad del administrador</i> .....	PRA-VI-13
28. Caracteres de responsabilidad civil .....	PRA-VI-13
29. Coordinación de la responsabilidad del funcionario con la del Estado .....	PRA-VI-14

## *Capítulo VI*

### **EL ADMINISTRADOR\***

#### *I. Facultades del administrador*

##### *A) Respecto al procedimiento*

##### *1. 1º) Resoluciones de trámite*

Las facultades de los funcionarios públicos y por ende de los distintos órganos administrativos, en cuanto al procedimiento, no están claramente determinadas.

Como regla general, puede afirmarse que las resoluciones de mero trámite (traslados, vistas, notificaciones) y las que hacen al desenvolvimiento del procedimiento (pedidos de informes; de dictámenes; apertura a prueba, recepción de la prueba) pueden ser dispuestas por funcionarios de menor jerarquía que aquellos a los que corresponda decidir en la instancia respectiva. En la práctica, al menos, ello ocurre así en muchos casos, si bien es bastante común también que el mismo funcionario que en definitiva debe decidir la cuestión de fondo en la instancia de que se trate, sea quien adopte las decisiones de trámite y de procedimiento.

##### *2. 2º) Decisión acerca de la procedencia formal de los recursos*

Si bien los funcionarios inferiores pueden tomar el tipo de decisiones de trámite indicado precedentemente, no están facultados, en cambio, para decidir la procedencia formal de los recursos ante sus superiores.

Hay así una notable diferencia entre las facultades del administrador cuyo acto es impugnado por un particular, y del juez cuya sentencia es apelada por las partes. En efecto, el recurso de apelación se caracteriza porque "...hace falta que sea concedido por el Juez *a quo* o, en su defecto, se deduzca recurso de hecho, para que el tribunal de alzada pueda conocer del mismo. En cambio, el recurso jerár-

\* El presente capítulo fue publicado en la *Revista de Administración Pública* (Buenos Aires), nº 9/10, p. 114 y ss, bajo el título: "El administrador en el procedimiento administrativo. Derechos. Deberes. Excusación. Recusación."

quico se interpone directamente ante la autoridad superior que es la que resuelve o no darle curso y se pronuncia sobre el fondo, careciendo, como consecuencia del vínculo de supremacía jerárquica, la autoridad jerárquicamente subordinada de competencia para limitar las atribuciones del superior, v. gr., denegando el recurso.”<sup>1</sup> Estas consideraciones, hechas con respecto al recurso jerárquico propio e impropio, son sin embargo aplicables a todos los recursos administrativos; en ellos, la procedencia o improcedencia formal debe ser decidida por el mismo funcionario o autoridad a que toca decidir sobre el fondo de la cuestión.

La fijeza de la solución es terminante si se considera que el decreto 7520/44 prevé expresamente varias facultades del Ministro durante el procedimiento,<sup>2</sup> y no obstante esas facultades procedimentales, la decisión acerca de la procedencia formal del recurso debe ser hecha por Decreto del Poder Ejecutivo;<sup>3</sup> y si el Ministro o un inferior decidiera por sí mismo conceder o rechazar la procedencia del recurso, tal decisión sería irrita.<sup>4</sup> Con mayor razón entonces, en los demás recursos reglados o no, el inferior carece de facultades para decidir la procedencia del recurso.

### 3. *La admisión formal del recurso se hace al decidir sobre el fondo*

Por lo demás, es de señalar que no hace falta que el superior dicte primero un acto declarando procedente formalmente el recurso, y luego otro acto para decidir sobre el fondo del asunto; razones de economía procesal aconsejan que ambos puntos sean resueltos en un mismo acto.<sup>5</sup>

### 4. 3º) *Elevación al superior de los recursos y denuncias*

De lo anterior se sigue, entonces, que todo recurso presentado a un funcionario determinado contra un acto suyo o de un inferior, que corresponda decidir a otro funcionario superior a él, no puede ser considerado en su validez procesal por él mismo. Él tiene el deber de elevar el recurso para su ulterior tramitación, o efectuar él mismo su tramitación en caso que así corresponda.

Así entonces, si un Secretario de Estado dicta un acto que es impugnado por recurso jerárquico por el interesado, y el recurso jerárquico es presentado ante la misma Secretaría de Estado autora del acto, la obligación del Secretario de Estado es dar su debido trámite al recurso, aunque él carezca de algunos requisitos formales. Y en sentido general, si “la autoridad superior de un órgano

<sup>1</sup> *Dictámenes*, 37: 140; 64: 208. Doctrina administrativa uniforme.

<sup>2</sup> Por ejemplo, decide el envío de las actuaciones en que se tramitó la resolución recurrida (art.7º); resuelve sobre la apertura a prueba. (Art. 8º.)

<sup>3</sup> Salvo, parcialmente, en lo que se refiere al caso del menor adulto, en que el ministro puede decidir acerca de la admisibilidad del recurso *en cuanto a la falta de autorización paterna*; pero nada más que en ese aspecto.

<sup>4</sup> *Dictámenes*, 69: 105. (Uniforme.)

<sup>5</sup> *Dictámenes*, 75: 14; ver también GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 35.

administrativo... recibe un recurso con otra denominación, pero de cuyos términos fluye sustancia del jerárquico, debe encauzarlo, con los antecedentes respectivos, hacia el Poder Ejecutivo, por la vía ministerial correspondiente.”<sup>6</sup>

Esta doctrina es también aplicable en el caso de las denuncias de ilegitimidad, que se consideran teóricamente dirigidas al Poder Ejecutivo, en su carácter de jefe superior y responsable de toda la administración. En tal circunstancia, se entiende que un funcionario de jerarquía inferior, al no ser responsable por la marcha de toda la administración, no puede en modo alguno desechar por sí la denuncia, sino que está obligado a elevarla a conocimiento del Poder Ejecutivo para que éste adopte en definitiva la decisión que considere oportuna.

#### 5. 4°) *La impulsión e instrucción de oficio*

Todas las facultades señaladas, y las demás razonablemente implícitas (salvo, repetimos, la concesión o denegatoria del recurso mismo) pueden ser ejercidas de oficio.

Ya señalamos al comienzo de este trabajo que en el procedimiento administrativo son principios fundamentales el de la impulsión e instrucción de oficio, además del de la verdad material. En consecuencia, el funcionario a quien toca decidir sobre el trámite del recurso puede y debe adoptar las medidas que sean necesarias para la adecuada impulsión del procedimiento, y para la averiguación de los hechos reales. Debe también, entonces, decidir la apertura a prueba del expediente en los casos en que ello sea oportuno; por iguales razones debe pedir los informes y dictámenes que sean convenientes para la resolución del expediente.

#### 6. 5°) *Perención de instancia*

En virtud del principio de la impulsión del oficio, el administrador carece de facultades para decretar la perención de la instancia.<sup>7</sup>

### B) *Respecto al fondo de los recursos*

#### 7. 1°) *Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente*

Según dijéramos ya al hablar de los efectos de la interposición del recurso, dicha interposición no limita las facultades del inferior para revocar por contrario imperio su propio acto. Ello ha sido fundado, con acierto, en el carácter administrativo y no jurisdiccional de las facultades del órgano que dictó el acto recurrido. Ha dicho la Procuración del Tesoro que “Si la actividad desplegada fuera una *actividad administrativa* y, por ende, su consecuencia, la emanación de *actos administrativos*, la rectificación sería posible, salvo norma expresa en

<sup>6</sup> *Dictámenes*, 66: 235; 70: 159; 71: 89.

<sup>7</sup> *Supra*, cap. II, n° 3 y ss.

contrario, por aplicación del principio doctrinal de la revocabilidad de los actos administrativos.”

“Tan es así que, tratándose de actos administrativos recurridos por vía jerárquica, la doctrina admite que la autoridad de quien los actos emanaron pueda revocarlos o modificarlos, por ejemplo, si hubiese incurrido en error. (RAGNISCO, L., *I ricorsi amministrativi*, 1937, pp. 127-8; ALESSI, R., *Diritto Amministrativo*, Vol. II, p. 101.) Hay quien sostiene, sin embargo, que ‘la interposición del recurso de alzada deja momentáneamente en suspenso la facultad que ésta pudiera tener para modificar o revocar el acto impugnado. (VILLAR y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, 1944, p. 168.)”<sup>8</sup> Es de indicar, por otra parte, que VILLAR y ROMERO sostiene ya en la segunda edición de su obra que “...la interposición del recurso no impide tampoco que la autoridad que ha adoptado la decisión revoque el acto recurrido...”<sup>9</sup>

Así funciona por otra parte en la práctica, y no es muy extraño que un director general cuyo acto es recurrido jerárquicamente revoque por contrario imperio su acto si algún dictamen posterior es contrario a su tesis, sin esperar así el dictado del decreto en tal sentido.

#### 8. *Continuación: Límites a la facultad de revocar*

Dado que tal criterio implica un mayor beneficio para el administrado (pues su derecho es reconocido más rápidamente) y que en definitiva significa una aceleración y economía administrativa, nos parece que es conveniente mantenerlo.

Va de suyo, por supuesto, que tales facultades del inferior para modificar su acto impugnado, existen sólo en tanto y en cuanto hagan lugar a lo petitionado por el interesado: Es obvio que su competencia ha quedado implícitamente suspendida en lo que se refiere a la posibilidad de hacer más gravoso aún el acto impugnado. Sería inexistente, por lo tanto, el acto del inferior jerárquico que pretendiera resolver en cuanto al fondo del recurso, rechazándolo.

En conclusión, puede decirse que las facultades del funcionario que ha dictado un acto que es luego impugnado por el interesado, se limitan a la posibilidad de hacer lugar, total o parcialmente, a lo solicitado por el peticionante; no tiene pues facultados para rechazar lo solicitado ni para de otra forma modificar de manera más gravosa el acto. Por ello las únicas facultades admisibles que tiene respecto de su acto son aquellas cuyo ejercicio derive en beneficio del recurrente.

#### 9. 2º) *Revocación de los actos de los inferiores, impugnados jerárquicamente*

Como corolario de lo anterior, se sigue que un funcionario de jerarquía intermedia entre aquél que dictó el acto impugnado y aquél a quien toque resolverlo en definitiva, tiene también iguales facultades sobre el acto del inferior. Así entonces,

<sup>8</sup> *Dictámenes*, 53: 275, 280; y otros.

<sup>9</sup> VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 130. En el mismo sentido, FLEINER, *op. cit.*, p. 148.

si un acto de un director general es impugnado ante el Poder Ejecutivo mediante recurso jerárquico, el Secretario de Estado o el Ministro, autoridades intermedias en la escala jerárquica, tienen facultades para hacer lugar a lo solicitado por el peticionante, pero no para rechazarlo.

El fundamento de esta solución intermedia reside en que las facultades del funcionario (inferior o intermedio) para revocar el acto se derivan del control de legitimidad que tiene sobre sus propios actos o los de sus inferiores. Este principio se aplica sólo en los casos en que hay relación de jerarquía entre el funcionario intermedio y el autor del acto impugnado; de lo contrario tal control de legitimidad no existe: Así por ejemplo, las decisiones de entidades autárquicas impugnadas por recurso jerárquico impropio ante el Poder Ejecutivo, no pueden ser revocadas por razones de ilegitimidad por un Ministro o Secretario de Estado, pues éstos carecen de supremacía sobre aquéllas.<sup>10</sup>

En definitiva, la posible revocación del acto impugnado por parte de quien no tiene competencia para resolver el recurso pero sí supremacía jerárquica, se funda en dicha jerarquía pero no en el recurso mismo: Formalmente, no implica la decisión del recurso; por eso, no puede rechazar la petición. Rechazar el reclamo implicaría decidir el recurso; en cambio, revocar el acto no lo es necesariamente, ya que puede también suponer el mero control de legitimidad mencionado.

#### 10. 3º) *Revocación del acto propio, confirmado o modificado por el superior*

a) Si el superior resuelve el recurso jerárquico rechazándolo y manteniendo, sin modificar, el acto del inferior, se ha sostenido que el inferior mantiene la facultad de revocar su propio acto no obstante la decisión del superior.<sup>11</sup>

b) En cambio, si el superior sustituye el acto impugnado por otro, o lo modifica, el inferior carece ya de competencia para decidir nuevamente sobre la cuestión.<sup>12</sup>

Ello puede fundarse en que en el primer caso el superior se ha limitado a hacer una revisión o control del acto, pero sin hacerlo suyo; en el segundo caso en cambio el acto ha sido reproducido en una jerarquía superior y por lo tanto es ya un acto procedente de dicha jerarquía, por sobre la competencia del inferior. Pero entendemos que este criterio es aceptable con una limitación terminante: Que el inferior puede revocar o modificar el acto sólo en tanto y en cuanto ello implique hacer lugar a lo peticionado por el administrado. En este sentido, la limitación sería igual a la que existe respecto a la facultad de revocar el propio acto mientras pende la decisión el recurso jerárquico.

<sup>10</sup> *Dictámenes*, 75: 294; y otros.

<sup>11</sup> En sentido similar, ALESSI, *op. cit.*, pp. 92 y 93; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 74; FLEINER, *op. cit.*, p. 148.

<sup>12</sup> FLEINER, *op. cit.*, p. 148.

### 11. 4º) *Reiteración del propio acto, revocado por el superior*

Si el superior hace lugar al recurso, revocando el acto impugnado, el inferior carece ya de facultades para reproducir el acto.<sup>13</sup>

### 12. 5º) *Decisión del recurso*

El funcionario con competencia para decidir el recurso tiene facultades para corregir los fundamentos de derecho dados por las partes, para darles la correcta calificación que técnicamente corresponda a los recursos; y también para decidir cuestiones no propuestas por las partes, pero que surgen del expediente: En este sentido no es aplicable el criterio judicial que prohíbe el decidir *ultra petitem*.<sup>14</sup>

Sin embargo, no puede modificar la parte o aspectos no impugnados del acto, en la medida en que tales aspectos del mismo hayan concedido derechos al recurrente y haya cosa juzgada administrativa,<sup>15</sup> pues tales partes del acto están firmes y son así irrevisibles de oficio y al no cuestionarlos el particular, no pueden tampoco dar lugar a la revisión en base al recurso.

Por lo demás, la decisión del recurso no podría reconocer menos al recurrente que lo que reconocía el acto impugnado, siempre que él estuviera en “cosa juzgada administrativa,” pues las facultades de la administración para volver sobre sus actos sólo existe en la medida en que con ello se beneficie al particular.<sup>16</sup>

## II. *Deberes del administrador*

### 13. 1º) *Facilitar la defensa del recurrente*

Uno de los fundamentales deberes del administrador durante el procedimiento administrativo es el pleno respeto a la garantía de la defensa que le compete a los administrados.

Este respeto no ha de ser sólo negativo, sino también positivo. Se requiere así que el funcionario facilite al particular lo conducente a su adecuada defensa:

a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas; esto es, el funcionario no debe ni puede restringir u obstaculizar el derecho del administrado a tomar vista de las actuaciones, en cualquier estado de éstas, salvo disposición expresa de autoridad competente, y siempre *antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo*.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 93; ZANOBINI, *op. cit.*, p.74.

<sup>14</sup> Ley española, art. 93, inc. 1º; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 92; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 154.

<sup>15</sup> Comparar GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 109-10.

<sup>16</sup> Así la Corte Suprema en el caso *Redrado, JA*, 1954-II, 417; nuestra *Introducción, op cit.*, p. 69, nota; comp. *dictum* del mismo tribunal en “G. U., J. S., suc. c: Instituto Nacional de Previsión Social” *ED*, 1962, t. 2, p. 9 y ss.; y la vieja jurisprudencia de *Fallos*, 194: 125 y 254.

<sup>17</sup> Ver *Supra*, cap. II, nº 15 y ss.

b) La presentación de escritos alegando sobre sus derechos, en cualquier etapa del procedimiento: Sea antes de iniciarse el procedimiento, o durante el mismo, en ocasión de dictámenes, informes, etc., o luego de su decisión. Es de recordar particularmente que el funcionario no puede bajo ninguna circunstancia dificultar al administrado el ejercicio de ciertos derechos que requieren una manifestación expresa de voluntad: Por ejemplo, el efectuar la reserva de intereses que prescribe el art. 624 del Código Civil, en el mismo certificado por que se le paga; o el efectuar reservas de cualquier otro tipo en los certificados, recibos o “conformes” que se le solicite firmar: Así, al recibir un vehículo que fuera retirado por mal estacionamiento, no puede limitársele al propietario el derecho a efectuar reservas en el recibo mismo, etc.

c) El ofrecimiento de la prueba que considere necesaria, y su producción. El funcionario debe también permitir y facilitar al administrado y el control de la prueba realizada por la administración (pericias, mediciones, etc.), estando éste presente por sí o con técnicos, y haciendo las observaciones y reservas que considere pertinentes; en el caso de testigos, haciendo las repreguntas que fueren necesarias.

#### 14. 2º) *Impulsar el trámite de los recursos*

Otro de los deberes del funcionario, a que nos hemos referido por razones de comodidad al hablar de las facultades procedimentales del administrador, es el de elevar a la superioridad los recursos que ante él se interpongan, incluso cuando adolezcan de fallas formales o él sea incompetente para resolver. (*Supra*, A, 2 y 4.) Y también, desde luego, está obligado a impulsar de oficio el procedimiento.

#### 15. 3º) *Decidir expresamente las peticiones*

En el moderno Estado de derecho es un principio fundamental el de que se decidan expresamente las peticiones (recursos, reclamaciones, simples peticiones) de los administrados;<sup>18</sup> no hace falta mayor fundamento para señalar que esto es también parte de la garantía de la defensa.

La obligación de decidir existe aunque la ley haya previsto el silencio tácito en caso de transcurrir determinados plazos.<sup>19</sup>

Es muy importante destacar que aunque no haya norma que concretamente establezca la obligación del funcionario de decidir, dicha obligación existe y la omisión de cumplirla origina responsabilidad civil del funcionario respecto al administrado por los daños que dicha omisión le ocasione.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, p. 111; REAL, *op. cit.*, p. 37; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 22 y 33; etc.

<sup>19</sup> Ley española, art. 94, inc. 2º; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 22, 33; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 155 y ss.

<sup>20</sup> Ver nuestros *Estudios de derecho administrativo*, pp. 64-6.

### 16. *Continuación: Desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones*

a) *Caso de desistimiento:* La mencionada obligación existe aunque los recursos sean desistidos por el particular; por lo tanto, dicho desistimiento nunca puede excusar la responsabilidad del funcionario que omite investigar y decidir una denuncia, reclamo o recurso con visos de veracidad y que ataque una irregularidad administrativa de mediana importancia.<sup>21</sup>

b) *Archivo:* Como consecuencia de lo anterior, no puede procederse al archivo de las actuaciones referentes a un recurso o petición; sin haberlo resuelto expresamente,<sup>22</sup> y cuando el archivo deba ser decretado por otras causas debe dictarse un acto expreso que habrá de ser notificado al interesado.<sup>23</sup>

### 17. 4º) *Caracteres que debe reunir la decisión*

La decisión administrativa de un recurso, etc., debe reunir los siguientes requisitos:

a) *Decidir todos los puntos propuestos por las partes:* Esto es parte de la garantía de la defensa y se lo ha relacionado, en el derecho argentino, con el principio de la razonabilidad.<sup>24</sup>

b) *Fundarse en los hechos* acreditados, sin desconocer las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos: Esta obligación surge también del deber de razonabilidad, y la hemos explicado en otra parte.<sup>25</sup>

c) *Fundar razonablemente en derecho* la decisión adoptada, sin palmario e indubitable error de derecho.<sup>26</sup>

## III. *Excusación y recusación*

### A) *Excusación*

#### 18. *Admisibilidad*

En el orden administrativo hay normas expresas respecto a la excusación, pero no a la recusación, salvo en casos especiales.

<sup>21</sup> HEREDIA, *op. cit.*, pp. 276; comp. ley española, art. 98, inc. 2º; VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 101-2; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 105.

<sup>22</sup> VIVANCOS, *op. cit.*, p. 136, quien con la ley española hace una excepción en el caso de desistimiento del administrado, pp. 161-2.

<sup>23</sup> VIVANCOS, *op. loc. cit.*

<sup>24</sup> Ampliar en nuestro *El acto administrativo*, p. 136; ver GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 92, y sus referencias. Como dice el art. 93, inc. 1º, de la ley española, "La resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados." En igual sentido el Consejo de Estado italiano: Ver revista *Il Consiglio di Stato* año XIII, n° 6-7, 1962, p. 1271 y sus referencias.

<sup>25</sup> *El acto administrativo, op. loc. cit.*

<sup>26</sup> *El acto administrativo*, p. 138 y ss. donde explicamos las distintas hipótesis de arbitrariedad.

En materia de excusación dice el art. 6° del Estado del Personal Civil de la Administración Nacional:<sup>27</sup> “Sin perjuicio de los deberes que particularmente impongan las leyes, decretos y resoluciones especiales, el personal está obligado:

1) A excusarse de intervenir en todo aquello en que su actuación pueda originar interpretaciones de parcialidad y/o incompatibilidad moral.” Se trata, pues, de un deber del funcionario público.

### 19. Caracteres y alcances de la excusación

A nuestro criterio la excusación del funcionario no opera automáticamente como en el orden judicial, es decir, no implica que el funcionario queda *ipso jure* separado de la función de tramitar el expediente; siempre le corresponde al funcionario superior<sup>28</sup> decidir si las causales de excusación aducidas por el funcionario son exactas, y si encuadran dentro de la norma del artículo 6° del decreto-ley 6666/57;<sup>29</sup> con todo, es de hacer notar que dicha disposición es bastante amplia. La decisión del superior, admitiendo o desechando la excusación es recién la que tiene por virtualidad, en el primer caso, producir la separación del funcionario respecto del procedimiento de que se trata;<sup>30</sup> dicha decisión es susceptible de ser recurrida jerárquicamente por el funcionario mismo o por las partes en el procedimiento.<sup>31</sup>

Se ha sostenido el criterio de que las causales de excusación deben ser interpretadas en forma restrictiva.<sup>32</sup>

### B) Recusación

#### 20. Improcedencia

En ausencia de norma expresa, respecto a la *recusación*, se ha entendido que ella en principio no procede.<sup>33</sup> El fundamento que se ha dado para establecer tal principio es el siguiente: “Si pudiera recusarse al funcionario administrativo como a un juez se interrumpiría a cada momento la *continuidad* de la acción administrativa y se paralizaría la ejecución de un acto por cualquier adversario político o por quien temiera la rectitud y el dinamismo del funcionario; de ese modo podrían crearse cuestiones dilatorias. Por otra parte, admitido el régimen

<sup>27</sup> Es el decreto-ley 6666/57.

<sup>28</sup> Y, en el caso de cuerpos colegiados sin superior jerárquico común, a los demás miembros del cuerpo. Comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1956, 5ª ed., p. 21.

<sup>29</sup> Comp. BIELSA, *op. loc. cit.*

<sup>30</sup> Comp. ley española, art. 20; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 63 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 40 y ss.

<sup>31</sup> En contra, VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

<sup>32</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 21.

<sup>33</sup> BIELSA, *op. cit.*, pp. 20 y 21. PTN, *Dictámenes*, 65: 285: “Sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo prescripto por el art. 6°, inciso 1), del Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional, queda librado a la apreciación de dicho funcionario, excusarse de seguir interviniendo en este expediente.” La ley española prevé expresamente el punto: Ver GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 40 y ss.

de la recusación, de él no se podrían exceptuar a los más altos funcionarios, como el presidente de la Nación y sus ministros, lo que sería absurdo.”<sup>34</sup>

### 21. *Crítica*

Sin embargo, no compartimos esos argumentos. En efecto, si se piensa que una recusación que “paralizara” la ejecución de un acto afectaría la continuidad de la acción administrativa, obviamente la solución no es eliminar radicalmente la recusación, sino por el contrario sostener que su interposición no suspende la tramitación del procedimiento ni, *a fortiori*, la ejecución del acto. El argumento indicado, pues, no es suficiente para rechazar el instituto de la recusación, sino a lo sumo para indicar que tal recusación no debe producir automáticamente la separación del funcionario que entiende del trámite. Y eso es precisamente lo que sostenemos para el procedimiento administrativo.<sup>35</sup>

Por lo demás, en lo que respecta al estado actual de la práctica administrativa, es de recordar que la interposición de un recurso administrativo en principio no suspende la ejecución del acto impugnado; menos aún podrá entonces considerarse que una simple recusación del funcionario actuante pueda tener esa virtualidad de suspender o paralizar la ejecución de un acto, ni la tramitación del expediente. Pero incluso aunque se entienda, como proponemos, que los recursos suspenden la ejecución del acto, no cabría entender que la recusación tiene la misma virtualidad, pues ella no es un recurso sino una reclamación que no impugna acto alguno, sino el hecho de que intervenga en el trámite un determinado funcionario.

Tal es la solución del derecho estadounidense, de acuerdo con el cual en caso de recusación los “funcionarios que participan en las decisiones, no están forzados a separarse en casos semejantes, debiendo ser verificada en cada oportunidad la procedencia de los cargos, como antecedente necesario a toda descalificación.”<sup>36</sup>

### 22. *Conclusión respecto a la procedencia de la recusación*

Consideramos en consecuencia que la recusación es en principio procedente, y que la interposición de la misma no tiene por efecto suspender ni interrumpir el trámite normal del procedimiento ni la ejecución de acto alguno: La recusación debe estudiarse y resolverse por cuerda separada, sin perjuicio de que las actuaciones principales sigan su curso normal; decidida la recusación, será entonces del caso que el funcionario recusado se abstenga de seguir intervi-

<sup>34</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 20.

<sup>35</sup> Salvo norma expresa en tal sentido, como la que contiene el art. 55, última parte, de la ley española. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 47; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 106. Esta solución del derecho español, por otra parte, demuestra que incluso si la recusación detuviera momentáneamente el procedimiento, el temor indicado es excesivo: Basta con dar un trámite expeditivo a la recusación para impedir que la demora sea muy grande. Los autores españoles citados no hacen crítica alguna al carácter suspensivo que la ley acuerda a la recusación.

<sup>36</sup> BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, p. 109.

niendo, si la recusación fue admitida, o que continúe con el trámite, si ha sido rechazada.

### 23. Causales de recusación. El prejuicio personal

En cuanto a las causales de recusación, serían de aplicación analógica en primer lugar las establecidas por el decreto 1471/58 para los sumarios administrativos;<sup>37</sup> más, a *contrario sensu*, las causales de excusación existentes para los propios funcionarios. (Art. 8º, citado, del decreto-ley 6666/57.) En tales hipótesis la admisión de la recusación es a nuestro juicio ineludible.

Pero no son ellas las únicas causales de recusación admisibles: Siguiendo aquí el criterio anglonorteamericano, entendemos que el “prejuicio personal” (*personal bias*)<sup>38</sup> debe ser causal de recusación en los casos en que la índole de la cuestión así lo requiera. En efecto, la “regla contra el prejuicio” (*rule against bias*) no es un mero aspecto de trámite que pueda existir o no según que algún reglamento la reconozca: Constituye un principio esencial de la justicia natural,<sup>39</sup> aplicable desde luego al procedimiento administrativo y cuya finalidad esencial es asegurar la imparcialidad de éste<sup>40</sup> pudiéndose por ello subsumirlo dentro de la garantía de la defensa.<sup>41</sup> Así por ejemplo, una diametral oposición de ideas doctrinales o científicas puede ser causal suficiente para impugnar a un miembro del jurado para la provisión de una cátedra.

Por lo demás cabe distinguir dos hipótesis fundamentales de “prejuicio personal:” a) Él puede ser impersonal, como en el caso anterior, y en toda otra hipótesis en que la tendencia del pensamiento del funcionario esté en forma muy marcada orientada en determinada dirección, que pueda perjudicar la objetividad de la decisión; b) la parcialidad personal, “o sea actitud manifiesta en favor o en contra de una de las partes en litigio.”<sup>42</sup>

### 24. El caso del Presidente y los Ministros

Por fin, en lo referente al Presidente de la Nación y los Ministros y Secretarios de Estado, no nos parece absurda la posibilidad de que ellos se excusen o sean recusados cuando tienen que decidir cuestiones en las cuales están personalmente interesados y respecto de las cuales hay absoluta y terminante incompatibilidad moral en que decidan. Si un candidato a Presidente tiene un juicio contra la Nación, parecería que hay incompatibilidad moral en que, elegido Presidente,

<sup>37</sup> Ver *infra*, n° 26.

<sup>38</sup> Ver BOSCH, *op. cit.*, p. 105 y ss.

<sup>39</sup> Así lo da WADE, *op. cit.*, p. 130 y ss.

<sup>40</sup> WADE, *op. loc. cit.*; LANGROD, *op. cit.*, pp. 1128 y 1129; BOSCH, *op. loc. cit.*

<sup>41</sup> CSJN, *Fallos*, 198: 78, en que se exige que el caso del individuo sea considerado, en el procedimiento administrativo, “por funcionarios imparciales...,” como requisito integrante de la garantía de la defensa. WADE, en cambio, da como categorías separadas la “defensa” y la “regla contra el prejuicio.” (*Op. loc. cit.*)

<sup>42</sup> BOSCH, *op. cit.*, p. 105.

dicte un decreto desistiendo del juicio por parte de la Nación; si un empresario está interesado en una controversia administrativa, y luego resulta nombrado Ministro del ramo, parecería también contrario a la moral y al derecho que sea él mismo quien decida su propia controversia particular. Todo esto nos parece demasiado obvio como para que sea necesario insistir.

Entendemos por ello que cuando hay causal de manifiesta y absoluta incompatibilidad moral en que el Presidente o un Ministro decida una cuestión, sería procedente, a título excepcional, tanto la excusación como la recusación de éstos. Y en tales casos el procedimiento a seguir sería que se resolviera por Decreto del Poder Ejecutivo cuál es el Ministro que debe intervenir interina o sustitutivamente en la cuestión,<sup>43</sup> o incluso, en los casos graves que así lo requieran, que el Presidente delegue el mando a ese sólo efecto en el Vicepresidente de la Nación.

Siempre serán mejores estos procedimientos excepcionales, que permitir que un funcionario decida desde la función pública una controversia o cuestión en la que está personal y privadamente interesado. Parécenos más correcto y moral lo primero que lo segundo, y dado que, en definitiva, nuestro régimen de gobierno es el republicano (art. 1 de la Constitución), creemos que la solución jurídica debe inclinarse hacia esa corrección y moralidad y no a lo contrario.<sup>44</sup>

### 25. *Oportunidad de plantear la recusación*

La recusación puede plantearse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento,<sup>45</sup> pues establecer una oportunidad determinada y única, para hacerlo constituye un innecesario rigorismo de procedimiento; con todo, la recusación no podría ya plantearse luego de emanado el acto y de terminada la intervención del funcionario respectivo en el procedimiento.

### C) *Excusación y recusación de los sumariantes*

#### 26. *Causales*

En materia de sumarios administrativos para el personal administrativo hay normas expresas respecto tanto a la excusación como a la recusación. El decreto 1471/58, reglamentario del art. 41 del decreto-ley 6666/57, dispone en su apartado XII: “Los instructores deberán excusarse y podrán a su vez ser recusados:

<sup>43</sup> El decreto 229 del 11-I-1963, B. O. 16-I-1963, admitió la excusación, en un recurso jerárquico del ministro de Economía, disponiendo “Art 2: El recurso de referencia será tramitado por intermedio del Ministerio de Educación y Justicia;” esto es, en lugar de cambiar el funcionario, cambia el Ministerio de tramitación: Ello, desde el punto de vista práctico, es la mejor solución de la cuestión. Por lo demás, cabe pensar analógicamente que en los casos de excusación o recusación de cualquier ministro el recurso deberá tramitarse en el de Educación y Justicia; y si la excusación o recusación lo fuera de éste, correspondería que se tramitara ante el Ministerio del Interior.

<sup>44</sup> Conf. respecto a la admisibilidad de recusar los miembros del gabinete ministerial, WADE, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

<sup>45</sup> Ley española, art. 21; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 66 y ss.

- a) Cuando medie parentesco por consanguinidad hasta cuarto grado o segundo de afinidad con el sumariado o con el denunciante;
- b) Cuando en oportunidad anterior hubiesen sido denunciante o denunciados de alguna de las partes;
- c) Cuando tengan amistad o enemistad manifiesta con alguna, de las partes;
- d) Cuando tengan relaciones de intereses o sean acreedores o deudores de algunos de ellos;
- e) Cuando tengan relación de dependencia con los mismos.”

### 27. *Caracteres y alcances*

La disposición no establece expresamente la suspensión del sumario mientras se resuelve la recusación, por lo que entendemos que es de aplicación el principio general comentado, y que el sumario debe continuar adelante, mientras se decide respecto a la recusación o excusación.

Por lo demás, se ha entendido que las causales de recusación establecidas en este decreto particular, deben interpretarse restrictivamente.<sup>46</sup>

## IV. *Responsabilidad del administrador*

### 28. *Caracteres de la responsabilidad civil*

La violación o el irregular cumplimiento de los deberes y facultades del administrador, hace al mismo responsable no sólo administrativa y penalmente, sino también civilmente.

Es de recordar en este último aspecto que el art. 1112 del Código Civil establece: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título;” ello significa, según explicábamos ya en otra parte, que el funcionario es responsable por los hechos y omisiones que impliquen un irregular cumplimiento de la función, sin que sea necesario que ese acto o hecho realizado u omitido estuviera expresamente contemplado en alguna norma legal o reglamentaria.<sup>47</sup> Además, las disposiciones constitucionales en particular obligan al funcionario, y su omisión de respetar los derechos individuales de los habitantes lo hace responsable ante el damnificado.

La responsabilidad es en primer lugar por el daño pecuniariamente apreciable causado; así por ejemplo si el obstaculizar a un particular efectuar una reserva de cobrar intereses, o reserva de reclamar indemnizaciones por el daño ocasionado

<sup>46</sup> *Dictámenes*, 78: 233.

<sup>47</sup> Ver nuestros *Estudios*, *op. cit.*, pp. 64-66.

a un vehículo, etc., implica el decaimiento del derecho del particular, entonces el funcionario será personalmente responsable frente a él por esa pérdida de su derecho, y deberá en tal caso indemnizarle el monto del daño que el mismo perdió de reclamar por su hecho irregular. Pero es de recordar también que, en nuestro concepto, el funcionario es igualmente responsable por el daño moral que ocasione al tercero.<sup>48</sup>

### 29. *Coordinación de la responsabilidad del funcionario con la del Estado*

Esa responsabilidad del funcionario va en ciertos casos ligada a la responsabilidad del Estado, y en tales hipótesis, en virtud de la conjunción de ambas responsabilidades, será necesario que el damnificado demande conjuntamente al funcionario y al Estado.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> *Estudios de derecho administrativo*, p. 67 y ss.

<sup>49</sup> *Estudios, op. cit.*, p. 82 y ss.

## CAPÍTULO VII

### ACTOS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

#### SUMARIO

I. <i>Iniciación del procedimiento y apertura a prueba</i> .....	PRA-VII-1
1. Iniciación de oficio o a petición de parte .....	PRA-VII-1
2. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba .....	PRA-VII-1
3. Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba .....	PRA-VII-2
4. Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso.....	PRA-VII-3
5. Ejemplo de tramitación correctamente efectuada .....	PRA-VII-3
6. Consecuencias prácticas de este procedimiento.....	PRA-VII-4
7. Su aceptación por la Procuración del Tesoro de la Nación.....	PRA-VII-5
8. Ofrecimiento y producción de la prueba .....	PRA-VII-6
9. Pruebas admisibles.....	PRA-VII-6
10. Gobierno y control de la prueba .....	PRA-VII-6
11. Apreciación de la prueba .....	PRA-VII-7
12. Criterio a seguirse en caso de duda .....	PRA-VII-7
II. <i>El acto impugnabile</i> .....	PRA-VII-8
13. Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos .....	PRA-VII-8
III. <i>Publicidad. Publicación y notificación</i> .....	PRA-VII-9
14. La publicidad del acto como presupuesto del recurso.....	PRA-VII-9
15. Publicación .....	PRA-VII-9
16. La publicación debe reproducir íntegramente el acto.....	PRA-VII-9
17. Cómputo del término a partir de la publicación .....	PRA-VII-9
18. Notificación .....	PRA-VII-10
19. Falta de constancia de la notificación.....	PRA-VII-11
20. Notificación y publicación. Imposibilidad de intercambiarlas.....	PRA-VII-11

21. Improcedencia de recurrir un reglamento no publicado.....	PRA-VII-12
22. Validez de la notificación.....	PRA-VII-12
23. Notificación espontánea por el particular .....	PRA-VII-12
IV. <i>Términos para recurrir</i> .....	PRA-VII-13
24. Días corridos o hábiles administrativos .....	PRA-VII-13
25. Días hábiles en la administración y en la justicia .....	PRA-VII-14
26. Cómputo de términos .....	PRA-VII-14
27. No se computan respecto de los actos nulos e inexistentes....	PRA-VII-15
28. Suspensión de los términos. El pedido de vista .....	PRA-VII-15
29. Suspensión espontánea de los términos por la administra- ción .....	PRA-VII-16
30. Interrupción de los términos.....	PRA-VII-17
31. Continuación: Recurso presentado ante autoridad incompetente.....	PRA-VII-17
32. Continuación: La voluntad de recurrir como requisito de la interrupción .....	PRA-VII-17
33. Interrupción por recurso o acción judicial .....	PRA-VII-18
V. <i>Nulidad de los actos de procedimiento</i> .....	PRA-VII-18
34. Distinción entre la nulidad de los actos de trámite y del acto que resuelve el fondo de la cuestión .....	PRA-VII-18
35. El criterio de que no hay nulidad sin daño se aplica sólo a los actos de trámite .....	PRA-VII-19
36. La violación de la garantía de la defensa como nulidad de fondo o de procedimiento.....	PRA-VII-19
VI. <i>Costas</i> .....	PRA-VII-20
37. Improcedencia .....	PRA-VII-20
38. Supresión del sellado de actuación .....	PRA-VII-20
39. Caso en que hay dos particulares en contradicción .....	PRA-VII-21

## Capítulo VII

### ACTOS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

#### *1. Iniciación del procedimiento y apertura a prueba*

##### *1. Iniciación de oficio o a petición de parte*

El procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a petición de parte interesada.

En el primer caso (iniciación de oficio) se tratará generalmente de alguna irregularidad que un organismo técnico estima haber encontrado en las obras efectuadas por un contratista, o en el comercio o industria de algún particular, o en la forma de cumplirse una concesión de servicios públicos, etc. En tales hipótesis, debe darse traslado del informe técnico que señala la irregularidad a la empresa o individuo interesado, a fin de que haga su descargo y eventualmente produzca la prueba de que quiera valerse para refutar los hechos observados por el técnico.

##### *2. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba*

A nuestro juicio éste es el correcto proceder desde el punto de vista jurídico (ya señalamos cómo los antecedentes estadounidenses formulan el principio de la audiencia debida con el alcance de que ella debe producirse antes de la toma de la decisión que afecta los derechos del individuo), pero es importante destacar que a más de las razones estrictamente jurídicas que existen para fundamentar dicha solución, deben tomarse en cuenta esenciales consideraciones de buena administración.

Y es importante recordar aquí cuáles son esas consideraciones de técnica administrativa, particularmente en cuanto no hay discrepancia en la práctica administrativa en sostener que la debida audiencia y por lo tanto la oportunidad de producir prueba de descargo, debe producirse *en alguna* etapa del procedimiento. Si bien dudan a veces los funcionarios de inferior jerarquía acerca de si es posible realizar dicha audiencia y prueba recién en una etapa final (cuando

se tramita el recurso jerárquico), o intermedia (cuando se tramita el recurso de revocatoria) o si en cambio debe realizársela ya desde la etapa inicial (antes de tomarse decisión alguna sobre el problema planteado, por parte de la autoridad que entiende originariamente del asunto), el aspecto práctico de la cuestión, en cambio, no admite duda alguna; a pesar de lo cual no es conocido por todos los administradores —particularmente, repetimos, los que se encuentran en las gradas inferiores de la jerarquía administrativa—.

### *3. Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba<sup>1</sup>*

Pues bien, está absolutamente fuera de toda duda que, para una mayor racionalización y eficiencia administrativa, la audiencia del interesado y la apertura prueba *deben hacerse en la primera oportunidad o instancia administrativa, antes de adoptar decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.*

Piénsese en un expediente común: El particular pide un permiso, una autorización, un préstamo, etc., porque se considera encuadrado en tal o cual artículo de una ley o decreto; o inversamente, la administración piensa aplicar una sanción al particular, por considerarlo incurso en la violación o incumplimiento de alguna disposición legal o reglamentaria.

La administración pide informes a una oficina determinada, tal vez luego a otra; realiza si acaso una pericia y, previa presentación ocasional del interesado rebatiendo o intentando rebatir lo que resulta de los informes y peritajes, se pasa el expediente al asesor letrado. Éste considera lo afirmado en los informes y peritajes y, sopesando su carácter público y oficial frente a las simples manifestaciones de un particular, considera que las primeras contienen la verdad de los hechos<sup>2</sup> y dictamina en consecuencia. En base a su dictamen se toma una decisión administrativa y se dicta el correspondiente acto.

El particular presenta un recurso de revocatoria, insistiendo en puntos de hecho y de derecho. Salvo que sea patente el derecho del particular, se lo rechaza, de plano o tal vez previo informe del asesor letrado que aconseje su rechazo; el particular interpone ahora recurso jerárquico. El recurso jerárquico llega por fin al Ministerio, donde la Dirección General de Asuntos Jurídicos, no pudiendo establecer los hechos con más exactitud que quienes la han precedido, y a menos que por lo endeble de las afirmaciones y decisiones administrativas y lo convincente de los argumentos del peticionante pueda resolverse favorablemente su

<sup>1</sup> Reiteramos aquí conceptos de nuestro artículo “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” publicado en la *Rev. de Administración Pública*, n° 1, Buenos Aires, 1961, p. 45 y ss.; reproducido con tal título en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1963, t. 60, n° 43, p. 58.

<sup>2</sup> Salvo, desde luego, que el informe o pericia sea evidentemente superficial; o arbitrario, ilógico, irrazonable; pero no teniendo ninguno de esos vicios el asesor letrado se encuentra de hecho obligado a atenerse al mismo, en ausencia de pruebas en contrario.

pedido, debe inclinarse a aconsejar el rechazo del mismo. Si a pesar de ello hay dudas acerca de la exactitud de la solución, es posible que se pase el expediente a la Procuración del Tesoro de la Nación, donde ha de ocurrir exactamente lo mismo: que a menos que lo actuado administrativamente sea claramente inexacto, o resulte irrazonable, no puede en rigor hacerse prevalecer los simples escritos del particular.

#### 4. *Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso*

Y el caso curioso es que el particular puede en realidad tener razón, y simplemente no ha podido hacérsela ver a la administración porque ésta no le ha dado oportunidad de producir la prueba que la podía demostrar.

Y ahora, en el más alto grado de la jerarquía administrativa, ¿puede realmente esperarse que a tal altura del expediente, cuando se han acumulado por lo menos un centenar de páginas con informes, pases, notas, constancias, dictámenes de asesorías letradas, decisiones fundadas, escritos del particular, recursos, y más dictámenes letrados y decisiones fundadas, se mande racionalmente abrir a prueba el expediente? ¿No parece incomprensible e injustificable, que después que toda la administración ha actuado, después que se han tomado decisiones, emitido dictámenes, realizado actuaciones, *venga ahora a averiguarse cuáles son los hechos sobre los que versa el expediente?*

Y si efectivamente se abre a prueba el expediente,<sup>3</sup> ¿no es otra cosa que irrazonable y estéril haber llevado todo un expediente para averiguar *recién al finalizar el mismo, qué era lo que debía considerarse en él, qué era aquello sobre lo que las decisiones y dictámenes precedentes debían haber versado?*

Y si al terminar el expediente en la última instancia administrativa resulta que los hechos del caso no eran tales como lo decían los informes o el peritaje inicial, resultará pues que todos los informes, decisiones, pases, dictámenes, recursos, nuevas decisiones y recursos y dictámenes, etc., que todo, en una palabra, fue vano, todo un esfuerzo absurdo para desembocar en la nada. El estudio del caso planteado en el expediente, comienza así recién en la última instancia administrativa, *a la que precisamente no correspondía hacerlo; y no hay ya ahora oportunidad de que analicen el caso las instancias inferiores, que eran precisamente las que debían haberlo hecho.*

#### 5. *Ejemplo de tramitación correctamente efectuada*

En concreto, si las actuaciones del expediente, tanto en su faz inicial como en las sucesivas etapas que puedan presentarse, han de versar sobre una situación de hecho que el particular afirma es inexacta, lo lógico es que esa controversia

<sup>3</sup> Generalmente la inercia administrativa es muy grande, y si no son los propios asesores letrados los que reclaman la apertura a prueba antes de emitir su dictamen, los funcionarios ejecutivos nunca la disponen por iniciativa propia.

sobre los hechos sea concreta y definitivamente aclarada *antes de proseguir con trámite alguno* en el expediente.

La forma de aclararla es abrir a prueba la cuestión por un período de quince o más días, notificando al particular de la iniciación del término durante el cual puede ofrecer las pruebas que considere pertinentes a su derecho, y proceder inmediatamente después al diligenciamiento de la prueba ofrecida —siempre que la misma sea razonable— y de la que la administración por su parte considere oportuna. Terminado el diligenciamiento de la prueba, y habiendo tenido el particular una oportunidad de alegar sobre la prueba producida, la administración puede seguir adelante con el procedimiento, sin que exista ya razonablemente temor alguno de estar trabajando en falso. El particular ya ha ofrecido su prueba, ella se ha diligenciado, y el particular ha argumentado sobre ésta: Ahora la administración puede decidir, con todos los elementos de juicio necesarios, cuál es la verdad de los hechos sobre los cuales va a tomar su decisión.

Es muy posible incluso que el particular, ante una decisión inicial que desecha razonada y ordenadamente sus argumentos, mostrando en base a la prueba producida cómo los mismos carecen de asidero, desista de seguir con el fatigoso expediente hasta llevarlo al Poder Ejecutivo; al fin y al cabo una cosa similar sucede en la justicia, donde más de un letrado o litigante advierte ya al terminar el juicio en la primera instancia que no le asiste razón, o por lo menos no tanta como creía al principio, y desiste de llegar hasta la Corte Suprema.

Y si ello sucede así, esta oportuna apertura, ofrecimiento, producción y consideración de la prueba, hace innecesario recargar luego las etapas posteriores con cuestiones de hecho dudosas o controvertidas que dificultan, cuando no inutilizan, los dictámenes y decisiones siguientes. En efecto, cuando el particular plantea el recurso de reconsideración o revocatoria, y cuando más tarde se decide el recurso jerárquico, ya estará clarificada la situación de hecho y solamente habrá de discurrirse sobre el derecho aplicable o las conveniencias de interés público; habrá pues una decisión rápida y sencilla.

Por excepción podría plantearse una cuestión probatoria en la segunda o tercera instancia administrativa, cuando el órgano inferior hubiese denegado arbitrariamente la producción de pruebas ofrecidas por el particular, o cuando se hubieran producido hechos nuevos o descubierto pruebas desconocidas al momento de realizarse la oportuna producción de las mismas; o cuando el particular quiera ampliar la prueba ofrecida y producida, o lo haga de oficio la administración. Pero todas estas posibilidades son evidentemente muy poco frecuentes cuando se ha diligenciado ya a conciencia toda la prueba pertinente a los hechos controvertidos.

#### 6. *Consecuencias prácticas de este procedimiento*

Así, en lugar de plantearse y posponerse en cada instancia la controversia sobre los hechos; en lugar de dictarse decisiones administrativas sobre hechos que a

lo mejor se prueba luego que no son exactos; en lugar de emitirse dictámenes letrados sobre asuntos que no están claramente especificados o que están mal planteados en lo que a los hechos se refiere; en lugar, en definitiva, de hacer correr el expediente inútilmente, debe abrirse a prueba en la primera oportunidad en que surjan los hechos controvertidos, y *antes de dictar decisión alguna que esté motivada sobre esa situación de hecho*. De esa forma se tendrá una decisión inicial que descansará sobre base firme, y que habrá podido apreciar correctamente el juego de los intereses públicos y privados en el caso; se tendrá luego un *recurso claro y expeditivo*, por la mayor sencillez y mejor planteamiento de las cuestiones a resolver; se tendrán finalmente dictámenes letrados y resoluciones o decretos finales que podrán dictarse sin necesidad de laboriosos estudios del expediente, *sin necesidad de esfuerzos imaginativos acerca de qué es lo que efectivamente ha ocurrido allí*, y sin necesidad, en suma, de derrochar tiempo y esfuerzos en encarar problemas que podrían venir solucionados desde su iniciación.

Cuando en un procedimiento administrativo, pues, hay hechos que la administración aprecia de una forma y el particular de otra, corresponde por la aplicación del principio de la defensa en juicio que se dé al particular oportunidad de ofrecer y producir la prueba de descargo de que quiera valerse; y esta apertura a prueba, por un criterio de eficacia administrativa y de racionalización de trámites concordante con una mayor plenitud del derecho del administrado, debe hacerse en la primera oportunidad o instancia administrativa, antes de tomarse decisión alguna sobre el fondo del expediente.

### 7. *Su aceptación por la Procuración del Tesoro de la Nación*

Este criterio que propugnamos ha sido luego expresamente recibido por la Procuración del Tesoro: "...en éste, como en todos los casos en que se plantean controversias de hecho, se considera conveniente abrir las causas a prueba en la misma oportunidad en que se produzcan las diferencias. Con ello, a más de garantizarse desde un principio el derecho de defensa del administrado, se logrará una mayor racionalización y eficacia en los trámites administrativos, dado que los funcionarios que deban expedirse dispondrán de una información completa."

"Ese proceder es asimismo aconsejable por razones de economía procesal, ya que, aclaradas las cuestiones de hecho planteadas en la misma instancia en que tengan lugar las divergencias, los dictámenes y resoluciones que se produzcan y adopten *a posteriori* se fundamentarán en bases más sólidas, y por tanto, es factible que en muchos casos sean consentidos evitándose trámites y recursos que no siempre resultarán indispensables al esclarecimiento de los problemas planteados."<sup>4</sup>

<sup>4</sup> *Dictámenes*, 76: 327.

### 8. Ofrecimiento y producción de la prueba

Las consideraciones precedentes, referidas a una formal apertura a prueba del expediente, en la que se fijarán los puntos de debate, no excluyen desde luego la informal producción de prueba por el administrado en otras oportunidades.

La formal apertura a prueba tiene pues por finalidad esencial poner en conocimiento del particular que, existiendo controversia sobre los hechos que se señalarán en el caso, debe él ofrecer y producir la prueba que considere pertinente; pero también es admisible que él lo haga sin que tal acto formal haya sido dictado, o igualmente después de haberse hecho formalmente la producción de la prueba. Este último principio sufre una excepción cuando la apertura a prueba ha sido consecuencia de una norma expresa que, regulando el procedimiento, estableció concretamente la oportunidad de realizarla: En tal caso se ha entendido que es discrecional de la administración admitir y considerar o no la prueba ofrecida con posterioridad a la indicada etapa formal de procedimiento;<sup>5</sup> este criterio, con todo, es criticable por innecesariamente formalista.

### 9. Pruebas admisibles

No hay en principio limitación alguna respecto a las pruebas que pueden producirse en el procedimiento<sup>6</sup> administrativo. Las más habituales son las documentales, y los informes, dictámenes y pericias; las testimoniales por lo general se presentan sólo en algunos tipos de procedimientos (sumarios contra funcionarios públicos; trámite de jubilaciones, etc.)

### 10. Gobierno y control de la prueba

La administración tiene en principio el gobierno de la prueba,<sup>7</sup> pero sus facultades no son tan amplias como las de un juez para decidir la admisibilidad de las pruebas: *Su obligación básica es hacer efectiva toda la prueba ofrecida por el recurrente*,<sup>8</sup> y sólo por excepción, cuando ella sea claramente irrazonable, podría disponerse su rechazo por decisión fundada. No puede la administración, en particular, negarse a producir informes (por las dependencias técnicas del caso) sobre los puntos propuestos por las partes.

El particular tiene derecho a efectuar el control de toda la producción de la prueba,<sup>9</sup> salvo que exista norma expresa que disponga el secreto de parte de ella (como ocurre por ejemplo en los sumarios administrativos, mientras se confec-

<sup>5</sup> CNFed. CA., caso *Hadid*, en *LL*, 105: 538 y ss.

<sup>6</sup> Ley española, art. 88; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 144 y ss.; PI SUÑER, en el prólogo a la obra de VIVANCOS, pp. 13 y 14; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 81; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>7</sup> *Dictámenes*, 68: 11; BIELSA, *El recurso jerárquico*, p. 128; FIORINI, *Recurso jerárquico*, p. 45.

<sup>8</sup> Conf. REAL, ALBERTO RAMÓN, *Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo*, *op. loc. cit.*, ver la jurisprudencia uruguaya mencionada *supra*, cap. II, nota 52.

<sup>9</sup> Ver CNFed. CA., caso *Paz*, en *LL*, 105: 491 y ss.

ciona la prueba de cargo), y siempre que tal restricción sea razonable, pues de lo contrario sería inconstitucional.<sup>10</sup>

### 11. *Apreciación de la prueba*

La administración no está sometida a reglas prefijadas para apreciar el valor de la prueba,<sup>11</sup> pero ello no significa que su apreciación pueda ser totalmente discrecional,<sup>12</sup> ni menos aún irrevisible, y los superiores jerárquicos y los jueces están plenamente habilitados para controlar la apreciación efectuada acerca de los hechos, como elemento de la legitimidad del acto, y revocar o anular a éste si reputan errónea a aquélla. Como ya lo indicamos al hablar de la llamada “discrecionalidad técnica” (*supra*, cap. III, n° 17), la apreciación de qué es lo que realmente ha ocurrido, o cuál es una situación de hecho determinada, no depende de consideraciones de oportunidad o mérito, sino que debe ser estrictamente ajustada a la realidad fáctica: En otras palabras, la apreciación de la prueba constituye también un aspecto de la legalidad del acto y como tal debe ser controlado.

Por lo demás, la apreciación administrativa de los hechos debe a todo evento ser razonable, no pudiéndose desconocer arbitrariamente las pruebas aportadas al expediente.<sup>13</sup>

### 12. *Criterio a seguirse en caso de duda*

Por último, es muy importante recordar que en la duda debe estarse a favor del administrado. Esto, que es un principio elemental de derecho, no siempre es tenido presente por los funcionarios de las jerarquías inferiores o por algunos asesores técnicos, y en los casos ocurrentes su criterio de apreciación habrá de ser reveído en el aspecto indicado.

Así por ejemplo si los organismos técnicos toman muestras de determinados productos (bebidas, productos químicos, etc.) a efectos de investigar en laboratorio sus cualidades, pero no hacen la investigación o el análisis sino pasado algún tiempo de la obtención de la muestra, y se encuentra en esa oportunidad que el producto investigado está en malas condiciones, ello podrá ser tenido en cuenta como prueba contraria al administrado sólo cuando no exista duda alguna de que

<sup>10</sup> En discrepancia con el criterio de la Cámara, consideramos que tal es el caso del sumario administrativo, pues dado que él consiste fundamentalmente en deposiciones testimoniales, es esencial a la debida defensa del inculpado poder hacer repreguntas a los testigos y evitar que se les hagan preguntas capciosas o tendenciosas. La posibilidad de volver a llamar a los testigos posteriormente es ya inútil, pues el daño y la deformación a su deposición ya está consumado, y la “reiteración del procedimiento probatorio” se torna “ilusoria” en el sentido dado por la Corte Suprema en el caso que recordamos en nuestros *Estudios, op. cit.*, p. 103 y ss.; ampliar allí la crítica constitucional a la citada norma.

<sup>11</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>12</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>13</sup> Corte Suprema, casos *Reyes* y *Aldamiz*, que comentarnos en nuestro trabajo sobre *El acto, administrativo*, p. 133 y ss.

el tiempo transcurrido no ha podido afectar en modo alguno la condición física o química del producto. Por el contrario, si existe razonable duda acerca de la posibilidad de que por el transcurso del tiempo se haya operado espontáneamente la alteración del producto, o se haya agravado la posiblemente existente, cabe estar, en la duda, a favor del administrado, y no considerar suficientemente probado que el producto haya estado alterado, o haya estado alterado en determinada medida, al momento de tomarse la muestra.

## II. El acto impugnabile

### 13. Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos

Hemos señalado ya que mientras que las reclamaciones y denuncias podían impugnar tanto actos como hechos administrativos, los recursos estaban limitados a la impugnación de actos.

Condición necesaria, pues, para la procedencia de un recurso administrativo en sentido estricto, es la existencia de un *acto productor de efectos jurídicos inmediatos*, sean éstos generales (reglamento) o individuales. (Acto administrativo en sentido restringido.)

Lo importante es que el acto sea de suyo apto para producir efectos jurídicos inmediatos; que los efectos jurídicos surjan del acto mismo de que se trata, en forma directa.<sup>14</sup> De allí que los dictámenes, pareceres, informes, etc., de los organismos técnicos o de asesoramiento jurídico, y en general todos los actos preparatorios de decisiones administrativas, no puedan ser atacados mediante recursos.<sup>15</sup> Ello no impide, por supuesto, que el particular presente escritos rebatiendo argumentos y haciendo o ampliando su defensa; pero tales escritos no constituyen sino un acto más de procedimiento a ser resuelto por otras vías: El recurso *stricto sensu* deberá ser presentado una vez que el acto productor de efectos jurídicos inmediatos sea dictado.

Ahora bien, dado que ningún acto produce sus efectos jurídicos en forma inmediata mientras no ha sido dado a publicidad, mediante publicación o notificación según corresponda, ésta constituye un aspecto fundamental a considerar respecto al procedimiento de impugnación. A ella nos referimos a continuación.

<sup>14</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich y Berlín, 1961, 4ª ed., p. 249; BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Freiburg im Bresgau, 1956, p. 95; PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 152, a quienes seguimos en *El acto administrativo*, p. 74 y ss.

<sup>15</sup> "Los actos preparatorios de decisiones posteriores no causan perjuicio directo al administrado, el que, por lo tanto, carece de un interés directo de impugnación actual, requisito éste que es previo a todo recurso." (*Dictámenes*, 71: 151; ídem, 64: 100.)

### III. Publicidad. Publicación y notificación

#### 14. La publicidad del acto como presupuesto del recurso

Dado que el acto sólo produce sus efectos jurídicos una vez que ha sido dado a publicidad, ésta se transforma también en presupuesto lógico del recurso.

La publicidad tiene diferentes reglas según se refiera a actos reglamentarios o a actos administrativos individuales; en el primer caso recibe el nombre de “publicación” y en el segundo de “notificación.”

#### 15. Publicación

La publicación es pues la especie de publicidad aplicable a los reglamentos, e implica divulgarlos en forma apta para su conocimiento por el público;<sup>16</sup> puede efectuarse mediante la inserción en un boletín oficial o su colocación en lugar visible y accesible al público.

No es admisible la publicación por medio de periódicos privados,<sup>17</sup> salvo casos de emergencia: En esta hipótesis, con todo, también puede admitirse excepcionalmente la publicación radial o televisiva. Tampoco es admisible a nuestro juicio la publicación en un boletín interno de la repartición, si el acto está destinado a terceros.<sup>18</sup>

#### 16. La publicación debe reproducir íntegramente el acto

La publicación debe reproducir íntegramente el acto de que se trate, siendo inválidas las publicaciones que contengan meramente un extracto o una versión informal del acto.<sup>19</sup>

#### 17. Cómputo del término a partir de la publicación

Es a partir de la publicación que se cuentan los términos para recurrir del reglamento por un interés legítimo o derecho subjetivo que se vea afectado por el mismo; aunque el término puede reabrirse posteriormente si se dicta un acto administrativo concreto en aplicación del citado reglamento, y dicho acto afecta al interesado; en este último caso el recurso se presenta contra el acto concreto, desde luego, pero ello no impide cuestionar la legitimidad del reglamento que él aplique.

Cuando se combinan dos o más medios de publicación (boletín oficial, murales, etc.) la efectuada en el Boletín Oficial debe primar si es anterior.<sup>20</sup> Una segunda

<sup>16</sup> CSJN, *Amaya*, 1962, *Fallos*, 252: 19; 251: 404, *Signo Publicaciones*, 1961; WOLFF, *op. cit.*, p. 250; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1957, p. 167 y ss.; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 69; REAL, *op. cit.*, p. 28; nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 151.

<sup>17</sup> Conf. GABOLDE, *op. cit.*, p. 96.

<sup>18</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 97.

<sup>19</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>20</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 96.

publicación en el mismo Boletín Oficial no hace renacer el término para recurrir.<sup>21</sup> En Francia se sostiene que en los casos de publicación por el Boletín Oficial el término empieza a correr el primer día laborable siguiente a la llegada del Boletín a la cabecera de la localidad donde se domicilia el interesado;<sup>22</sup> esa solución debe tenerse en cuenta para advertir que el cómputo a partir de la publicación no se refiere necesariamente a la fecha que el Boletín tiene, sino a la fecha en que realmente el reglamento está accesible al público; por ello entendemos que en casos de aparición tardía del boletín oficial, es a partir de la fecha *real* de publicación, y no la formal, que debe computarse el término.

### 18. Notificación

En los actos administrativos en sentido estricto, la forma de publicidad aplicable es la *notificación*, que importa un conocimiento cierto del acto por parte del administrado. Salvo casos especiales, no hay normas que determinen la forma de efectuar la notificación, y es así como se dan varios sistemas en la práctica:

- a) Entrega personal de copia auténtica del acto al interesado;
- b) notificación personal de éste en el expediente, dejándose constancia de la misma;
- c) envío de carta simple o de otro tipo, o telegrama, comunicando *la existencia* de un acto que afecta al interesado, *pero no su contenido*: En tal caso la carta o telegrama implica tan sólo una invitación a concurrir a las oficinas administrativas a notificarse del acto; desde luego, la carta o telegrama no implica en sí la notificación del acto;
- d) envío de carta acompañando una copia del acto que se notifica: Este procedimiento se emplea algunas veces, y su validez ha sido en principio reconocida.<sup>23</sup> Sin embargo, es algo dudosa esta solución, pues no constituye necesariamente una notificación personal del acto, y no hay forma de comprobar que el sobre realmente contenía la copia del acto a notificarse. A su vez, por lo que respecta a la prueba de la notificación, nos parece irrazonable pretender, como se ha hecho, que sea el presunto notificado quien demuestre que no recibió la nota, o que pruebe que el portero retuvo o destruyó la carta:<sup>24</sup> En materia de prueba debe adoptarse un equilibrio prudente, y resolver el punto de acuerdo con las pruebas indiciarias y corroborantes, antes que afirmar categóricamente que la notificación está acreditada por el sólo envío de la carta certificada o con aviso

<sup>21</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>22</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>23</sup> Pero sólo en casos en que había normas expresas estableciendo este tipo de notificación: CSJN, *Fallos*, 198: 226; 199: 29; 220: 125; CNCiv., Sala E, en *LL*, 98: 665; CNCiv., Sala B, en *LL*, 100: 410. No habiendo norma expresa que autorice este medio de notificación, entendemos que se recae en el principio general de que la notificación, para ser válida, debe ser personal y fehaciente.

<sup>24</sup> Así la CNCiv., Sala B, en *LL*, 100: 410, 413.

de retorno. En lo que respecta a la carta simple, creemos que no cabe aceptarla como medio válido de notificación, entre otras razones, porque no permite registrar oficialmente la fecha de recepción de ella;

e) por telegrama: En este caso puede acreditarse el envío del acto, y la notificación es válida siempre que se lo reproduzca íntegramente;

f) por notificación personal espontánea: Se admite que, en ausencia de notificación efectuada a instancias de la administración, el interesado puede presentarse y darse espontáneamente por notificado del acto de que se trate;

g) no se admite la notificación verbal de un acto escrito.<sup>25</sup>

### 19. Falta de constancia de la notificación

En todos los casos comentados, no habiendo constancia cierta de la fecha de recepción del acto, debe interpretarse que el recurso de que se trata está interpuesto en término.<sup>26</sup>

### 20. Notificación y publicación. Imposibilidad de intercambiarlas

Las dos formas de publicidad mencionadas —notificación y publicación— no son intercambiables entre sí.

No cabe admitir entonces la *publicación* de un acto administrativo, pues ella carece de la condición fundamental de ser personal;<sup>27</sup> tal publicación puede a lo sumo tener efecto respecto a terceros, pero no al interesado.<sup>28</sup>

A la inversa, tampoco cabe admitir la *notificación* de un acto reglamentario, pues ello implicaría implícitamente que el acto comenzaría a regir y sería impugnabile por los administrados a partir de las diferentes fechas en que el mismo les sea notificado, lo que atenta contra el principio de la igualdad ante la ley; por la misma circunstancia, tampoco es admisible la notificación espontánea por un particular de un reglamento no publicado.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Ver nuestra nota en la *Revista de Administración Pública*, n° 2. Buenos Aires, 1961, p. 99 y ss.; y nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 151; REAL, *op. cit.*, pp. 28-9.

<sup>26</sup> *Dictámenes*, 59: 430; 71: 137 bis; 75: 22.

<sup>27</sup> Conf. MARTÍN-RETORTILLO, CIRILO, *Nuevas notas sobre lo contencioso administrativo*, Madrid, 1951, pp. 127 y 129; HEREDIA, *op. cit.*, p. 265. En tal sentido ha sostenido el Tribunal Supremo español que “tal publicidad no tiene la eficacia de la notificación ni puede sustituirse cuando existe un interesado conocido.” S. del 26-X-1926, citada por MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 129.

<sup>28</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>29</sup> Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 152; comp. LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss.; en contra GABOLDE, *op. cit.*, p. 95, quien admite expresamente el recurso contra un reglamento no publicado; también en contra ZANOBINI, *op. cit.*, p. 70, que admite el “pleno conocimiento” de un reglamento como sustitutivo de la publicación; REAL, *op. cit.*, p. 28.

### 21. *Improcedencia de recurrir un reglamento no publicado*

Además, el plazo para recurrir contra las decisiones generales, o particulares que afecten a otras personas que el interesado y hayan sido publicadas, corre a partir del día siguiente de la publicación, sin que sea aplicable al caso la tesis de acuerdo con la cual, si del expediente no se puede desprender la fecha de notificación, hay que estimar al recurso como interpuesto en término, toda vez que dicha regla supone una decisión que debiera haberse notificado al recurrente;<sup>30</sup> lo que no es la hipótesis considerada.

### 22. *Validez de la notificación*

Para que la notificación sea válida, se requiere no sólo que sea personal,<sup>31</sup> sino también que sea completa y fidedigna; es decir, el acto que se notifica debe reproducirse íntegramente. Este principio no ha sido respetado siempre totalmente, y alguna vez se ha dicho que “la notificación... presupone que se haga saber a la persona a quien haya de notificarse la sustancia del acto que se le notifica,”<sup>32</sup> formulación ésta menos estricta y por lo tanto inconveniente. Así como no puede considerarse suficiente publicación de una ley o reglamento un extracto o “sustancia” de ella, así tampoco puede admitirse similar notificación del acto administrativo. De la precisión con que se conozcan los fundamentos y el articulado del acto puede depender en muchos casos la interpretación que quepa darle, y ella es o puede ser por lo tanto determinante del acatamiento o impugnación del acto. Por lo tanto, reafirmamos el criterio de que la notificación debe contener la reproducción fiel del acto notificado, y no sólo su versión “sustancial.”<sup>33</sup>

### 23. *Notificación espontánea por el particular*

De todos modos, la notificación se perfecciona si el interesado se da formalmente por notificado del acto;<sup>34</sup> pero conviene destacar que cualquier mención que un administrado pueda descuidadamente deslizar en una presentación ante la administración respecto a un acto mal notificado o no notificado, no puede automáticamente importar notificación plena: Es necesario para ello que haya una expresa y terminante manifestación de voluntad del interesado en el sentido indicado; de lo contrario se estará sorprendiendo su buena fe.<sup>35</sup> Por lo demás, el interesado debe darse por notificado “de cuanto precisara para su cabal conocimiento,”<sup>36</sup> lo

<sup>30</sup> *Dictámenes*, 75: 22.

<sup>31</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 93.

<sup>32</sup> *Dictámenes*, 46: 200.

<sup>33</sup> NAL, *op. cit.*, p. 20; GABOLDE, *op. cit.*, p. 92; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 131; ley española, art. 79.

<sup>34</sup> Ley española, art. 79, inc. 3º: “Las notificaciones defectuosas surtirán, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente;” es de destacar que si no se hace manifestación expresa ni se interpone el recurso, el término no corre. Ver también VIVANCOS, *op. cit.*, p. 131; PERA VERDAGUER, *op. cit.*, p. 25.

<sup>35</sup> Según lo dijimos en *El acto administrativo*, p. 151, nota.

<sup>36</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Ver MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 133.

que aplicamos en el sentido de que si la administración advierte que se ha dado por notificado espontáneamente, pero sin un cabal conocimiento del acto, puede admitir, en homenaje a la buena fe, que la notificación es inválida, y que puede presentar un recurso con posterioridad. Debe, pues, haber un “pleno conocimiento” del acto, para que ello supla la notificación oficial administrativa.<sup>37</sup> Como dato de interés, es de señalar que la ley austríaca, más terminante todavía, rechaza la posibilidad de perfeccionar el acto por un conocimiento no oficial de éste, y considera en todos los casos de falta de formal notificación administrativa, que no ha vencido todavía el término para recurrir.<sup>38</sup>

Por lo demás, la expresa manifestación de voluntad del interesado de darse por notificado de un acto defectuosamente comunicado, no importa a nuestro criterio purgar el vicio de la notificación en forma retroactiva, sino que constituye una notificación nueva. Ello es evidente si se toma en cuenta que el vicio de la notificación es en esos casos (p. ej., omisión de transcribir parte del acto) la *nulidad*, por lo que la eventual anulación del acto de notificación debe producir efectos retroactivos,<sup>39</sup> de allí se desprende que tal vicio es insanable.

#### IV. Términos para recurrir

##### 24. Días corridos o hábiles administrativos

Los términos administrativos se cuentan en ciertos casos por días hábiles administrativos, según lo preceptuado por el decreto 19.041/51: “Para computar los plazos a que se refiere el Decreto N° 7520/44 y su complementario N° 21.680/49, sólo se contarán los días hábiles administrativos.”

El dictado de esta norma, aplicable según su texto a los recursos jerárquico y de revocatoria (pues tales son los recursos reglamentados por los decretos que la misma menciona), se tornó necesario porque, no habiéndose previsto para tales recursos, en los decretos de creación, la forma de contar los plazos, se consideró de aplicación el art. 28 del Código Civil, que dispone: “En los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del Gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.”

La disposición del decreto 19.041/51 es aplicable no sólo a los términos para interponer los recursos de revocatoria y jerárquico, sino también, en el primero de tales recursos, para computar el término de la denegación tácita allí establecida.<sup>40</sup>

<sup>37</sup>ZANOBINI, *op. cit.*, p. 70; NAI, *op. cit.*, p. 20; Consejo de Estado italiano, sentencia del 4 de abril de 1962, en rev. *Il Consiglio di Stato*, año XIII, n° 4, abril, 1962, p. 752, jurisprudencia uniforme; el “pleno conocimiento” implica “exacta cognición de todos los elementos esenciales y fundamentales del procedimiento mismo.”

<sup>38</sup>HELLBLING, *op. cit.*, t. I, p. 387.

<sup>39</sup>VIVANCOS, *op. cit.*, p. 131; PERA VERDAGUER, *op. cit.*, p. 25.

<sup>40</sup>Conf. FIOIUNI, *op. cit.*, p. 42; en contra PEARSON, *op. cit.*, p. 26, quien sostiene que al no constar salvedad alguna entra a regir nuevamente el art. 28 del C. C; pero es de hacer notar, sin embargo, que el decreto 19.041 es amplio y dice sin distinciones: “Para computar *los plazos* a que se refiere

Pero, fuera de las hipótesis incluidas en el decreto 19.041, pareciera ser del caso retornar al art. 28. del Código Civil, computando entonces los términos en días corridos. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con la reclamación administrativa establecida en las leyes 3952 y 11.634, que fijan al respecto un término de seis meses y otro de tres meses; esos términos deben contarse por días corridos.

### 25. *Días hábiles en la administración y en la justicia*

Es de destacar que se trata de días hábiles *administrativos*, es decir, días en que trabaja la administración pública: La aclaración es conveniente pues cabe recordar que ciertos días de feria judicial (enero, Semana Santa) son hábiles para la administración pública, y por lo tanto los términos siguen corriendo durante ellos; a la inversa, puede haber días de asueto administrativo que no lo hayan sido al mismo tiempo de la justicia.

### 26. *Cómputo de los términos*

Los términos administrativos, al igual que los demás, se deben contar a partir del día siguiente de la notificación del acto.<sup>41</sup>

A su vez, para determinar si el recurso ha sido presentado en término, es necesario distinguir la forma en que el mismo ha sido presentado.

a) Si se trata de un escrito presentado directamente en las oficinas administrativas, habrá que tener en cuenta en primer lugar el sello fechador; en ausencia u obliteración de éste, y no habiendo otra prueba indiciaria, deberá estarse a la fecha enunciada en el recurso,<sup>42</sup> y si éste no la tuviera, considerarlo como presentando en término, por el ya mencionado principio de que en la duda procesal debe estarse a favor del administrado.

b) Tratándose de un escrito enviado por carta debe tomarse *la fecha de emisión* y no la de recepción; tal fecha es la de entrega al correo.<sup>43</sup> No habiéndose agregado el sobre al expediente, o no pudiéndose leer en él la fecha del sello de correos, debe procederse igual que en el caso anterior: Tomar en cuenta primeramente la fecha de la carta y en su defecto considerar que el recurso está presentado en término.

c) Por último, en el caso de recursos enviados por telegrama, la fecha a considerarse es también la de emisión.

el decreto 7.520/44 y su complementario N° 21.680/49,” lo que obviamente es genérico y abarca a todos los plazos previstos por tales decretos 7520/44 y 21.680/49, sin que quepa excluir de su ámbito a uno de los allí establecidos, cual es el de la denegación tácita (decreto 7520/44, art. 3°.)

<sup>41</sup> Código Civil, art. 24; ley española, art. 59; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 64.

<sup>42</sup> *Dictámenes*, 71: 137 bis.

<sup>43</sup> *Dictámenes*, 74: 109; ley española, art. 66, incs. 3° y 4°; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 133. Ha dicho la Procuración del Tesoro, en el dictamen citado (74 :109): “Para facilitar su verificación, conviene impartir instrucciones al personal encargado de la recepción en el sentido de agregar los respectivos sobres al expediente, cuidando de no dañar los sellos fechadores.”

d) Desde luego, también es admisible la presentación ante escribano público, en cuyo caso se tomará como fecha aquella en que haya sido labrada el acta notarial.

### 27. *No se computan respecto de los actos nulos e inexistentes*

¿Se computan los términos en caso de tratarse de la impugnación de un acto nulo (o “nulo de nulidad absoluta,” en otra terminología)? GARRIDO FALLA sostiene que “Transcurrido el plazo el acto administrativo deviene firme y únicamente las causas de nulidad *absoluta* podrían dar lugar a su revisión.”<sup>44</sup> En la práctica administrativa argentina también se sostiene que cuando el acto está viciado de “nulidad absoluta” no corren los términos de impugnación;<sup>45</sup> igual solución es aplicable al caso de inexistencia de acto.

### 28. *Suspensión de los términos. El pedido de vista*

En la práctica actual, los términos no se interrumpen ni suspenden por un pedido de vista de las actuaciones<sup>46</sup> por lo que, en caso de que irregulamente se dificulte el acceso al expediente no obstante habersele notificado al interesado de un acto que lo afecta, será necesario dejar planteado en término el recurso, manifestando en forma clara y terminante la voluntad de recurrir, pero reservándose para más adelante, después de haber visto el expediente, la adecuada fundamentación de aquél.

Con todo, el principio es a nuestro criterio errado, pues no distingue suficientemente tres casos diferentes que pueden plantearse:<sup>47</sup>

1º) Que el interesado, pudiendo obtener acceso al expediente en forma directa e informal, quiera no obstante hacer una presentación escrita y formal para que se le dé vista: En este caso, obviamente el principio es adecuado, por cuando hay negligencia de parte del administrado en iniciar un expediente innecesario. Aquí es de correcta aplicación el fundamento dado en la práctica para establecer el citado principio: Que aceptar lo contrario implicaría supeditar el transcurso de los términos a la voluntad exclusiva de las partes; en efecto, si éstas, a pesar de tener acceso al expediente, piden vista innecesariamente, entonces no hay razón por la cual ese pedido superfluo deba suspender o interrumpir los términos.<sup>48</sup>

2º) En cambio, si el pedido de vista se hace porque se ha negado acceso al expediente al interesado (lo que debe ser expresamente alegado por éste en su escrito pidiendo vista), entonces pareciera que la solución debe ser distinta. Entendemos nosotros que si la queja que esta nota implica era correcta, esto es, si efectivamente se ha impedido irregularmente al interesado tener vista

<sup>44</sup> GARRIDO FALLA, *Régimen*, op. cit., p. 295.

<sup>45</sup> *Dictámenes*, 83: 115.

<sup>46</sup> *Dictámenes*, 71: 280, y otros.

<sup>47</sup> Ampliar en nuestros *Estudios*, op. cit., p. 105 y ss.

<sup>48</sup> *Estudios*, op. cit., p. 106.

directa e informal del expediente, entonces corresponde declarar que el término respectivo estuvo suspendido desde ese hecho irregular hasta el momento en que efectivamente tiene acceso a las actuaciones.<sup>49</sup> Si la queja era improcedente, porque no se había dificultado en modo alguno al administrado la consulta del expediente,<sup>50</sup> entonces cabrá resolver que el término para recurrir no fue suspendido por el pedido de vista de las actuaciones.

3º) Por último, si la negativa a permitirle consultar todo o parte del expediente se debe a una disposición que declare reservadas esas actuaciones,<sup>51</sup> el pedido de vista puede significar: *a*) que se ha negado acceso a piezas no previstas en la resolución superior; o *b*) que la resolución es ilegítima o inconstitucional. En tales hipótesis, al haber más complejidad en la cuestión que en el caso anterior (en que sólo se trataba de determinar si se había negado o no acceso al expediente), pareciera impropio hacer una distinción de acuerdo con el resultado del recurso; por lo tanto consideramos que sea cual fuere el resultado del pedido de vista, queda suspendido durante su tramitación el término para recurrir de la decisión originaria,<sup>52</sup> Debe tenerse presente que esta solución no causa perjuicio alguno a la administración, porque lo que se suspende no es en absoluto la resolución recurrida, sino simplemente el término para recurrir de ella; o sea, que la administración puede legítimamente ejecutar el acto de que se trate, sin perjuicio de revisar la legitimidad del mismo si más adelante, una vez que ha tenido vista del expediente, la parte lo cuestiona.

### 29. *Suspensión espontánea de los términos por la administración*

Con prescindencia del criterio que se adopte sobre el problema jurídico mencionado, es de señalar que de todos modos la administración tiene facultades para declarar suspendido el término, hasta tanto se cumpla tal o cual condición. Siendo que las formalidades de procedimiento pueden ser salvadas en beneficio del administrado, nada obsta a que, si alguna razón lo justifica (y un ejemplo de tal tipo de razón puede ser que se esté discutiendo una calificación de “reservado” o “secreto”), decida unilateralmente y con prescindencia de la cuestión comentada, suspender provisoriamente los términos en cuestión.

<sup>49</sup> *Estudios, op. cit.*, p. 106.

<sup>50</sup> Y cabe aclarar, aunque parezca una simpleza, que el derecho a la vista del expediente comprende también el de *copiar* (o reproducir de otra manera) partes o la integridad del mismo. (Pues hay empleados que a veces piensan que la “vista” es nada más que para “leer”....)

<sup>51</sup> Hacernos notar que una tal disposición sólo puede ser adoptada, en principio, por un funcionario con jerarquía no inferior a Director General o cargo equivalente (*Estudios*, p. 99 y ss.) A su vez, en el Seminario de las Naciones Unidas celebrado en Ceilán en mayo de 1959, se consideró que “sólo un Ministro” podría “declarar que un documento determinado no podía ser exhibido.” (*Informe*, p. 2; reproducido como Documento de Trabajo n° 3 en el Seminario de Buenos Aires, *op. cit.*)

<sup>52</sup> *Estudios, op. cit.*, p. 106 y ss.

### 30. *Interrupción de los términos*

La interrupción del término se produce por la interposición del recurso; incidentalmente, es de recordar que si no se ha obtenido vista de las actuaciones conviene presentar el recurso al sólo efecto de interrumpir el término (para obviar toda dificultad), reservándose la fundamentación para luego de conocer el expediente.

Según ya dijimos también, aunque el recurso haya sido mal calificado o tenga defectos formales, es igualmente apto para interrumpir el término.

### 31. *Continuación: Recurso presentado ante autoridad incompetente*

En lo que hace a los recursos presentados ante autoridad incompetente, las soluciones han sido variadas. Se ha entendido en algunos casos que "...su interposición ante autoridad incompetente, por un error excusable tiene efectos suspensivos del término, que no comienza a correr sino a partir de la fecha de la notificación de la resolución desestimatoria que se dicte por el motivo apuntado."<sup>53</sup>

Pero esa solución es híbrida, ya que no supone estrictamente una *suspensión* del término, por cuanto a partir de la resolución denegatoria del recurso por incompetencia, no corren sólo los días restantes de los existentes al momento de presentar el primer recurso,<sup>54</sup> sino que se admite que corre un nuevo término. Tampoco constituye una *interrupción* del término, por la señalada razón de que es necesario reiterar el recurso dentro del término de que se trate, contado a partir de la última decisión. Ello carece de sentido, ya que esta última decisión denegatoria se refiere a una cuestión procesal y no renueva el problema de fondo ni afecta por lo tanto, en ese sentido, los derechos del recurrente. Más lógico es en cambio atribuir al recurso originario presentado ante funcionario incompetente *el carácter de interruptivo del término, sin que sea necesario replantearlo una vez establecida la incompetencia del órgano ante el cual fuera presentado, y debiendo éste enviar el recurso al organismo competente para que él se aboque directamente al recurso.*<sup>55</sup>

### 32. *Continuación: La voluntad de recurrir como requisito de la interrupción*

Como observación general debe advertirse que no se trata de dar el carácter de recurso a todo escrito presentado por el interesado, sino de interpretar con "benignidad" y en su favor, la intención que del escrito se desprende. El principio es que "los recursos administrativos han de interpretarse, no de acuerdo a la letra de los escritos, sino conforme a la intención del recurrente, inclusive cuando éste

<sup>53</sup> *Dictámenes*, 59: 158.

<sup>54</sup> Admiten el carácter suspensivo del recurso presentado ante funcionario incompetente ZANOBINI, *op. cit.*, p.69; VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 127.

<sup>55</sup> En este sentido se orienta la práctica predominante y reciente, *Dictámenes*, 71: 89; 72: 18. Admite también el carácter interruptivo HEREDIA, *op. cit.*, p. 265. Por lo demás, resultaría aplicable analógicamente el principio del derecho común de que la acción, aunque fuese presentada ante magistrado incompetente, interrumpe no obstante el curso de la prescripción.

los haya calificado erróneamente, usando términos técnicos inexactos. Basta que, durante el plazo reglamentario, *haya expresado su voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento.*<sup>56</sup> Por ello, “...si bien el rigorismo procesal no tiene razón de ser en el procedimiento administrativo, esto es que pueden tener valor ciertas manifestaciones de voluntad desprovistas de formulismos sean legales o consagrados por las prácticas administrativas, *también es exacto que tales manifestaciones deben traducir una clara y cierta voluntad de la interposición del recurso, circunstancia que no se descubre a través de las expresiones de la nota de fs...*”<sup>57</sup> por tales razones no pueden interrumpir el término meras “reservas” de derechos tales como: “Me reservo el derecho de ejercer las acciones judiciales y administrativas pertinentes,” siendo necesario entonces manifestar la voluntad actual de recurrir, en el mismo acto.

### 33. *Interrupción por recurso o acción judicial*

El término también puede interrumpirse, a nuestro juicio, por la presentación de un recurso o acción judicial contra el acto; en tales casos, parécenos posible impugnar posteriormente en vía administrativa —en caso de no haberlo intentado previamente al recurso jurisdiccional— el acto atacado sin éxito ante la justicia.<sup>58</sup> No ocurrirá lo mismo a la inversa: El recurso administrativo presentado en término no puede en principio interrumpir el término para recurrir a la justicia.

La diferencia de soluciones se funda en que en el primer caso el término que se considerará interrumpido por extensión, es del procedimiento administrativo, y por ende prima a su respecto el principio del informalismo en favor del administrado; en el segundo se trata de un término judicial y por ello cabe estar más estrictamente a sus requisitos formales.

## V. *Nulidad de los actos de procedimiento*

### 34. *Distinción entre la nulidad de los actos de trámite y del acto que resuelve el fondo de la cuestión*

Es muy importante distinguir la nulidad de los actos de procedimiento, de la nulidad de los actos administrativos que hacen al fondo de la cuestión, pues la apreciación de un vicio determinado variará según se lo considere en relación al procedimiento o en relación al acto. Los actos de procedimiento son en su origen de trámite, y como tales habrán de ser impugnados; sus nulidades serán nulidades procesales. En cambio, una vez dictado el acto decisorio sobre el fondo

<sup>56</sup> *Dictámenes*, 68: 222; 65: 45; 76: 82, etc. El subrayado es nuestro.

<sup>57</sup> *Dictámenes*, 57: 120; el subrayado es nuestro.

<sup>58</sup> Ver ZANOBINI, *op. cit.*, p. 69. La jurisprudencia italiana se pronuncia en el sentido de que si el particular interpone el recurso jurisdiccional creyendo, por un error excusable, definitivo el procedimiento administrativo, la administración puede concederle un nuevo plazo, a partir del rechazo del recurso jurisdiccional, para interponer el recurso administrativo.

de la cuestión, éste puede a su vez ser impugnado en consideración a tales vicios del procedimiento previo a la emanación del acto; tales nulidades pueden ya ser consideradas como nulidades de fondo,<sup>59</sup> particularmente como *vicios de la voluntad administrativa del acto*, antes que como vicios de forma.<sup>60</sup> Mientras el acto administrativo no ha sido dictado, pues, los diferentes actos de preparación y formación de la voluntad administrativa integran simplemente el trámite o procedimiento; si el acto no llegara a ser dictado, se mantendrán como meros actos de procedimiento. Sin embargo, si el procedimiento culmina en un acto administrativo, entonces algunos de esos actos previos pasan directamente a integrar dicho acto, por lo que su régimen jurídico, nos parece, debe ser el que corresponde al derecho de fondo.

35. *El criterio de que no hay nulidad sin daño se aplica sólo a los actos de trámite*

Por ello entendemos que los criterios del derecho procesal de que no hay nulidad sin daño, y de que las nulidades procesales deben interpretarse con criterio restringido, es aplicable sólo a los verdaderos actos procedimentales que no han afectado todavía, o no llegarán a afectar, la validez del acto administrativo de fondo; pues en el último supuesto ya no es de aplicación la teoría de las nulidades procesales, sino la teoría de las nulidades del acto administrativo.<sup>61</sup>

36. *La violación de la garantía de la defensa como nulidad de fondo o de procedimiento*

En lo que hace a la defensa en juicio, por ejemplo, su violación puede constituir tanto un vicio de procedimiento como un vicio del acto administrativo. Mientras no se ha decidido sobre el fondo del asunto, en consecuencia, pareciera posible afirmar que una anterior indefensión no hace necesario anular el procedimiento realizado (salvo que por la naturaleza de la prueba, v. gr., testigos, sea absolutamente indispensable el controlador del interesado durante su producción), y que basta con que en ese monte se comience a permitir la plena defensa del interesado.

Pero una vez que se ha adoptado una decisión sobre el problema de fondo, si previamente a ella no se ha dado intervención a la parte, entendemos que la consecuencia aplicable es la nulidad, correspondiendo revocar el acto y decidir que es el mismo órgano inferior que debe otorgar oportunidad de defensa y volver

<sup>59</sup> Comp. GARRIDO FALLA, *Tratado*, p. 453 y 457, quien sostiene, con la jurisprudencia española, que los actos de trámite no pueden impugnarse por sí mismos, sino en cuanto afecten al acto administrativo final, pero incluso entonces sólo como vicios de forma. Creemos sí que hay que diferenciar el acto-trámite en cuanto tal y en cuanto afecte al acto administrativo; pero no con el sentido indicado, según lo explicamos en el texto.

<sup>60</sup> Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, pp. 117 y ss., 148.

<sup>61</sup> Ver nuestro trabajo citado, p. 81 y ss.

a decidir sobre la cuestión.<sup>62</sup> En esta hipótesis hay nulidad del acto (en el sentido de que se lo extingue retroactivamente), pero no nulidades del procedimiento (en cuanto no habrá necesidad de hacerlo *todo* nuevamente, sino sólo lo inherente a la defensa del administrado.)

## VI. Costas

### 37. *Improcedencia*

En esta materia es clásico del procedimiento administrativo que no haya en él condenación en costas, cualquiera sea el resultado del recurso. En consecuencia, si el recurrente pierde el recurso, sólo debe abonar los gastos del sellado,<sup>63</sup> en caso de que los haya.

En el caso inverso, si triunfa en el recurso, y se le reconoce en definitiva que el acto impugnado era ilegítimo, la solución no varía. Se ha establecido en tal sentido que “Respecto a la solicitud de reconocimiento de honorarios, intereses y sellados, estimo que siendo el recurso jerárquico un recurso administrativo... pero no contencioso... no puede hablarse en él de parte vencida. La reclamación del reconocimiento de los honorarios profesionales por el asesoramiento jurídico, como igualmente el de los intereses y sellados, importa una pretensión de aplicar costas a la administración, lo que no cuadra ni cabe en el procedimiento administrativo.”<sup>64</sup>

### 38. *Supresión del sellado de actuación*

En verdad, pareciera que si en caso de perder el recurso el administrado debe pagar el sellado, en caso de ganarlo correspondería que la administración lo eximiera del pago del mismo.

Pero el problema ha perdido actualidad en este aspecto, pues la ley 16.450 suprimió en el orden nacional el impuesto de sello en las actuaciones administrativas.<sup>65</sup> Dado entonces que ésa era la única objeción que cabía hacer al principio anteriormente citado, puede concluirse en que su solución es, en el presente, correcta: No habrá pues en el procedimiento administrativo condenación en costas ni resarcimiento de gastos, sea cual fuere el resultado del recurso.

<sup>62</sup> Ídem, pp. 119 y 120.

<sup>63</sup> Conf., entre otros, PADILLA VELAZCO, RENÉ, documento de trabajo n° 14, página 14, presentado al seminario de las Naciones Unidas realizado en Buenos Aires, cit.; ley austríaca, art. 75, inc. 3°; HELLBING, *op. cit.*, p. 505.

<sup>64</sup> *Dictámenes*, 67: 59; 64: 1.

<sup>65</sup> Ley 16.450, artículo 6°, punto 25, que deroga el art. 53 de la ley de sellos, t. o. 1961.

### 39. *Caso en que hay dos particulares en contradicción*

Por ello, la regla es en definitiva que tanto la administración como cada parte debe sufragar sus propios gastos.<sup>66</sup>

No obstante, habiendo dos partes en contradicción, y triunfando una, parecería lógico que sea la otra la que debe cargar con las costas que el procedimiento ocasiono a la primera. La ley austríaca autoriza a la administración a fijar dichas costas;<sup>67</sup> pero entre nosotros, en ausencia de norma expresa, dicho reclamo requeriría un juicio ordinario.

<sup>66</sup>Ley austríaca, arts. 74 y 75; HELBLING, *op. cit.*, pp. 500-5; pero es de destacar que la ley austríaca autoriza en ciertos casos especiales a imponer algunos tipos de costas al recurrente. (V. arts. 75 y ss.)

<sup>67</sup>Art. 74, inc. Inc. 2º; HELBLING, *op. cit.*, p. 500.



PARTE ESPECIAL

LOS RECURSOS EN PARTICULAR

CAPÍTULO VIII: *Recurso de revocatoria*

CAPÍTULO IX: *Recurso jerárquico*

CAPÍTULO X: *Otros medios de impugnación*

CAPÍTULO XI: *Los recursos administrativos en la práctica*

CAPÍTULO XII



## CAPÍTULO VIII

### RECURSO DE REVOCATORIA

#### SUMARIO

1. Concepto doctrinal .....	PRA-VIII-1
2. Concepto positivo .....	PRA-VIII-1
3. Antes quien se interpone .....	PRA-VIII-2
4. La solución dada por el Decreto 2126/61 .....	PRA-VIII-3
5. a) En la administración centralizada .....	PRA-VIII-3
6. a') Valoración del sistema actual .....	PRA-VIII-4
7. b) Ante quien se interpone, en la administración descentra- lizada .....	PRA-VIII-5
8. Contra qué actos procede. a) En razón del contenido y la naturaleza del acto .....	PRA-VIII-6
9. b) En razón del órgano .....	PRA-VIII-6
10. Continuación: Procedencia de interponer recurso de revoca- toria “omisso medio” .....	PRA-VIII-7
11. Término para interponerlo .....	PRA-VIII-8
12. Denegación tácita del recurso .....	PRA-VIII-8
13. Denegación expresa. a) Antes de la denegación tácita .....	PRA-VIII-9
14. b) Después de la denegación tácita .....	PRA-VIII-9
15. c) Denegación expresa de un recurso de revocatoria inter- puesto fuera de término .....	PRA-VIII-10



## *Capítulo VIII*

### *RECURSO DE REVOCATORIA<sup>1</sup>*

#### *1. Concepto doctrinal*

En el sentido original del término, y doctrinariamente correcto, el recurso de revocatoria sería aquel presentado ante el mismo órgano que dictó un acto, para que lo revoque por contrario imperio: O sea, el recurso es resuelto por el mismo órgano que dictó el acto impugnado.

En este sentido, el recurso de revocatoria no es otro que el llamado —en otras terminologías— “recurso de oposición,”<sup>2</sup> “recurso de reposición,”<sup>3</sup> “recurso de revocación”<sup>4</sup> o “recurso de reconsideración.”<sup>5</sup> Esta última es la denominación que ha imperado en la práctica argentina para designar este concepto, pues el otro término, “revocatoria,” ha adquirido un significado diverso.

#### *2. Concepto positivo*

En efecto, la significación actual del término en el derecho argentino no es ya de recurso de oposición, etc., ante el mismo órgano que dictó el acto, sino la de una especie de recurso jerárquico menor.

El decreto 7520/44, al reglamentar el recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo nacional, dispuso que como condición previa debía “haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada *por la autoridad superior* del funcionario u órgano del cual emanó la resolución recurrida.”<sup>6</sup>

<sup>1</sup> El presente capítulo fue publicado en *JA*, el 21 de noviembre de 1963, bajo el título: “El recurso de revocatoria en el procedimiento administrativo nacional. Aspectos de trámite.”

<sup>2</sup> Así ZANOBI, *op. cit.*, pp. 75 y ss.; GUICCIARDI, p. 101; ALESSI, *op. cit.*, p. 107; etc. FIORINI, *Proyecto nacional*, art. 49 y ss.; *Proyecto provincial*, art. 56 y ss.

<sup>3</sup> Ley española de procedimiento administrativo, art. 126; ley española de la jurisdicción contenciosa administrativa, art. 52 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 149; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 204; VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 145; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 473.

<sup>4</sup> REAL, *op. cit.*, p. 20; FRAGA, *op. cit.*, p. 486; BIELSA, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

<sup>5</sup> NAVA NEGRETE, *op. cit.*, p. 103; FRAGA, *op. cit.*, p. 486.

<sup>6</sup> Artículo 2, inc. 3°. El subrayado es nuestro.

Esto importa, desde luego, un error de concepto, pues al afirmarse que se presentará un recurso de “revocatoria” ante el órgano *superior* del que dictó el acto recurrido, se altera la terminología corriente. En la terminología de dicho decreto, entonces —que es la que se aplica en la práctica administrativa—, el recurso de revocatoria ha perdido el carácter de “oposición,” “reposición,” “reconsideración,” etc., para transformarse en un recurso jerárquico de grado menor, llamado también, precisamente por eso, “recurso jerárquico menor.”<sup>7</sup>

Se ha dicho así pues que “... en los casos en que continúa funcionando el recurso de revocatoria previo al jerárquico, el primero no es en puridad de verdad un recurso de revocatoria en el sentido original de la expresión, pues no debe interponerse ante la misma autoridad que dictó el acto, sino «ante la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emanó la resolución recurrida» (art. 2, inc. 3 del decreto 7520/44.) Esto equivale a decir que el llamado recurso de revocatoria por el decreto en cuestión, es también un recurso jerárquico... y es seguido por un segundo recurso jerárquico que se interpone ante el Ministerio, y que el decreto llama por su verdadero nombre.”<sup>8</sup>

Si bien la terminología no se ajusta a la usual en doctrina, creemos que después de tantos años de pacífica aplicación en nuestro país no es ya el caso modificarla —por lo menos en ausencia de norma expresa en contrario.<sup>9</sup> De allí que le sigamos llamando “recurso de revocatoria” en el sentido de recurso jerárquico menor, y que evitemos emplear ese término cuando nos refiramos al recurso de reconsideración.

### 3. *Ante quién se interpone*

El decreto 7520/44 planteó en su oportunidad un difícil problema interpretativo. En efecto, el inicio 3º dice que para que sea procedente el recurso jerárquico debe haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta “denegada por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emanó la resolución recurrida, o... provenir la resolución directamente de la misma autoridad mencionada.”

El problema interpretativo consiste en determinar qué se entiende por “autoridad superior” del funcionario u órgano administrativo. La práctica administrativa fue resolviendo parcialmente la cuestión a través de los años, y así fue como se estableció que en los recursos jerárquicos respecto a las entidades autárquicas, por ejemplo, era autoridad superior —a efectos de determinar si era o no nece-

<sup>7</sup> *Dictámenes*, op .cit., 37: 141; 39: 271; 42: 11; PEARSON, op. cit. p. 26.

<sup>8</sup> *Dictámenes*, 39: 271, 288.

<sup>9</sup> Mantiene de hecho la terminología PEARSON, op. cit., y su artículo “El recurso de revocatoria en la administración nacional,” en *Rev. de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, año 5, n° 20, julio-agosto de 1950, pp. 988-991; CANASI, JOSÉ, “Los recursos jerárquico y de revocatoria y del derecho 2126/61,” en *anales de Legislación Argentina*, t. XXI-A, p. 441 y ss., en nota; FIORINI, *Recurso jerárquico*, p. 42 y ss.

saría la revocatoria previa— precisamente el organismo máximo de éstas.<sup>10</sup> En la administración central, de fue determinando que eran “autoridad superior,” al mismo efecto, los Ministros y Secretarios de Estado,<sup>11</sup> pero no hubo mucha uniformidad respecto a los Directores Generales y demás cargos similares. (Secretario General de Ministerio, Inspector General, etc.)<sup>12</sup>

#### 4. *La solución dada por el Decreto 2126/61*

El problema<sup>13</sup> ha sido resuelto recientemente, mediante el decreto 2126/61,<sup>14</sup> el cual dispone: “El recurso de revocatoria a los efectos del decr. 7520/44, será resuelto por las autoridades superiores de la entidades descentralizadas y por los funcionarios de la administración central con jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado.”

“Contra las decisiones de las autoridades y funcionarios enumerados en el párr. 1º y de los funcionarios de jerarquía superior de cada departamento, corresponderá directamente el recurso jerárquico, salvo las excepciones previstas en las normas vigentes.”

Se trata, pues, de dos hipótesis distintas, según el acto impugnado se haya producido en la administración central o descentralizada.

#### 5. a) *En la administración centralizada*

En el memorándum con que se acompaña el proyecto de decreto que fuera elevado al Poder Ejecutivo por la Proclamación del tesoro de la Nación —autora del mismo—, se dice precisamente que ese cargo “inmediato inferior” a subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado, corresponde generalmente a los cargos de Director General o equivalente. Por supuesto, en cada caso concreto deberá analizarse la organización jerárquica del Ministerio o Secretaria de estado de que se trate, a fin de determinar quién es exactamente el funcionario u órgano que se encuentra en tal relación de inmediata dependencia.

La situación actual, en consecuencia, es que el recurso de revocatoria se presenta ante el Director General (o cargo equivalente, con las aclaraciones previamente efectuadas), de cuya resolución puede recurrirse ya ante el poder Ejecutivo en el recurso jerárquico formal.

<sup>10</sup> Generalmente el directorio del ente; o, en la Universidad Nacional de Buenos Aires, por ejemplo, el Consejo Superior Universitario. *Dictámenes*, 39: 52.

<sup>11</sup> Así *Dictámenes*, 75: 22; 70: 165, y otros.

<sup>12</sup> Ver *Dictámenes*, 59: 156; 70: 170 y 175.

<sup>13</sup> Un autor sostiene que la cuestión es sencilla, y no hubiera requerido el dictado de un decreto especial para resolverla; indica que ella debe ser resuelta por aplicación del art. 10 del mismo decreto 7520. Este artículo dice: “Los directores generales, inspectores generales y los directores generales de administración producirán informes sobre todo asunto que corresponda a su respectiva oficina;” de allí se desprendería la competencia de estos funcionarios para decidir el recurso de revocatoria. CANASI, *op. cit.* p. 444.

<sup>14</sup> B.O., 7-IV-1961; “Anales de Legislación Argentina,” t. XXI-A, p. 441, con nota de CANASI.

En caso de que la decisión que agravia al interesado provenga de este funcionario, entonces no es necesario interponer el recurso de revocatoria, y se puede recurrir directamente, sin más trámite, ante el poder Ejecutivo.

#### 6. a') *Valoración del sistema actual*

La supresión del recurso de revocatoria, como previo al jerárquico, en los actos de funcionarios superiores a Director General, no tiene por efecto impedir acudir en vía jerárquica común ante el Secretario o Estado o el Ministro, sino facilitar la interposición del recurso jerárquico.

Luego de varios años de aplicación del decreto 7520/44 se había advertido, en efecto, que exigir la presentación de la revocatoria ante el Ministro era obligarlo a éste a resolver expresamente el recurso: Si lo acogía, no había ningún problema, pues allí terminaba el procedimiento; pero si en cambio lo rechazaba, se daba luego la incongruencia de que era el mismo Ministro quien debía resolver la preparación del proyecto de decreto decidiendo el recurso jerárquico contra su propio acto.<sup>15</sup>

Este sistema implicaba en tales casos que si el Presidente consideraba que el acto impugnado era ilegítimo, debía dictar un decreto revocando el acto del Ministro...para lo cual necesitaba también la firma de ese mismo Ministro: Ello significó a veces una traba para decisión final, pues bien se comprende que Ministro no estaría muy bien predispuesto para contribuir a revocar su propio acto por vía jerárquica; por lo demás, es obviamente incómodo y molesto estar obligado a firmar un decreto revocando, por expresas razones de ilegitimidad, un acto que él mismo había dictado.

Esto es precisamente lo que ha solucionado el decreto 2126/61: Al decir que el jerárquico es resuelto directamente por el Poder Ejecutivo, sin necesidad de recurso de revocatoria al Ministro o Secretario de Estado, hace que el Ministro en caso de estimar que el recurso debe rechazarse, pueda (sin aventurar todavía públicamente su opinión, y evitándose así un desmentido o revocación oficial de su acto) preparar el proyecto de decreto, consultar al Presidente, y eventualmente, en caso de que éste considere que el proyecto debe hacerse en forma distinta, cambiarlo sin mayores dificultades.

Este nuevo sistema no implica cerrar una vía de recurso, como bien lo señala el considerando cuarto del decreto 2126/61, que expresa: "...lo resuelto en este decreto sobre la autoridad a la que corresponde decidir el recurso de revocatoria del dec. 7520/44, es, *sin perjuicio de la potestad fiscalizadora que sobre los actos*

<sup>15</sup> Pues, por supuesto, los decretos del Poder Ejecutivo son proyectados y confeccionados en los respectivos Ministerios y Secretarías de Estado. En realidad, los ministros no refrendan decretos ya hechos y firmados por el presidente, sino que es el presidente quien firma decretos preparados y "refrendados" de antemano por los ministros.

*de sus inferiores jerárquicos compete a los ministros y secretarios de Estado. (Ley 14.439, art. 2º, inc. 8 y 3.)*<sup>16</sup>

Por ello, el procedimiento actual es que, si el Ministro o Secretario de Estado, al considerar un recurso jerárquico, estima que el administrado tiene razón y el acto impugnado es ilegítimo, *no tiene necesidad de preparar un proyecto de decreto sino que puede resolver directamente*, por control de legitimidad sobre los actos de sus inferiores, *revocar el acto impugnado, haciendo lugar a lo solicitado*; no es necesario pues iniciar el pesado trámite administrativo del dictado de un decreto del Poder Ejecutivo: Basta la simple resolución ministerial o del Secretario de Estado. A su vez, si el Ministro o Secretario de Estado consideran que el recurso debe ser rechazado, no lo rechazan ellos mismos (pues no tiene competencia para ello), ni tienen necesidad de rechazar recurso alguno de revocatoria, pues éste no está ya exigido formalmente; simplemente pues, preparan en tal caso el proyecto de decreto rechazando el recurso. Posteriormente, si el presidente fuera de distinta opinión, puede sin más cambiarse el proyecto y firmarse un decreto haciendo lugar al recurso.

Se advierte así que el problema de fondo no ha variando, en realidad; que no se ha cerrado una vía de recurso, y que no se ha perjudicado a los recurrentes; por el contrario, se ha agilizado y perfeccionado el procedimiento, dando desde el punto de vista práctico una mayor posibilidad al recurrente de que su recurso sea resuelto eficazmente.

Por ello, si bien no había tal vez estrictas razones de orden jurídico para establecer la modificación,<sup>17</sup> sí las había, en cambio, de orden práctico: Estas últimas determinan la conveniencia del nuevo sistema.

#### *7. b) Ante quien se interpone, en la administración descentralizada*

En la administración descentralizada (entes autárquicos, empresas del Estado, etc.) el recurso de revocatoria deberá pues dirigirse a las autoridades superiores del ente.

Esta afirmación, sencilla en principio, puede ocasionar dificultades ante las complejas organizaciones y distribución de facultades que las cartas orgánicas de cada entidad o empresa estatal se dan a sí mismas. En las entidades autárquicas, por ejemplos, es bastante habitual que sea el directorio del ente quien tenga las máximas facultades ejecutivas dentro del organismo, y por lo tanto es ante él que se interpone el recurso de revocatoria, y de sus decisiones se sigue ya con el recurso jerárquico.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> El subrayado es nuestro. No consideramos, por ello, que este sistema del decreto implique considerar al Poder Ejecutivo como órgano pluripersonal. (En contra GOLDSCHMIDT, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1962, p. 382.)

<sup>17</sup> Así FIORINI, p. 42; CANASI, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> Así la hipótesis contemplada por CANASI, *op. cit.*, p. 443.

No obstante, en ciertas empresas del Estado se ha creado una peculiar asignación de competencias. En algunas de ellas, el directorio de la empresa tiene a su cargo formular la política general de la misma, aprobar los planes de contrataciones, etc. pero siempre en el plano reglamentario, general; mientras que al gerente general se le atribuyen todas las facultades ejecutivas: Él puede contratar por sí, nombrar y remover empleados, etc. El tema es sumamente difícil de decidir, pues es práctica habitual que de las decisiones del gerente se admita en tales empresas un recurso ante el directorio; si esta última fuera la tesis correcta, entonces ese directorio sería la autoridad superior de la empresa; en cambio, si nos atuviéramos a la carta orgánica, pudiera resultar que en ciertas hipótesis sea el gerente quien decida en la máxima jerarquía ejecutiva, y sería él en consecuencia la autoridad superior del ente, a efectos del recurso jerárquico.

Tratándose de un punto dudoso, debe estarse a favor del administrado en los casos ocurrentes, y admitir entonces que sus recursos, hayan sido planteados ante el gerente o ante el directorio, están bien interpuestos. Esto, tanto respecto al de revocatoria como al jerárquico, de acuerdo con la vieja tesis de que en los escritos de incorrecta denominación técnica la administración debe dar al recurso el carácter que según el caso se interprete que corresponda.<sup>19</sup>

### *Contra qué actos procede*

#### *8. a) En razón del contenido y la naturaleza del acto*

El decreto 7520/44 no tiene ninguna limitación expresa en cuanto a los actos impugnables por el recurso de revocatoria, pero dado que este recurso es un presupuesto necesario del jerárquico, parece lógico hacerle extensivos los principios que rigen al mismo. Por ello, solo pueden impugnarse actos que produzcan efectos jurídicos inmediatos (no, en consecuencia, los meros actos preparatorios: Dictámenes, informes, pericias, proyectos de resolución, resoluciones “ad referendum,” etc.)

#### *9. b) En razón del órgano*

Debemos ahora determinar los actos de qué funcionarios son impugnables mediante este recurso. No habiendo disposición expresa en el decreto, creemos que no cabe hacer limitación alguna en su aplicación: Por lo tanto, el acto de cualquier funcionario de jerarquía inferior a Director General<sup>20</sup> es impugnable mediante recurso de revocatoria ante el Director General, tanto si él es a su vez un inmediato inferior de éste, o se encuentra más abajo aún en la escala jerárquica.

<sup>19</sup> Como se ha hecho precisamente toda vez que se presentaba recurso de revocatoria cuando procedía el jerárquico, o jerárquico cuando procedía el de revocatoria. *Dictámenes*, 62: 112; 71: 170; 76: 76 y otros.

<sup>20</sup> De aquí en adelante, y por razones de comodidad, generalizamos este termino, dando por entendido implícitamente que nos referimos siempre al funcionario “con jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de Ministerio o Secretaria de Estado.”

Ello se funda principalmente en que el recurso está establecido en interés y protección del administrado, y en el repetido criterio de la benignidad e informalismo que cabe aplicar en esta materia.

10. *Continuación: Procedencia de interponer recurso de revocatoria “omisso medio”*

En nuestro concepto, en consecuencia, contra los actos de un funcionario alejado hacia abajo en la escala jerárquica, del Director General, cabría recurrir *omisso medio* ante el mismo, prescindiendo de las etapas jerárquicas intermedias que pudieran existir.

Sin embargo, debemos señalar que no hay antecedentes sobre la cuestión, salvo un oscuro y no muy terminante *dictum* en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación,<sup>21</sup> en que se dijo que “el... recurso jerárquico común sólo se da contra resoluciones del Director General... revistiendo las quejas que apuran la vía jerárquica interna, el carácter de recursos jerárquicos no reglamentados.” La tesis que parece desprenderse de ese dictamen es a nuestro juicio equivocada, pues no se apuraría dicha vía jerárquica interna mediante “recursos no reglamentados” sino precisa y específicamente mediante el recurso especialmente creado y reglamentado al efecto, el recurso de revocatoria.

En apoyo del criterio que propugnamos cabe indicar que el decreto 7520/44 expresa que “Procederá el recurso jerárquica contra las decisiones dictadas *por funcionarios públicos, órganos centralizados...*” (art. 1º), y que antes de tramitarse el recurso jerárquico debe interponerse un recurso previo de revocatoria ante “la autoridad superior *del funcionario u órgano administrativo* del cual emanó la resolución recurrida” (art. 2º, inc. 3º.) En ambos casos, cuando se habla de la decisión inicial que se impugna primero por revocatoria y luego por jerárquico, se habla en sentido genérico de actos de los “funcionarios públicos,” sin establecerse distinciones de ninguna índole, sea en razón de la materia, *sea en razón del grado*.

Si el decreto no limita la procedencia del recurso a los actos originariamente dictados por ciertos y determinados funcionarios, la conclusión lógica parece ser que el recurso procede, bajo el procedimiento de revocatoria-jerárquico, contra los actos de cualquier funcionario u órgano inferior. Es decir; que el acto de cualquier funcionario inferior a Director General es impugnabile por recurso de revocatoria, para dar lugar así al jerárquico. Mal puede establecerse por vía interpretativa distinciones que el reglamento no ha previsto y que además van en contra de los principios generales del procedimiento administrativo (celeridad-economía; benignidad); es necesario además tener en cuenta el aspecto valorativo, y en tal sentido cabe reconocer que se compadece más con los requerimientos de la justicia<sup>22</sup>

<sup>21</sup> *Dictámenes*, 76: 52.

<sup>22</sup> Que desde luego es un elemento integrante del mundo jurídico, y debe formar parte del razonamiento jurídico. Ver *supra*, cap. V, nota 54.

el admitir la posibilidad de recurrir rápidamente a una autoridad medianamente imparcial y munida de asesoramiento jurídico estable, que el exigir un fatigosa tramitación a través de funcionarios carentes de suficiente imparcialidad —por su cercanía a la cuestión— y carentes también de asesoramiento jurídico.<sup>23</sup>

### 11. *Término para interponerlo*

Establece el decreto 21.680/49 (art. 1º) que: “El recurso de revocatoria, al cual se refiere el art. 2º, apartado 3, primer párrafo, del Decreto N° 7520/944, deberá ser interpuesto dentro de los quince días de la notificación de la resolución que se recurra.”

La norma es clara y no requiere mayor explicación; respecto al cómputo del término, suspensión e interrupción, etc.; nos remitimos a la parte general, donde ya lo hemos expuesto en detalle. (*Supra*, cap. VII, n° 23 y ss.)

### 12. *Denegación tácita del recurso*

El decreto 7520/44 ha instituido respecto del recurso de revocatoria el llamado silencio de la administración, bajo la forma de la denegación tácita.

El silencio de la administración generalmente no puede interpretarse como una manifestación de voluntad administrativa (es decir, como un acto administrativo), pero si una norma expresa dispone que el silencio en determinadas circunstancias debe ser considerado como manifestación expresa, ello es perfectamente posible. Desde luego, es un sistema necesario, que el legislador y el administrador deben establecer para proteger a los administrados contra la inercia o la negligencia de los organismos administrativos que deben resolver.

Si bien podría establecerse que el silencio implica una aquiescencia a lo que se solicita (p. ej., que transcurridos tantos días de la presentación del recurso, se entiende que el mismo ha sido admitido), lo usual es que se le dé el significado de denegación tácita,<sup>24</sup> o sea, que transcurrido el lapso que la norma establece, después de la interposición del recurso, debe entenderse que él ha sido denegado.

Tal es la poción adoptada por el decreto 7520/44, que en su artículo 3º expresa: “Se entenderá, para este tramite, que ha sido denegado el pedido de revocatoria cuando no fuese resuelto dentro del término de diez días a contar desde su presentación.”

El término de diez días se cuenta a partir del día siguiente de la interposición del recurso, y queda abierta la vía para interponer el recurso jerárquico a partir del día siguiente a la expiración del citado plazo de diez días.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> En la administración central los organismos de asesoramiento jurídico están por lo general recién a la altura de Dirección General.

<sup>24</sup> SAYAGUES LASO, *op. cit.*, p. 493; LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 346; ZANOBINI, *op. cit.*, t. I, Milán, 1958, p. 285 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, *op. cit.*, t. III, p. 349.

<sup>25</sup> FIORINI, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

De acuerdo con la tesis de que no es aceptable el recurso jerárquico “en subsidio,” esto es, si no hay un acto denegatorio que abra ya la vía jerárquica ante el Poder Ejecutivo, se ha interpretado que si se interpusiera el recurso jerárquico, en el caso que comentamos, antes de producirse la denegación tácita por el transcurso de los diez días, el mismo sería improcedente;<sup>26</sup> solución equivocada si se tiene en cuenta, entre otras cosas, que aunque no hubiera “interés actual” al momento de la interposición del recurso, sí lo hay después de transcurridos los diez días, cuando se produce de pleno derecho la denegación tácita.

El término se computa por días hábiles administrativos, según ya lo dijimos, pues es uno de los “plazos” a que se remite el decreto 19.041/51, al disponer dicha forma de computar los términos de los recursos de revocatoria y jerárquico.<sup>27</sup>

### *Denegación expresa*

#### *13. a) Antes de la denegación tácita*

El recurso de revocatoria puede también ser denegado expresamente por el Director General. Dicha denegación expresa puede efectuarse tanto dentro del plazo de diez días que corre para la denegación tácita, como después de expirado el mismo.

En caso de que la denegación expresa se produzca durante el plazo de diez días que corre para la denegación tácita, es obvio que la posibilidad de que se produzca la denegación queda eliminada, y con ella también la posibilidad de computar el término para el recurso jerárquico a partir de la terminación de esos diez días. En este caso, pues, en que se produce una denegación expresa antes de los diez días, el término para recurrir jerárquicamente se computa a partir de la notificación de dicha resolución expresa, y vencido el mismo, queda ya cerrada la vía del recurso jerárquico formal.

#### *14. b) Después de la denegación tácita*

A su vez, si la denegación expresa se produce después de la denegación tácita, ella se ha considerado perfectamente factible, y reabre el término para recurrir jerárquicamente,<sup>28</sup> a partir de la notificación de dicha denegación.

Ello puede presentar muchas variantes; puede ser que la notificación de la denegación expresa se produzca, p. ej., cinco días antes de expirar el plazo para recurrir jerárquicamente a partir de la denegación tácita: En tal caso el plazo queda automáticamente ampliado en diez días más (o sea, quince a partir de la notificación de la denegación expresa.) Puede también ocurrir que expirado el plazo para recurrir jerárquicamente a partir de la denegación tácita, y cerrada en principio dicha vía, se produzca no obstante la denegación expresa del recurso de

<sup>26</sup> *Dictámenes*, 68: 123.

<sup>27</sup> Conf. FIORINI, *op. cit.*, p. 42; contra PEARSON, *op. cit.*, p. 26; *supra*, cap. VII, n° 24.

<sup>28</sup> Nos referimos, desde luego, al recurso jerárquico propio o mayor, ante el Poder Ejecutivo.

revocatoria: En tal caso se reabre el término para recurrir jerárquicamente, por quince días a partir de la notificación de esta denegación expresa de la revocatoria.

“Esta conclusión se funda en que, solicitada la revocatoria y no decidida dentro de los diez días subsiguientes, el interesado tiene derecho a interponer el recurso por denegatoria tácita, dentro de los quince días posteriores, pero no está obligado a ello. Si no lo interpone, es lógico que sólo pueda hacerlo —como lo he anticipado— dentro de los quince días de la denegatoria expresa.”

“Si se interpretara que, al no recaer decisión expresa sobre la revocatoria propuesta dentro de los diez días, el interesado estuviera obligado a interponer el recurso en los quince días subsiguientes, so pena de perder el derecho de ejecutarlo después, la sustanciación de la revocatoria vendría a ser en la mayoría de los casos prácticamente imposible. Es razonable que si la no interposición del recurso en el plazo previsto para la denegatoria tácita, no obsta a la prosecución del trámite de la revocatoria, el derecho al recurso subsiste frente a la posterior denegatoria expresa y por el término fijado por el decreto 7520/44.”<sup>29</sup> En este dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación se hace a su vez remisión a uno anterior en el que se expresaba: “En mi concepto, los artículos 3º y 4º transcritos, deben interpretarse teniendo en cuenta la finalidad perseguida, vale decir, como garantía en favor de los administrados contra el silencio de la administración que de otra manera podría impedir con esa actitud pasiva, que sus actos fuesen sometidos a contralor jerárquico y aún jurisdiccional. Pero ellos no deben interpretarse en forma tal que se considere caducado el derecho a interponer el recurso si el interesado no recurre dentro los quince días subsiguientes a los diez de la fecha en que se presentó el pedido de revocatoria, porque con semejante interpretación habría que denegar un 90% de los recursos jerárquicos interpuestos pues por lo general el interesado aguarda siempre la resolución que ha de recaer ante la revocatoria interpuesta, que siempre demora más de diez días en producirse.”<sup>30</sup>

#### 15. c) *Denegación expresa de un recurso de revocatoria interpuesto fuera de término*

Si el particular presenta un recurso de revocatoria fuera de término, el mismo sería improcedente y estaría ya cerrada la vía del jerárquico formal. Pero si el Director General resuelve expresamente este recurso de revocatoria presentado fuera de término, su decisión abre no obstante dicha vía jerárquica, y es posible presentar el recurso jerárquico a partir de la notificación de esta decisión expresa,<sup>31</sup> incluso aunque la revocatoria haya sido desechada por razones formales.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> *Dictámenes*, 36: 41 y ss.; en igual sentido, 68: 264; 71: 74, 251, 254; 74: 405; 75: 294.

<sup>30</sup> *Dictámenes*, 36: 43 y 44.

<sup>31</sup> *Dictámenes*, 53: 275.

<sup>32</sup> *Dictámenes*, 53: 276 *in fine* y 277.

## CAPÍTULO IX

### RECURSO JERÁRQUICO

#### SUMARIO

I. <i>Recurso jerárquico propio</i> .....	PRA-IX-1
1. El concepto de recurso jerárquico .....	PRA-IX-1
2. Comparación con el recurso extraordinario del derecho italiano .....	PRA-IX-1
3. Distinción entre recurso jerárquico propio e impropio .....	PRA-IX-2
4. Ante quien se interpone .....	PRA-IX-2
5. Alcances de este requisito .....	PRA-IX-3
6. Contra qué actos procede. a) En razón del órgano.....	PRA-IX-3
7. b) En razón de la naturaleza.....	PRA-IX-3
8. c) En razón de la materia .....	PRA-IX-4
9. Actos excluidos del recurso. a) Resoluciones ministeriales definitivas.....	PRA-IX-5
10. b) Decretos del Poder Ejecutivo .....	PRA-IX-5
11. c) Actos preparatorios.....	PRA-IX-6
12. Por qué motivos se puede recurrir. a) Legitimidad y oportunidad .....	PRA-IX-6
13. b) Derecho subjetivo e interés legítimo .....	PRA-IX-6
14. Término para interponer el recurso.....	PRA-IX-6
15. Requisitos del recurso.....	PRA-IX-7
16. Identidad del recurrente .....	PRA-IX-7
17. Interposición .....	PRA-IX-8
18. Ante quién se tramita el recurso. a) En general .....	PRA-IX-8
19. b) Cuando se impugnan actos del Secretario de Estado.....	PRA-IX-8
20. Etapas del trámite. 1º) Remisión de las actuaciones .....	PRA-IX-9
21. Procedimiento seguido para la remisión .....	PRA-IX-10
22. Término para la remisión.....	PRA-IX-10
23. 2º) Apertura a prueba .....	PRA-IX-10

24. 3º) Informes y dictámenes: a) Informes de las direcciones generales.....	PRA-IX-11
25. b) Informe del Subsecretario de Estado .....	PRA-IX-12
26. c) Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	PRA-IX-13
27. d) Exigencia de dictamen jurídico.....	PRA-IX-14
28. 4º) Memorial.....	PRA-IX-14
29. Decisión del recurso.....	PRA-IX-14
30. Alcances de la decisión .....	PRA-IX-15
II. <i>Recurso jerárquico impropio</i> .....	PRA-IX-15
31. Concepto.....	PRA-IX-15
32. Procedencia: a) Principio general .....	PRA-IX-15
33. b) Contra qué actos procede .....	PRA-IX-16
34. c) Motivos porque procede .....	PRA-IX-17
35. Legitimidad en sentido amplio.....	PRA-IX-17
36. Oportunidad.....	PRA-IX-17
37. Interposición del recuso.....	PRA-IX-18
38. Decisión del recurso.....	PRA-IX-18
39. Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto.....	PRA-IX-18

## Capítulo IX RECURSO JERÁRQUICO

### I. Recurso jerárquico propio

#### 1. El concepto de recurso jerárquico

Conceptualmente, recurso jerárquico sería todo medio jurídico para impugnar un acto administrativo ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto.<sup>1</sup>

No obstante, en el derecho argentino el término *recurso jerárquico* ha quedado reducido, en su empleo positivo y usual —dentro de la reglamentación del decreto 7520/44— a un solo tipo de recurso jerárquico: Aquel que se interpone ante el Poder Ejecutivo contra un acto de sus órganos dependientes.<sup>2</sup> Los recursos en vía jerárquica en otras etapas administrativas son llamados, según ya vimos, en un caso “recurso de revocatoria,” y en otros, según veremos, “recurso jerárquico no reglado,” estableciéndose así distinciones en virtud de las cuales el concepto estricto de recurso jerárquico *queda limitado a aquél dirigido al Poder Ejecutivo*.

#### 2. Comparación con el recurso extraordinario del derecho italiano

Esa característica, unida al hecho de que para interponerlo se hace necesario haber agotado parcialmente la vía jerárquica (llegando a la jerarquía de Director General mediante el recurso de revocatoria), lo hacen en cierto modo similar al “recurso extraordinario al Presidente de la República” que conoce el derecho italiano.<sup>3</sup> Este último también es un recurso interpuesto ante el Poder Ejecutivo, que procede cuando se ha agotado la vía jerárquica, mediante los recursos administrativos comunes. Se diferencian fundamentalmente en que en el derecho italiano el recurso extraordinario al Presidente de la República sólo

<sup>1</sup> Ver comparar BIELSA, *op. cit.*, p. 47 y ss.; FIORINI, *op. cit.*, p. 19 y ss.; PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 166 y ss.; AMORTH, ANTONIO, voz “Ricorso gerarchico,” en *Nuovo Digesto Italiano, cit.*; PEARSON, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos, op. cit.*, p. 129 y ss.; etc.

<sup>2</sup> FIORINI, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>3</sup> NAI, SIRO, *Il ricorso straordinario al Presidente Della Repubblica*, Milán, 1957, p. 69 y ss.; GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 131 y ss.; etc.

puede fundarse en razones de legitimidad,<sup>4</sup> mientras que en el derecho argentino puede basárselo tanto en razones de legitimidad como de oportunidad; además, en el carácter excepcional del recurso italiano, lo que lleva ciertas limitaciones en las facultades de decisión,<sup>5</sup> que no existen en el derecho argentino, en que tal recurso no es excepcional sino general.<sup>6</sup>

### 3. *Distinción entre recurso jerárquico propio e impropio*

Existe, además, una distinción conceptual entre recurso jerárquico propio e “impropio.” El primero sería aquel que se emplea para impugnar actos de órganos dependientes del Poder Ejecutivo en la administración, esto es, órganos sujetos a su *jerarquía*: De allí que “*propiamente*” se recurra en forma “*jerárquica*.”

El segundo, en cambio, sería el medio de impugnación para atacar actos de las entidades descentralizadas (entes autárquicos, empresas del Estado) ante el Poder Ejecutivo. Dado que tales entidades están sometidas a un *contralor administrativo* pero no estrictamente a un *poder jerárquico*,<sup>7</sup> o sea, dado que si bien existen facultades de supervisión del Poder Ejecutivo, dichos entes no están estrictamente sometidos a su jerarquía, no puede entonces decirse “*propiamente*” que se recurra en vía “*jerárquica*,” de allí pues lo de “recurso jerárquico impropio.”<sup>8</sup>

En la práctica se habla simplemente de “recurso jerárquico” para referirse al primero, y sólo se emplea el aditamento para referirse al segundo. Nos referiremos a continuación al primero.

### 4. *Ante quien se interpone*

De acuerdo con lo dispuesto por el decreto citado el recurso es “...promovido ante el Poder Ejecutivo,” y “...se presentará por escrito ante el Ministerio respectivo...” (Art. 2º).

Esto significa que el recurso va dirigido al Poder Ejecutivo (concretamente, al Presidente de la República), pero que se lo presenta ante el Ministerio de la materia o, en el actual ordenamiento de la ley de ministerios (14.439), ante la

<sup>4</sup> GUICCIARDI, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

<sup>5</sup> GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 144. por ejemplo, sólo puede anular el acto, pero no modificarlo ni sustituirlo por otro. Es de destacar que el mismo tiempo que el recurso extraordinario, existe en el derecho italiano, paralelamente, un recurso jerárquico ante el mismo Presidente, en ciertos casos: En estas hipótesis ese “recurso jerárquico” sería más amplio que el “recurso extraordinario.” Ver GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 135.

<sup>6</sup> Comp. Distinta formulación de igual principio en *Dictámenes*, 61: 8, en que se dijo que era extraordinario *en el sentido de que procede aunque una reglamentación específica no lo prevea, y procede con amplitud*.

<sup>7</sup> Ver VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 308 y ss.; nuestro artículo “Descentralización y delegación de autoridad,” en *Revista de Administración Pública*, n° 3-4, Buenos Aires, 1962, p. 28 y ss.

<sup>8</sup> Para una exposición crítica del problema, ver PUCHETTI, *op. cit.*, p. 209 y ss.; también SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 474 y ss.

Secretaría de Estado respectiva: La práctica se ha inclinado por este último criterio, pero ello no significa que sea improcedente interponerlo en el Ministerio.

### 5. Alcances de este requisito

El que el recurso sea presentado en el Ministerio o Secretaría de Estado no es un requisito solemne, pues según hemos visto si el mismo es presentado ante un inferior jerárquico, o incluso ante el mismo autor del acto impugnado, éstos tiene la obligación de elevarlo al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio o Secretaría de Estado respectiva, para su consideración. Esto está estrechamente unido con el principio de que los funcionarios inferiores no tienen facultades para decidir la procedencia formal de los recursos administrativos.

### *Contra qué actos procede*

#### 6. a) *En razón del órgano*

Según hemos visto, la presentación del recurso de revocatoria es requisito necesario cuando el acto proviene de un funcionario con jerarquía inferior a Director General, en la administración central, o que no sea la autoridad máxima del ente, en la administración descentralizada. Vimos también que cuando el acto originario proviene de esas autoridades, no es necesaria la previa revocatoria.

Ello nos permite concluir en que el acto real e inmediato impugnado mediante recurso jerárquico es aquel que proviene —expresamente o por denegación tácita— de una autoridad con jerarquía no inferior a Director General, o que sea la autoridad máxima de un ente autárquico. Tratándose de jerarquías inferiores, el recurso jerárquico aquí considerado será improcedente, correspondiendo en su lugar el de revocatoria.

Desde luego, por aplicación de los principios generales, si el administrado interpone recurso jerárquico cuando era necesario el de revocatoria, corresponderá que su recurso sea considerado como si fuera de revocatoria, y ser resuelto concordantemente; y viceversa.<sup>9</sup>

Tratándose de jerarquía superiores, no hay dificultad alguna: El recurso jerárquico procede directamente, sin necesidad de revocatoria previa, cuando el acto proviene de un Director General, Secretario de Estado, o Ministro.<sup>10</sup>

#### 7. b) *En razón de la naturaleza*

El acto impugnado debe ser un acto administrativo en sentido estricto, o un reglamento; es decir, declaraciones *que producen efectos jurídicos inmediatos*. No procede pues “contra las medida preparatorias de decisiones administrativas, ni contra los informes administrativos.” (Art. 1º, 2º parte.)

<sup>9</sup> *Dictámenes*, 62: 112 y otros.

<sup>10</sup> *Dictámenes*, 75: 22 y otros; GOLDSCHMIDT, *Introducción*, op. cit., p. 382.

Un pequeño problema surge de la primera parte del artículo 1º, cuando éste dice que “procederá el recurso jerárquico contra las *decisiones* dictadas...” ¿Significa ello que las declaraciones que no constituyen decisiones sino *certificaciones* (o sea, atestaciones) u *opiniones*<sup>11</sup> no son impugnables mediante el recurso jerárquico? A nuestro entender ello no es así, porque este recurso, como los demás, tiene su fundamento principal en las facultades de contralor del superior, en su poder jerárquico y en la vigencia objetiva de la legalidad administrativa, por lo que él *procede aunque no haya norma expresa que lo establezca*. En consecuencia, no corresponde interpretar que la falta de previsión reglamentaria pudiera significar a *contrario sensu* una exclusión del recurso, sino que por el contrario sería necesaria una norma expresa en tal sentido para poder interpretar que determinados actos no son recurribles. El recurso jerárquico, pues, procede también contra las certificaciones y opiniones que producen efectos jurídicos inmediatos.<sup>12</sup>

### 8. c) *En razón de la materia*

En el caso del recurso jerárquico impropio, el decreto mencionado expresa que el mismo no procede “...contra los actos de entidades autarquías cuando éstas hubiesen obrado como persona jurídicas civiles.” (Art. 1º, *in fine*.)

¿Puede ese concepto hacerse extensivo a la administración centralizada, interpretando entonces, por ejemplo, que el recurso jerárquico no procede contra los actos de derecho privado de la administración?

A nuestro juicio no. En primer lugar, por una razón de principio: Que es ilógico considerar que la administración puede dictar actos de derecho privado, según creemos haberlo demostrado;<sup>13</sup> lo único que puede teóricamente aceptarse —y aún bajo algunas dudas— es la posibilidad de que ciertos actos administrativos se rijan *en cuanto a su objeto* por el derecho privado.<sup>14</sup> En tales hipótesis excepcionalmente, pues, existirían no obstante tres aspectos de derecho público en el acto: Competencia, voluntad y forma. Respecto de ellos no habría ninguna duda sobre la procedencia del recurso.

Pero también en lo que respecta al objeto del acto nos inclinamos por la misma solución, pues la exclusión que el decreto efectúa —con defectuoso léxico y error de concepto—, respecto de los actos regidos en su objeto por el derecho privado, está referida sólo a los actos de las entidades autárquicas, y no a los de la administración central. Dado que en su primera parte el decreto dice que el recurso

<sup>11</sup> Pues tanto las certificaciones como las opiniones pueden en ciertos casos ser actos administrativos. Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 59 y ss.

<sup>12</sup> Destacamos que nos referimos a las opiniones o juicios *que producen efectos jurídicos inmediatos*, como por ejemplo un certificado de buena conducta, de salud, de higiene, etc.; o una mención positiva o negativa en el legajo de un funcionario, etc. Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 60. Va de suyo que la mera opinión no productora de efecto jurídico alguno (así el dictamen, informe, pericia), no es impugnable por medio de recursos.

<sup>13</sup> *El acto administrativo*, p. 64 y ss.; FIORINI; *op. cit.*, p. 24.

<sup>14</sup> Nuestro trabajo citado, pp. 64-67.

procede contra todas las decisiones dictados por funcionarios, etc., y luego hace la excepción mencionada respecto a las entidades autárquicas, se concluye en que no habiendo excepción expresa cabe retornar a la regla general. El recurso, pues, procede igualmente contra los actos administrativos de la administración central cuyo objeto pueda eventualmente estar regido en alguna medida por el decreto privado.

A tales razones cabe agregar el principio general de acuerdo con el cual el recurso jerárquico procede aunque una norma no lo establezca expresamente, y en cambio sólo queda excluido por norma expresa en tal sentido.<sup>15</sup>

### *Actos excluidos del recurso*

#### *9. a) Resoluciones ministeriales definitivas*

Se ha interpretado que las resoluciones ministeriales, en los casos en que el Ministro tiene competencia para dictar decisiones finales, no son susceptibles de recurso jerárquico. Ello ocurre parcialmente en lo referente al orden interno de sus departamento (p. ej., licencias o traslados),<sup>16</sup> salvo casos de arbitrariedad u otra impugnación constitucional, en que entendemos que debe admitirse, a más de los recursos jurisdiccionales del caso, el mismo recurso jerárquico.

Pero por supuesto si la facultad ejercida es de competencia del Presidente, una resolución ministerial no puede cerrar el trámite del recurso;<sup>17</sup> las facultades del Ministro, por otra parte, han sido interpretadas siempre como “limitadas.”<sup>18</sup>

#### *10. b) Decretos del Poder Ejecutivo*

Va de suyo que también están excluidos del recurso jerárquico los propios decretos del Poder Ejecutivo, pues no se trataría en tales casos de la impugnación de un acto ante una instancia *superior en el orden jerárquico*, sino ante el mismo órgano que dictó el acto.<sup>19</sup>

Pero si bien es lógicamente imposible recurrir jerárquicamente un decreto del Poder Ejecutivo, ello en modo alguno impide ni excluye la interposición de otro tipo de recursos, fundamentalmente el recurso de reconsideración y el recurso de revisión.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> *Dictámenes*, 38: 250; FIORINI, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>16</sup> Constitución Nacional, art. 89; ley 14.439, art. 2º; decreto 12.720/53, t. o. 1956, art. 41. *Dictámenes*, 69: 263; 70: 285; 75: 237; PEARSON, *op. cit.*, p. 34.

<sup>17</sup> *Dictámenes*, 62: 15, 24; uniforme.

<sup>18</sup> CSJN, *Fallos*, 151: 286.

<sup>19</sup> *Dictámenes*, 65: 24; 65: 44, 54; 66: 197; e. 67, p. 153, etc.; FIORINI, *op. cit.*, p. 34.

<sup>20</sup> Ver *infra*, cap. X, nº 8.

### 11. c) *Actos preparatorios*

Según ya lo hemos dicho, están excluidos del recurso los actos preparatorios, informes, dictámenes, etc.,<sup>21</sup> en cuanto ellos no produzcan un efecto jurídico inmediato.

Pero ello no justifica, a nuestro criterio, afirmar que el acto impugnado *debe ser definitivo*, como sostiene parte de la doctrina.<sup>22</sup> Dicha terminología es empleada en el sentido de que el acto debe decidir algo respecto del particular, reconociendo un derecho o una obligación del mismo;<sup>23</sup> en nada se refiere a que deba agotarse etapa administrativa determinada ni, obviamente, a que el acto sea irrecurrible. Por tal causa es una terminología inadecuada y proclive a confusiones, que creemos preferible evitar para designar al acto impugnado, que deberá conceptuarse simplemente como *acto productor de efectos jurídicos inmediatos*.

*Por qué motivos se puede recurrir*

### 12. a) *Legitimidad y oportunidad*

De acuerdo con lo ya expresado, y al igual que los demás recursos, éste procede tanto por razones de legitimidad como de oportunidad.<sup>24</sup> Reiteramos que dentro de la legitimidad se comprende no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también una serie de límites jurídicos a la actividad discrecional: *a)* Límites concretos del orden jurídico; *b)* razonabilidad; *c)* desviación del poder; *d)* buena fe; *e)* equidad; *f)* corrección técnica. Desde luego, también por razones de oportunidad puede proceder el recurso y revocarse el acto impugnado.

### 13. b) *Derecho subjetivo e interés legítimo*

Según los principios generales, el recurso procede tanto para la defensa del derecho subjetivo como del interés legítimo. Este último debe interpretarse con criterio amplio.<sup>25</sup>

### 14. *Término para interponer el recurso*

Según el artículo 4º del decreto 7520/44: “El recurso jerárquico deberá ser promovido en el término de quince días, a partir de la notificación de la denegatoria o vencido el plazo de diez días a que se refiere el artículo anterior.”

Según aclaramos antes, aunque la denegatoria expresa del recurso de revocatoria se produzca después de expirado el plazo para recurrir por denegación

<sup>21</sup> Art. 1º, 2ª parte; FIORINI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> Así FIORINI, *op. cit.*, p. 23; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 58.

<sup>23</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

<sup>24</sup> Ver *supra*, cap. III, nº 15 y ss.

<sup>25</sup> Ampliar *supra*, cap. IV, nº 18 y ss.

tácita, el término se reabre no obstante, y es posible interponer el jerárquico.<sup>26</sup> Para el cómputo del término, se aplican los principios generales ya analizados.<sup>27</sup>

### 15. *Requisitos del recurso*

Las formalidades requeridas por el decreto son:

“Art. 2º -Todo recurso jerárquico promovido ante el Poder Ejecutivo se presentara por escrito ante el Ministerio respectivo, de acuerdo con las siguientes formalidades:

1) Nombre y estado civil del recurrente, constitución del domicilio en Capital Federal y expresión del domicilio real.

2) Citas o documentos que acrediten legalmente la identidad del recurrente.

3) Determinación del recurso y afirmación de haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emana la resolución recurrida, o de provenir la resolución directamente de la misma autoridad mencionada.”

Ya hemos señalado que tales requisitos no son exigibles totalmente, y que se reducen en verdad a tres:<sup>28</sup> 1º) Que el recurso esté por escrito (aunque puede ser por telegrama, y excepcionalmente verbal); 2º) que mencione nombre y apellido del recurrente (y no sólo “nombre” como dice el decreto);<sup>29</sup> 3º) que fije domicilio (real o legal, indistintamente; ello no es necesario cuando ya la administración tiñe el domicilio del interesado.)

En cuanto a los requisitos sustanciales, ya dijimos también que el único consiste en que exista una clara voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración.<sup>30</sup>

No obstante, es conveniente que el recurrente siga los requisitos habituales y razonables en materia de escritos jurídicos.<sup>31</sup>

### 16. *Identidad del recurrente*

En artículo 6º del decreto dispone: “La Mesa de Entradas dará al recurrente comprobantes de la presentación. El Jefe de la Mesa de Entradas podrá exigir al recurrente la ratificación de su firma cuando lo juzgue necesario para probar la identidad personal.”

La primera parte se respeta habitualmente; en cuanto a la segunda no es común que se requiera justificación de la identidad, pues “la buena fe está pro-

<sup>26</sup> Ver *supra*, cap. VIII, nº 19 y ss.

<sup>27</sup> Ampliar *supra*, cap. VII, nº 24 y ss.

<sup>28</sup> Ver *supra*, cap. V, nº 17 y ss.

<sup>29</sup> PEARSON, *op. cit.*, p. 27.

<sup>30</sup> *Supra*, cap. V, nº 21-2; cap. VII, nº 32.

<sup>31</sup> Para ello nos remitimos al cap. XI, que dedicamos a los aspectos prácticos de la redacción y presentación de recursos.

fundamente arraigada en su procedimiento;”<sup>32</sup> por lo demás, no tiene demasiado sentido, cuando se admite también la interposición del recurso por carta.

### 17. *Interposición*

Según ya expresamos, se presenta en la Mesa de Entradas del Ministerio o Secretaría de Estado respectiva; si se presentara ante organismos inferiores, o, en el caso de entidades autárquicas y empresas del Estado, ante ellas mismas, todos ellos tienen la obligación de remitir el recurso a la Secretaría respectiva para su ulterior tramitación.

### *Ante quién se tramita el recurso*

#### 18. a) *En general*

Se ha entendido, en principio, que el recurso jerárquico debe tramitarse originariamente en la Secretaría de Estado de la materia, y luego elevarse el proyecto que la misma prepara al Ministerio del ramo, el cual, con su aprobación o modificaciones lo eleva al Presidente para su consideración final.

Se ha dicho así que la “competencia originaria de la mencionada Secretaría de Estado, debe interpretarse sin mengua de las atribuciones propias del señor Ministro Secretario de Obras y Servicios Públicos, conforme lo establecido en el art. 2º, incs. 2º y 3º de la citada ley 14.439. A tal fin, destaco que esta última norma confiere a los Señores Ministros Secretarios la facultad para preparar, etc., todo acto de la exclusiva jurisdicción del Poder Ejecutivo. Correlacionando, por lo tanto, el art. 2º, inc. 3º y 18º de la Ley de Ministerios, es dable concluir que el recurso de que se trata debe tramitarse ante la Secretaría de Estado de Comunicaciones, la que elevará al Poder Ejecutivo el proyecto de decreto que sobre el particular entienda corresponder. Tal proyecto deberá pasar a consideración del señor Ministro Secretario de Obras y Servicios Públicos., antes de someterse al señor Presidente de la Nación. Todo ello sea dicho sin perjuicio del refrendo por parte del señor Ministro de Obras y Servicios Públicos, que oportunamente deberá elevar el decreto al P.E.”<sup>33</sup>

#### 19. b) *Cuando se impugnan actos del Secretario de Estado*

La regla que acabamos de comentar no ha sufrido excepciones, hasta la fecha, pero entendemos que la solución debe ser distinta cuando el recurso jerárquico

<sup>32</sup> PEARSON, *op. cit.*, p. 28.

<sup>33</sup> *Dictámenes*, 68: 153, donde se agrega: “De todo lo expuesto, resulta: a) Que la competencia para resolver el recurso, es del Poder Ejecutivo Nacional; b) que la preparación del proyecto del decreto incumbe a la secretaría de Estado..., debiendo pasar a consideración del señor Ministro...antes de ser sometido al seños Presidente de la Nación; c) que el refrendo corresponde al seños Ministro de..., sin perjuicio de llevar también la firma del señor Secretario de Estado...” En igual sentido, 71: 161.

impugna un acto del mismo Secretario de Estado. En tal hipótesis consideramos que el recurso debe ser tramitado ante el Ministerio respectivo, directamente.

Ello es así porque de lo contrario se desnaturalizaría la naturaleza esencial del curso —que es jerárquico— transformándolo indebidamente en una especie de recurso de reconsideración, que el Secretario de Estado puede tramitar él mismo; esto es particularmente importante cuando se hace necesario abrir a prueba el expediente y producir la prueba ofrecida, ya que mal puede esperarse imparcialidad plena en la admisión y recepción de la pruebas, como así también en permitir adecuadamente la defensa y contralor del interesado, cuando quien decide es el propio autor del acto impugnado.

A esta solución no es óbice el art. 18 de la ley 14.439, en cuanto dice que los secretarios de Estado “prepararán...todo acto de la exclusiva jurisdicción de éste” (el Poder Ejecutivo) “en relación con las Secretaría de Estado a su cargo,” pues ello no es en modo alguno una exigencia que pueda afectar la validez del decreto. Tampoco puede considerarse argumento válido el que recuerde el mismo artículo de ley en cuanto “Los Secretarios de Estado tendrán jerarquía ministerial,” porque la ley no puede otorgar “jerarquía ministerial” a órganos que de acuerdo con la propia Constitución no la tienen; por otra parte la misma ley desmiente esta supuesta “jerarquía ministerial” del los Secretarios de Estado, al afirmar en su art. 18, relacionado al art. 2º, que los Secretarios de Estado no pueden “representar política y administrativamente ante el Congreso a sus respectivos departamentos” (inc. 1º del art. 2º), ni “refrenar y legalizar con su firma los actos del Presidente de la Nación” (inc. 2º), ni “Preparar, suscribir y sostener ante el Congreso los proyectos de ley que inicie el Poder Ejecutivo, y todo acto de la exclusiva jurisdicción de éste” (inc. 3º), ni, finalmente, “Intervenir en la promulgación... de las leyes” (inc. 4º.) Por todo ello concluimos en que hay jerarquía entre el Ministro y el Secretario de Estado; que este último es subordinado del primero; que no hay exigencia legal ni constitucional de que el Secretario de Estado prepare necesaria y exclusivamente los proyectos de decreto; que, por lo tanto, atendiendo a la naturaleza del recurso jerárquico, no pueden ni deben intervenir en la tramitación de los recursos interpuestos contra sus actos ante el Poder ejecutivo de la Nación.

### *Etapas del trámite*

#### *20. 1º) Remisión de las actuaciones*

El decreto prevé varias etapas del trámite del recurso jerárquico. La primera y fundamental es traer las actuaciones administrativas en las cuales se produjo el acto impugnado, y las accesorias que sean de interés para la decisión del recurso.

El decreto 20.003/33 —precedente inmediato del 7520/44— “no incluía este trámite de la acumulación del antecedente que resulta tan sencillo y propio. El

abocarse al recurso se realizaba en primer lugar teniendo en cuenta las copias de las actuaciones y documentos que antes se exigían y que fueron suprimidas. El expediente mismo suple con muchísima mayor eficacia a las referidas copias.”<sup>34</sup>

En la actualidad, entonces, “Recibido el escrito (del recurso jerárquico) el Ministro (actualmente, el Secretario de Estado) lo proveerá solicitando de la autoridad administrativa que dicto la resolución objeto del recurso, el envío de las respectivas actuaciones y antecedentes, fijando para ello un término perentorio.”<sup>35</sup>

### 21. *Procedimiento seguido para la remisión*

Es de destacar que el “Ministro lo proveerá” *al escrito del recurso jerárquico*, solicitando a la autoridad inferior el envío de las actuaciones, lo que significa que el expediente que se forma con el recurso jerárquico —y por lo tanto las pruebas documentales que el recurrente acompañe— se envían en su totalidad a la autoridad inferior que dictó el acto impugnado.

Esta práctica contiene algunos riesgos —fundamentalmente, que se pueda perder o deteriorar alguna de las pruebas presentadas por el recurrente, en el trámite de este pedido—, pero hasta ahora no ha causado dificultades en la práctica, salvo la normal demora que todo expediente suele causar.<sup>36</sup>

### 22. *Término para la remisión*

Cuando el decreto expresa que se fijará “un término perentorio” para la remisión de las actuaciones, incurre en defecto terminológico, pues un término es perentorio cuando el que deja de ejercer un derecho durante su transcurso, pierde dicho derecho,<sup>37</sup> mientras que en el presente caso no se trata de un derecho sino de una obligación del órgano o funcionario inferior, cuyo incumplimiento en término no releva desde luego al mismo de la citada obligación, sino que en el presente caso no se trata de un derecho sino de una obligación de cumplimiento de una orden regular, lo que le acarrea responsabilidad civil y administrativa —e incluso, eventualmente, penal—.

### 23. 2º) *Apertura a prueba*

Una vez traído el expediente original a la Secretaría de Estado. “Si a juicio del Ministro (el Secretario de Estado, actualmente) los elementos probatorios no

<sup>34</sup> Pearson, *op. cit.*, p. 30.

<sup>35</sup> Art. 7º. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

<sup>36</sup> En caso de que el recurrente acompañe pruebas documentales importantes, pudiera parecer conveniente que a su solicitud o de oficio se reserven las mismas en la Secretaría de Estado a la espera de la remisión de los antecedentes. Pero esta solución, a su vez, peca de algo idealista; pues de por supuesto que la administración puede tener guardadas en forma ordenada dichas actuaciones, a la espera del expediente faltante. En realidad, en la pura práctica argentina actual, parecería que es mejor que todos los expedientes vayan juntos, so pena de que puedan sufrir un desencuentro irreparable... En definitiva, la actitud a tomar dependerá íntegramente de las circunstancias de cada caso.

<sup>37</sup> Es la crítica que efectúa PEARSON, *op. cit.*, p. 30.

fuesen suficientes para dictar decisión definitiva, ordenará a petición de parte o de oficio, la presentación de la prueba que estime pertinente.<sup>38</sup>

El decreto no fija un término para el ofrecimiento ni para la presentación de la prueba, pero es conveniente, aunque no necesario, que ambos sean expresamente fijados por la decisión que manda abrir a prueba el expediente.<sup>39</sup>

En la práctica, en los casos en que se ha abierto a prueba el recurso jerárquico, se ha evitado darle un carácter demasiado formal a la misma, y se ha preferido seguir un procedimiento especial, no previsto en el decreto: Remitir previamente las actuaciones al organismo o entidad que dictó el acto recurrido, planteándole los puntos sobre los que se considera necesario mayor esclarecimiento, “a fin de que por intermedio de las dependencias técnicas competentes se expida sobre los puntos indicados.” “Una vez que la repartición aludida produzca la información requerida en el plazo que se le fijará al efecto, correspondería que en la Secretaría de Estado de... se corriera *vista* de aquella a la recurrente, a fin de que —dentro del término que se le acuerde— produzca las alegaciones que considere pertinentes.” “En su caso, y *si así lo solicitara la recurrente*, en aquella oportunidad, corresponderá *abrir a prueba* al recurso sobre los puntos indicados... siguiendo el procedimiento establecido en el art. 8º del decreto 7520/44.<sup>40</sup>

#### 24. 3º) Informes y dictámenes: a) Informes de las direcciones generales

El artículo 10 del decreto establece que “Las Direcciones Generales, los Inspectores Generales y los Directores Generales de la administración, producirán informes sobre todo asunto que corresponda a su respectiva oficina.” (Primera parte del art. 10º.)

Esta disposición es tal vez algo innecesaria, pues para que el Director General produzca un informe, estando en trámite un recurso jerárquico (que presupone la impugnación de un acto suyo o de un superior jerárquico), es necesario que le sea requerido por autoridad competente. Si no se le solicita el informe expresamente, él no tiene oportunidad alguna de producirlo espontáneamente, por cuanto en ningún momento el expediente del recurso jerárquico es tramitado en sus oficinas. Ahora bien, si se le requiere expresamente el informe, entonces la previsión del art. 10 del decreto es superflua, pues la obligación de preparar el informe para obedecer a dicha orden existe con prescindencia de la norma reglamentaria: El inc. 20º del art. 86 de la Constitución determina que el Presidente (*y, a fortiori*, los Ministros, Secretarios, etc., en sus respectivos departamentos): “Puede pedir a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto, a los demás empleados *los informes que crea convenientes*, y ellos son obligados a darlos.”

<sup>38</sup> Art. 8º. La aclaración entre paréntesis es nuestra.

<sup>39</sup> Comp. Pearson, *op. cit.*, p. 30.

<sup>40</sup> *Dictámenes*, 79: 87.

Una posibilidad darle alguna interpretación plausible a este artículo del decreto 7520, sería la de entender que cuando se requieren informes para un recurso jerárquico no es necesario seguir la vía jerárquica del Ministerio de la materia, y que, por ejemplo, el Secretario de Estado de Agricultura y Ganadería podría pedir directamente un informe a un Director General de la Secretaría de Estado de Obras Públicas; esto, que en ciencia de la administración se conoce como comunicación o contacto directo, es ciertamente buena práctica administrativa, aunque sea la administración pública argentina precisamente la que de hecho se caracteriza por un empeño absoluto en seguir la línea jerárquica... lo que contribuye notoriamente a su lentitud.<sup>41</sup>

### 25. b) Informe del Subsecretario de Estado

La segunda parte del artículo 10º dice que “Producidas las pruebas y presentados los informes y las alegaciones, el Subsecretario formulará en dictamen las conclusiones sobre el asunto.”

Por el recargo de tareas de tal funcionario, esta disposición no siempre suele cumplirse;<sup>42</sup> de hecho, el informe esencial en el recurso es el dictamen legal de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de cada Secretaría de Estado o Ministerio.<sup>43</sup> No se ha cuestionado hasta ahora la regularidad de esta práctica, pero pareciera que, existiendo una norma expresa que exige dicho informe o dictamen, y que es *jus receptum* en el derecho argentino que la omisión de algún trámite, consulta o dictamen sustancial vicia de nulidad el acto,<sup>44</sup> la omisión de cumplir con dicho requisito haría nulo el decreto respectivo.

<sup>41</sup> La ley española exige expresamente, como forma ineludible, el contacto directo, “sin que puedan admitirse traslados y reproducciones a través de órganos intermedios.” Afirma VIVANCOS, comentando la citada disposición: “Este artículo, tan sencillo y comprensible, es de una trascendencia enorme y constituye un paso decisivo hacia el logro de uno de los fines principales que la ley se propone: La rapidez. Ha sido, de siempre, uno de los mayores obstáculos opuestos a la agilidad y celeridad del procedimiento administrativo, la concurrencia del órgano intermedio cuyo papel se reduce a dar curso a un papel.” “La ley no limita la práctica de las comunicaciones directas a las que hayan de tener lugar entre órganos administrativos de un mismo Departamento, sino que las admite implícitamente entre órganos administrativos de distinto Departamento y rango.” (*Op. cit.*, p. 129.) Pero entendemos, en nuestro país, que no hace falta ley expresa para que la comunicación directa sea admisible.

<sup>42</sup> PEARSON, *op. cit.*, p. 31. Una excepción la constituyen los expedientes tramitados en la Secretaría de Estado de Marina.

<sup>43</sup> PEARSON, *op. loc. cit.*

<sup>44</sup> Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 121; CNFed. CA., en *LL*, 91: 612; 93: 496.

26. c) *Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación*

El decreto también prevé la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación,<sup>45</sup> que es la Dirección General del Cuerpo de Abogados del Estado;<sup>46</sup> pero la práctica administrativa es que esta vista no sea automática, sino que se produzca sólo por disposición expresa y concreta, caso por caso, del Secretario, Ministro o Presidente de la Nación;<sup>47</sup> o excepcionalmente, con ciertas formalidades, por los Directores Generales de Asuntos Jurídicos.<sup>48</sup> Este pedido de dictamen se hace de oficio o a pedido del interesado, cuando hay alguna duda sobre la corrección de la solución propiciada o hay dictámenes contradictorios de distintos asesores.

Se ha interpretado que para que proceda la emisión de dictamen por el Procurador del Tesoro, se requiere por lo general: a) Que los organismo naturales de asesoramiento jurídico, dentro de cada Ministerio o Secretaría de Estado, hayan dictaminado sobre el problema de fondo, y que existan informes técnicos sobre la cuestión, en caso de ser oportunos;<sup>49</sup> b) que se trate de un caso concreto (no pues, de un planteo hipotético, abstracto), y que se agreguen las actuaciones originales en que se planteó la cuestión;<sup>50</sup> c) que soliciten el dictamen los funcionarios mencionados: Los demás organismos y funcionarios pueden elevar el expediente al Secretario de Estado competente solicitando se pida dictamen al Procurados, y si aquél lo considera conveniente, y se dan los dos elementos precitados, puede pedir el dictamen: Pero no los otros funcionarios directamente.<sup>51</sup>

Por último, es de destacar que las distintas delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado —es decir, las distintas asesorías letradas de la administración nacional centralizada y descentralizada— están obligas a seguir los criterios jurídicos de la Procuración del Tesoro, sin poder entrar en debate respecto a sus dictámenes; ello se funda en una razón de orden y de uniformidad administrativa.<sup>52</sup>

Además, la Procuración del Tesoro sólo en contados casos de excepción ha accedido a rever sus propios dictámenes a instancia de algún organismo o interesado: Ello ha ocurrido en los casos en que se había producido un cambio de situación esencial o habían surgido nuevos elementos de juicio cuya apreciación

<sup>45</sup> Art. 11: “En todo recurso jerárquico en que haya interés fiscal, se dará vista al Procurador del Tesoro.” Art. 12: “El Procurador del Tesoro dictaminará en las resoluciones condenatorias de la Contaduría General, contra las cuales se interponga recurso jerárquico, pero el recurrente deberá previamente efectuar el pago o consignación de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 de la Ley de Contabilidad.” Este último artículo queda de hecho derogado con el nuevo sistema de ley de contabilidad, que prevé un procedimiento especial a cargo de Tribunal de Cuentas.

<sup>46</sup> Ley 12.954, arts. 2 y 4.

<sup>47</sup> *Dictámenes*, 80: 87 y 256; 82: 66, etc. Esta solución restrictiva deriva del decreto 15.546/43.

<sup>48</sup> *Dictámenes*, 83: 50, y otros. Ver decreto 34.952/47. art. 8º, inc. a.

<sup>49</sup> *Dictámenes*, 81: 21; 84: 105 *bis*. y otros.

<sup>50</sup> *Dictámenes*, 71; 199; 72: 17; 75: 14; 79: 141; 84: 34, etc.

<sup>51</sup> *Dictámenes*, 78: 107; 82: 66.

<sup>52</sup> *Dictámenes*, 77: 245; 78: 256; en sentido similar, BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La institución del Attorney General en los EE.UU.,” en *LL*, 80: 913 y ss.

fuese necesaria para agotar el estudio de una cuestión;<sup>53</sup> ello no impide, por supuesto, las naturales variaciones de la orientación, por los cambios de opinión, o de funcionarios: Pero en general se ha mantenido con suma estabilidad toda la doctrina elaborada, y la que se sigue elaborando mantiene también, en sus líneas esenciales, dichas características.

#### 27. d) *Exigencia de dictamen jurídico*

Si bien no hay norma expresa que lo exija claramente, entendemos que el pronunciamiento de un asesor jurídico, respecto de la procedencia formal y material del recurso, es un trámite esencial que debe ineludiblemente ser cumplimentado; y consideramos que su omisión vicia de nulidad la decisión adoptada.<sup>54</sup> Trátese pues de dictamen de las Direcciones Generales de Asuntos Jurídicos, o de la Procuración del Tesoro de la Nación, lo cierto es que debe expedirse algún organismo técnico de asesoramiento jurídico respecto del problema planteado en el recurso; ello contribuye a la seriedad del recurso (pues evidentemente no es serio resolver un problema de derecho sin asesoramiento en derecho) y también a dar más cumplida satisfacción a la garantía de la defensa del administrado.

#### 28. 4º) *Memorial*

“Producida la prueba se dará vista al recurrente y a la autoridad administrativa interesada, para que presenten memorial, o para que aduzcan, por una sola vez, nuevos motivos en favor de la admisión del recurso o de su rechazo.”<sup>55</sup>

La presentación del memorial no está sujeta a formalidad determinada ni tampoco a término alguno,<sup>56</sup> por lo que será conveniente que el Secretario de Estado fije expresamente dicho término en oportunidad de decidir el traslado.

#### 29. *Decisión del recurso*

La decisión del recurso debe ser hecha en principio por decreto del Poder Ejecutivo, y sólo por excepción, en los asuntos que la ley o los decretos reservan a los ministros, y constituyen además cuestiones del orden interno de sus respectivos departamentos (artículo 89, C.N.), pueden ser decididos por resolución ministerial. Esto se aplica, según dijimos, sólo al caso de rechazo del recurso: pues tanto los ministros como los secretarios de Estado, por contralor de legitimidad sobre los actos de sus inferiores, pueden en todo momento dejar sin efecto el acto impugnado o de otro modo hacer lugar a lo solicitado por el recurrente.

Por ello, toda vez que se trate de rechazar el recurso, la decisión debe provenir necesariamente del Poder Ejecutivo, cuando se trate de las siguientes hipótesis:

<sup>53</sup> *Dictámenes*, 75: 289; 77: 207 y 245.

<sup>54</sup> Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, op. loc. cit.

<sup>55</sup> Decreto 7520/44, art. 8, segunda parte.

<sup>56</sup> BIELSA, op. cit., p. 130.

a) Que el recurrente sea u partículas, o un funcionario que no recurre en calidad de tal; b) que el acto impugnado no pertenezca a un órgano de la administración central sino a un ente descentralizado;<sup>57</sup> luego, sólo cuando el recurrente es un funcionario y éste cuestiona una medida de orden interno en la repartición, puede llegar a ser de aplicación la posibilidad de que el Ministro decida el recurso por sí.<sup>58</sup> En conclusión, las facultades del Ministro debe entenderse que son limitadas.<sup>59</sup>

### 30. Alcances de la decisión

En lo que respecta a los alcances de la decisión, ellos son amplios: El Poder Ejecutivo puede mantener el acto, revocarlo, modificarlo o sustituirlo por otro; puede a su vez adoptar cualesquiera de esas decisiones tanto por motivos de legitimidad como de simple oportunidad.

Además el decreto 7520 prevé que “Esta decisión será siempre ejecutoria y se notificará en el término de tres días, al recurrente y al órgano administrativo que deba hacerlo cumplir. El Poder Ejecutivo puede de oficio o a petición de parte, suspender o diferir la ejecución de la decisión, si un interés fundado de orden administrativo lo justifica.” Es de advertir que esta disposición no se refiere al efecto de la interposición del recurso, sino al efecto de la decisión final del recurso.

## II. Recurso jerárquico impropio

### 31. Concepto

Es aquel que se interpone ante el Poder Ejecutivo contra una decisión de las autoridades superiores de un ente descentralizado de la administración nacional. Se lo denomina “impropio” en cuanto el ente no está sometido *stricto sensu* a la jerarquía del Poder Ejecutivo; por eso algunos autores prefieren llamarlo “recurso de alzada.”<sup>60</sup>

Se rige en general por los mismos principios que el recurso jerárquico propio, existiendo muy pocas diferencias entre ambos.

### 32. Procedencia: a) Principio general

Se dice habitualmente que mientras que el recurso jerárquico propio procede siempre, salvo texto expreso en contrario, el impropio sólo procede cuando una norma expresamente lo acuerda.<sup>61</sup> Dicho criterio se funda en que si la ley de crea-

<sup>57</sup> En este caso, desde luego, se tratará de un recurso jerárquico impropio; en el mismo, además, el ministro no puede tampoco hacer lugar a lo solicitado, pues los entes descentralizados están sólo sometidos al Poder Ejecutivo.

<sup>58</sup> *Dictámenes*, 53: 322, 329 y 330; 68: 18 y 20 vta., y otros.

<sup>59</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 151: 288; *Dictámenes*, 66: 77.

<sup>60</sup> Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 474.

<sup>61</sup> *Dictámenes*, 38: 250; esta interpretación no es la vigente en la actualidad.

ción viene expresamente a quitar competencia al Poder Ejecutivo en determinado sector de la administración, se requiere texto expreso para poder interpretar excepciones a tal restricción de la competencia de la administración central.

Sin embargo, es de señalar que tal solución no parece ajustarse al derecho argentino, en que el principio constitucional de que el Presidente “es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país,” da sustento para sostener que el contralor del Poder Ejecutivo sobre los entes autárquicos *es de índole constitucional*, por lo que no necesita que una norma expresamente lo acuerde para ser procedente; e incluso, puede ser procedente aunque una norma legislativa quiera expresamente excluirlo, si dicha exclusión constituye una irrazonable restricción de las facultades de contralor del Poder Ejecutivo.

En tales hipótesis, el Poder Ejecutivo puede ejercer su contralor no obstante la limitación legislativa,<sup>62</sup> tal lo que sucede con el decreto ley 10.775/56, que deniega el recurso jerárquico impropio ante el Poder Ejecutivo contra los actos del Consejo Superior Universitario, lo que ha sido considerado inconstitucional y no ha impedido que el Poder Ejecutivo se considere competente para entender de tal tipo de recursos.<sup>63</sup>

### 33. b) *Contra qué actos procede*

Vimos ya que el decreto 7520/44 excluye del recurso los actos en que el ente descentralizado hubiera actuado como “persona jurídica civil.” No es el caso retornar aquí a la crítica del citado concepto, que responde a una doctrina determinado, superada actualmente; baste recordar que por el sólo hecho de actuar una autoridad pública, el acto es administrativo, sin perjuicio de que parte del mismo (en el caso, su objeto) se halle regido por normas de derecho privado.<sup>64</sup>

Por ello, y porque en ese aspecto la restricción que establece el decreto es válida, el recurso es procedente en todo lo que se refiere a problemas de derecho público; no, en principio, en lo que se refiere al derecho privado. Pero esta última solución no debe tomarse muy a la letra, porque en la generalidad de los casos hay elementos de derecho público también en el objeto del acto, y el recurso es así procedente.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Respecto a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo no ejecute una ley inconstitucional, ver nuestra *Introducción, op. cit.*, pp. 64-66, y *Estudios, op. cit.*, p. 70, en nota.

<sup>63</sup> Así *Dictámenes*, 73: 86; ver FIORINI, *op. cit.*, pp. 28 y ss., 37 y ss. A su vez MARIENHOFF, MIGUEL S., “Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atiene a su constitucionalidad,” en *JA*, 1961-VI, p. 62, sec. doct., sostiene una tesis más radical: Que las entidades descentralizadas son totalmente inconstitucionales, y sólo pueden ser creadas por decreto, salvo casos especiales. En esta tesis es mucho mayor, desde luego, el contralor del Poder Ejecutivo. Respecto al caso de la Universidad ver también, en contra, SANGUINETTI, HORACIO, *Régimen administrativo de la Universidad*, Buenos Aires, 1963, p. 21.

<sup>64</sup> *Supra*, n° 8 y sus referencias. *Comp. Dictámenes*, 69: 146.

<sup>65</sup> Respecto de las relaciones y superposición del derecho administrativo y el derecho civil, ver nuestra *Introducción, op. cit.*, pp. 48 y 49.

### 34. c) *Motivos porque procede*

Mientras que el recurso jerárquico propio procede tanto por razones de legitimidad como de oportunidad, el impropio, *de acuerdo con la doctrina tradicional*, solamente por razones de legitimidad,<sup>66</sup> salvo que una norma expresa lo acuerde por razones de oportunidad.

Dentro de ese concepto, cabe dejar claramente sentado que el recurso procede no sólo en lo que se refiere al ejercicio de facultades regladas, sino también a los límites a las facultades discrecionales; y que la así llamada “discrecionalidad técnica,” no constituye en verdad una discrecionalidad irrevisible, sino el respeto a reglas de técnica, las que a su vez dependen de un criterio objetivo, técnico, no de oportunidad o mérito: Por ellos tales cuestiones técnicas integran el concepto de legitimidad y son revisibles por recurso jerárquico impropio, incluso dentro de la doctrina tradicional. Demostrado el error técnico de un acto, el mismo es ilegítimo y debe ser revocado por el Poder Ejecutivo.

### 35. *Legitimidad en sentido amplio*

Asimismo interesa precisar que, a diferencia de lo que en doctrina se sostiene por parte de algunos autores,<sup>67</sup> en el sentido de que el Poder Ejecutivo controlaría sólo ciertos aspectos de la legitimidad (por ejemplo, los referidos a la violación de normas establecidas específicamente para el ente de que se trate, o para toda la administración), no ha sido tampoco recibida en la práctica argentina, en que el contralor de legitimidad ha sido siempre pleno. Creemos, atendiendo a la realidad argentina (cuyas entidades descentralizadas por lo general actúan con excesiva libertad y discrecionalidad, existiendo un deficiente contralor administrativo y jurisdiccional sobre ellas, y ningún control legislativo), que es preferible por ahora mantener el criterio amplio de la revisión por ilegitimidad en el recurso jerárquico impropio.

### 36. *Oportunidad*

Por lo demás, la orientación administrativa ha vacilado recientemente, aceptándose incluso en un caso que el recurso jerárquico impropio procede por razones de oportunidad o mérito, aunque no haya norma que lo acuerde expresamente,<sup>68</sup> por lo que, aunque esta modificación de hecho no se haya mantenido, denota el criterio amplio con que debe procederse en el control por recurso jerárquico impropio.

<sup>66</sup> *Dictámenes*, 38: 250; 61: 252; 66: 236; 67: 3; 68: 149; 69: 125; 70: 52, 59, 165, 210, 226, 297, 337; 71: 89 y 161; 74: 405; 75: 23; HEREDIA, HORARIO H., *Contralor administración sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1952, p. 66 y ss., p. 99; comparar RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO CÉSAR, *Relaciones de las entidades autárquicas con la administración central*, Mendoza, 1943, p. 42 y ss.

<sup>67</sup> FIORINI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>68</sup> *Dictámenes*, 85: 98.

### 37. *Interposición del recurso*

Debe presentarse ante la Secretaría de Estado respectiva, pero si se lo presenta al mismo ente autárquico o empresa del Estado, el recurso debe no obstante ser elevado por éstos al Poder Ejecutivo. (*Supra*, cap. VI, n° 4.)

Tampoco es óbice a la procedencia del recurso la circunstancia de que previamente se haya solicitado revocatoria ante dicho organismo, siendo ésta innecesaria; en tal caso, el recurso de revocatoria vale como jerárquico y así debe ser tramitado, siempre que se haya presentado en término.<sup>69</sup>

### 38. *Decisión del recurso*

La decisión del recurso jerárquico impropio sólo puede ser hecha por el Poder Ejecutivo,<sup>70</sup> y los ministros y secretarios carecen de facultades no sólo para resolver el recurso por sí sino también para revocar de oficio el acto.<sup>71</sup>

### 39. *Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto*

En cuanto a los alcances de la decisión, se ha sostenido que el Poder Ejecutivo sólo puede confirmar o revocar el acto del ente descentralizado, pero no modificarlo ni sustituirlo por otro.<sup>72</sup> Ello se basa a nuestro juicio en el mismo principio general que ha establecido la doctrina italiana como límite a este recurso: Que la entidad es creada por ley, y si la ley le confiere una competencia determinada para actuar, debe entenderse que esta competencia sólo podrá ser restringida o controlada por el Poder Ejecutivo en los casos expresamente contemplados por la ley, y ello con criterio restrictivo.<sup>73</sup> Pero ya vimos que en nuestro país el principio pareciera ser distinto (en virtud de las facultades constitucionales de control del Poder Ejecutivo) y por ello se ha entendido uniformemente en la práctica que el Poder Ejecutivo tiene facultades también para modificar o sustituir el acto del ente autárquico o empresa del Estado.<sup>74</sup>

Por lo demás, debe pensarse en la enorme dificultad práctica de aplicar el criterio de que el Poder Ejecutivo puede revocar pero no reformar ni sustituir el acto: Si un contratista reclama de una entidad autárquica que le pague \$ 100.000, y la entidad había resuelto pagarle \$ 80.000, interponiéndose el recurso contra este acto: ¿Qué va a hacer el Poder Ejecutivo, supuesto que el contratista tenga razón? ¿Revocar el acto? No puede, porque está bien que le haya reconocido esos \$ 80.000. ¿Confirmar el acto? Puede hacerlo, pero eso implica negarle al recurrente

<sup>69</sup> *Dictámenes*, 76: 76; 76: 183, etc.

<sup>70</sup> *Dictámenes*, 61: 52, y otros.

<sup>71</sup> *Dictámenes*, 53: 322; 66: 105; 75: 294, etc.

<sup>72</sup> HEREDIA, *op. cit.*, p. 112, y sus referencias de la doctrina italiana; FIORINI, *op. cit.*, p. 39, y su referencia a la doctrina italiana.

<sup>73</sup> HEREDIA, *op. loc. cit.*; FIORINI, *op. loc. cit.*

<sup>74</sup> Esa es la práctica administrativa tradicional. También en tal sentido LUQUI, JUAN CARLOS, *El recurso jerárquico*, en *JA*, 1944-II, p. 29, sec. doctr.

te que tiene razón en reclamar más, cuando en realidad aceptamos que en este caso la tenía. Obviamente, la única solución lógica y razonable es que *modifique* el acto, disponiendo que le paguen los \$ 100.000 que se estima le corresponden.

El ejemplo no es en modo alguno excepcional: Un 90 % de los recursos contra actos de las entidades descentralizadas terminan necesariamente, en la práctica, en la reforma o sustitución del acto (o, desde luego, la confirmación); son muy pocas las hipótesis en que un acto puede razonablemente ser anulado, y dejarse simplemente las cosas en ese estado. Ello ocurre por ejemplo en materia de licitaciones: Si un oferente que perdió la licitación impugna la adjudicación al ganador, el Poder Ejecutivo, si encuentra que tiene razón, revocará simplemente la adjudicación, pero no decidirá adjudicarle a él. Pero estos casos son excepcionales, y la regla es que sea necesario proceder a la reforma o sustitución del acto. Por ello consideramos, en definitiva, que el citado criterio no sólo no se adecúa al sistema constitucional argentino, sino que además es impracticable en la realidad.



## CAPÍTULO X

### OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

#### SUMARIO

I. <i>Recursos</i> .....	PRA-X-1
1. 1º) Recurso jerárquico no reglado.....	PRA-X-1
2. Escalas jerárquicas en que procede .....	PRA-X-1
3. Caracteres .....	PRA-X-1
4. Efectos .....	PRA-X-2
5. 2º) Recurso de reconsideración.....	PRA-X-2
6. Caracteres .....	PRA-X-2
7. Casos en que procede.....	PRA-X-2
8. 3º) Recurso de revisión.....	PRA-X-3
9. Ante quién se interpone .....	PRA-X-3
10. Término para imponerlo.....	PRA-X-4
11. Causales de revisión .....	PRA-X-4
II. <i>Denuncias</i> .....	PRA-X-4
12. 1º) Mera denuncia .....	PRA-X-4
13. 2º) Denuncia de ilegitimidad.....	PRA-X-4
14. Diferencias con la mera denuncia.....	PRA-X-5
III. <i>Reclamaciones</i> .....	PRA-X-6
15. 1º) Queja .....	PRA-X-6
16. Procedencia .....	PRA-X-6
17. Actos y hechos impugnables.....	PRA-X-6
18. Ante quién se interpone .....	PRA-X-7
19. Trámite.....	PRA-X-7
20. 2º) Reclamación administrativa. Origen.....	PRA-X-7
21. Naturaleza .....	PRA-X-10
22. Procedencia: a) En general.....	PRA-X-10

23. b) Respecto de entes descentralizados.....	PRA-X-11
24. No interrumpe la prescripción de la acción.....	PRA-X-12
25. Contra qué actos procede .....	PRA-X-12
26. Qué derechos protege .....	PRA-X-12
27. Término para interponerla.....	PRA-X-13
28. Ante quién se interpone .....	PRA-X-13
29. Quién debe decidirla.....	PRA-X-13
30. Requerimiento de pronto despacho.....	PRA-X-14
31. Interposición de la demanda judicial: a) Demanda al solo efecto interruptivo de la prescripción.....	PRA-X-14
32. b) Juicio en marcha.....	PRA-X-15
33. c) Juicio desistido.....	PRA-X-15

*Capítulo X*  
**OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN**

*I. Recursos*

*1. 1º Recurso jerárquico no reglado*

Hemos visto ya que contra las resoluciones de funcionarios superiores a Director General cabe el recurso jerárquico directo ante el Poder Ejecutivo; pero nada impide que el recurrente, si lo desea, recurra solamente a la vía *inmediata* superior. Ello se encuentra reconocido por el decreto 2126/61, cuyo considerando cuarto expresa: “Que lo resuelto en este decreto sobre la autoridad a la que corresponde decidir el recurso de revocatoria del decreto N° 7520/44, es, sin perjuicio de la potestad fiscalizadora que sobre los actos de sus inferiores jerárquicos compete a los ministros y secretarios de Estado (ley 14.439, artículo 2º, incs. 8 y 3);” por lo demás, constituye un principio inmanente a la relación de jerarquía.

*2. Escalas jerárquicas en que procede*

Por ello existe un recurso jerárquico no reglado, de los actos del Director General a los de su superior inmediato, y así sucesivamente en vía ascendente.

Pero no sólo allí puede funcionar este recurso: También en las etapas inferiores a Director General el mismo es procedente, en cada escala administrativa ante el inmediato superior.

*3. Caracteres*

Como todo recurso no reglado, no está sujeto a formalidad ni término alguno, y en principio es siempre procedente formalmente. (Salvo los requisitos esenciales a todo recurso, que hemos visto en su oportunidad.)

Entendemos que le son de aplicación, analógicamente, los términos para la denegación tácita que prevé el decreto 7520/44. En sentido similar se ha expresado: “Este plazo de diez días debe regir también, por aplicación analógica, cuando se

trate de recurso promovido ante autoridades no inmediatas al Poder Ejecutivo. Supóngase que el acto de un jefe administrativo sea susceptible de recurso ante un director general, y el de éste ante el Poder Ejecutivo. El plazo de diez días que contempla el decreto en el citado artículo se refiere a la revocatoria del director general; *pero nada se opone a su aplicación en el orden jerárquico inferior, a menos que un texto positivo establezca otra norma.*<sup>1</sup>

#### 4. Efectos

De acuerdo con la práctica actual, este recurso no interrumpe ni suspende los términos para la tramitación de los demás recursos formalmente establecidos; ello, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser considerado como si fuera dicho recurso formal, por aplicación del principio de que la administración debe corregir los errores del particular en la denominación técnica del recurso.

#### 5. 2º) Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración o “reposición,” “oposición,” etc.,<sup>2</sup> es el que se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto, para que lo deje sin efecto por contrario imperio.

No hay forma que lo establezca expresamente, pero siempre se tiene no obstante el derecho de presentarlo ante cualquier órgano que haya dictado un acto administrativo que afecta a una persona; tal principio surge del derecho constitucional de peticionar a las autoridades.

#### 6. Caracteres

Siendo un recurso no reglado es siempre, en principio, formalmente procedente. No le son aplicables por analogía las normas referentes al recurso jerárquico<sup>3</sup> y, existiendo otros recursos contra el acto de que se trate, no puede considerarse suspensivo del acto impugnado.<sup>4</sup>

Al igual que el recurso jerárquico no reglado, no interrumpe ni suspende los términos para los recursos formales, con la misma salvedad que en el caso citado: Que pueda eventualmente ser considerado como si fuera precisamente el recurso formal. (Jerárquico, etc.)

#### 7. Casos en que procede

Se ha entendido que no procede respecto de una medida ya reconsiderada.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> BIELSA, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

<sup>2</sup> El término que usamos es el más usual en la práctica administrativa argentina.

<sup>3</sup> *Dictámenes*, 67: 7.

<sup>4</sup> *Dictámenes*, *op. loc. cit.*

<sup>5</sup> *Dictámenes*, 72: 30. En sentido similar CAIO TÁCITO, *O abuso...*, *op. cit.*, p. 85, afirma que “no puede ser renovado.”

Tampoco procede contra los decretos del Poder Ejecutivo u otras decisiones administrativas que resuelven un recurso en última instancia administrativa, cerrando el procedimiento, salvo que una norma jurídica lo acuerde expresamente.

Con todo, esta regla tiene excepciones: Cuando el decreto o decisión final ha sido dictado “inaudita parte,” esto es, sin oír al interesado, sea:

a) Por tratarse de un tercero que resulta afectado a raíz de un procedimiento en que no intervino, o

b) por tratarse de una persona directamente interesada a la que se impidió ejercer su derecho de defensa, o

c) por tratarse de un acto dictado directamente de oficio, se ha estimado que es procedente el recurso de reconsideración.<sup>6</sup> Además, es de señalar que contra los actos definitivos no sólo es procedente el recurso de reconsideración en los casos mencionados, sino también el recurso de revisión, a que nos referimos a continuación.

### 8. 3º) *Recurso de revisión*

Contra los decretos del Poder Ejecutivo, que cierran el trámite administrativo, no cabe en principio recurso administrativo alguno; pero ese criterio es objeto de excepción en el caso de violación de la defensa en juicio (caso en que procede, según acabamos de ver, un recurso de reconsideración) y también en las hipótesis del artículo 241 de la ley 50, que son las del “recurso de revisión.”

La Procuración del Tesoro, en efecto, ha interpretado que dichos actos, por su condición en cierto modo similar a las sentencias de la Corte Suprema (en cuanto agotan la última instancia existente, dentro de su respectivo orden —el administrativo y el judicial—), deben ser impugnables, al igual que éstas, por un recurso de revisión ante el mismo órgano autor del acto. Al efecto se consideró de aplicación analógica la regulación que la ley 50 hace del citado recurso con referencia a la Corte Suprema, y es por ello que existe en la actualidad tal recurso *administrativo* de revisión.<sup>7</sup>

### 9. *Ante quién se interpone*

El recurso se presenta ante el mismo Poder Ejecutivo —aunque, al igual que el jerárquico, por intermedio del Ministerio o Secretaría de Estado respectiva. Su decisión, desde luego, sólo puede ser hecha por decreto del Poder Ejecutivo, en la hipótesis de que el acto impugnado sea también decreto del Poder Ejecutivo.

<sup>6</sup> *Dictámenes*, 46: 226; 62: 113; 65: 44; 67: 43; 260; 70: 266.

<sup>7</sup> *Dictámenes*, 46: 226; 65: 44 y otros.

### 10. *Término para interponerlo*

En la práctica se ha considerado implícitamente que el término para interponerlo era también de quince días, y no se ha hecho entonces aplicación analógica del término de ocho días que fija la ley 50. La orientación es en este aspecto correcta, porque las razones que justifican la exigüidad del plazo en la justicia, no existen en la administración.

### 11. *Causales de revisión*

En cuanto a las causales de procedencia del recurso, ellas son las del art. 241 de la ley 50, aplicables analógicamente:

“1° Cuando la sentencia definitiva de la Suprema Corte en primera instancia hubiera recaído sobre cosas no pedidas por las partes.

”2° Cuando en ella se omitiera proveer sobre alguno de los capítulos de la demanda o de la reconvención si la hubiere.

”3° Cuando después de pronunciada la definitiva, la parte perjudicada hallase o recobrase documentos decisivos ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor u obra de la parte, en cuyo favor se hubiere dictado.

”4° Cuando la definitiva se hubiere pronunciado en virtud de documentos reconocidos o declarados falsos, ignorándolo el recurrente, o cuya falsedad se reconociere o declarase después.

”5° Cuando habiéndose dictado en virtud de prueba testimonial o de posiciones, alguno de los testigos o la parte absolvente fueren condenados como falsarios en sus declaraciones.”

## *II. Denuncias*

### 12. 1°) *Mera denuncia*

La denuncia es una simple presentación de un sujeto de derecho, llamando la atención de la autoridad administrativa acerca de un hecho o acto irregular. La administración no tiene la obligación de tramitarla ni de resolverla pero no cualquier funcionario o empleado puede proceder a su archivo o rechazo, sino que debe encauzarla hacia la autoridad competente para que sea ésta la que decida la consideración o no de la misma.

No está sujeta a trámite, forma, ni término alguno. La denuncia anónima, salvo especiales circunstancias, puede ser desechada por cualquier funcionario.

### 13. 2°) *Denuncia de ilegitimidad*

Al lado de la simple denuncia, existe en la práctica argentina la así llamada “denuncia ilegitimidad,” que más que denuncia, se aproxima a un ser un recurso informal y debilitado.

La denuncia de ilegitimidad es en esencia un recurso formalmente improcedente, al que no obstante debe darse algún trámite y consideración. Generalmente, se trata de recursos jerárquicos improcedentes, por lo que en tales casos la denuncia de ilegitimidad se considera dirigida al Poder Ejecutivo. En rigor, en los demás casos ocurriría lo mismo, ya que se ha podido entender que este tipo especial de denuncia está dirigida al Poder Ejecutivo en su carácter de jefe de la administración y principal responsable de su marcha, por lo que los funcionarios de inferior jerarquía no pueden detener su trámite ni rechazarla.

Todo recurso mal interpuesto, pues, sea por haber sido presentado fuera de término, por adolecer de fallas formales o resultar su improcedencia de otras circunstancias,<sup>8</sup> o por impugnar decisiones definitivas (por ejemplo decisiones ministeriales relativas al orden interno de sus respectivos departamentos),<sup>9</sup> o incluso por impugnar decretos del Poder Ejecutivo no siendo la hipótesis del recurso de revisión,<sup>10</sup> pueden ser considerados por el Poder Ejecutivo como denuncias de ilegitimidad.

#### 14. *Diferencias con la mera denuncia*

Si bien no hay una neta diferencia entre la llamada denuncia de ilegitimidad y la mera denuncia, en la práctica es posible distinguir: a) El origen, y b) el tratamiento de la misma.

a) Por de pronto, la llamada denuncia de ilegitimidad sólo procede cuando un recurso es improcedente por alguna razón, lo que significa que puede ejercer la denuncia de ilegitimidad *sólo quien tiene un derecho subjetivo o un interés legítimo a impugnar el acto de que se trata*. Quien no puede invocar ese derecho o interés legítimo, no puede interponer la denuncia de ilegitimidad. En cambio, la simple denuncia sirve precisamente para ejercitar el interés simple de cualquier ciudadano en que se cumpla la ley, y no tanto el interés legítimo de una persona directamente afectada por un acto ilegítimo.

b) En cuanto al tratamiento, las denuncias de ilegitimidad en que el reclamante invoca en consecuencia algún derecho o interés legítimo, son generalmente tratadas y tramitadas por la administración como si se tratara de recursos corrientes. La única diferencia con los recursos formales consiste en que se deja claramente establecido que el Poder Ejecutivo (y sólo él) puede discrecionalmente resolver si se va a pronunciar respecto a la denuncia o no, pudiendo si lo desea limitarse a rechazarla en cuanto recurso —por su improcedencia formal— y no resolverla en cuanto denuncia, por no tener obligación de hacerlo.

Sin embargo, en la práctica la denuncia de ilegitimidad es expresamente resuelta por el Poder Ejecutivo en gran mayoría de los casos.

<sup>8</sup> *Dictámenes*, 65: 244; 67: 153; 71: 285; 71: 346 y 352; 72: 98 y 148, etc.

<sup>9</sup> *Dictámenes*, 59: 308; 62: 8; 68: 71; 69: 43; 73: 86 y 89 vta., etc.

<sup>10</sup> *Dictámenes*, 58: 97; 65: 347; 75: 99, 101, etc.

### *III. Reclamaciones*

#### *15. 1º) Queja*

La queja, habitualmente llamada recurso de queja, tal vez no pueda ser considerada solamente un recurso, en cuanto sirve para impugnar actos pero también para atacar hechos u omisiones administrativas. Pero ello no altera, desde luego, la vigencia de los principios generales en materia de recursos administrativos. Al igual que todos los demás, la queja debe ser obligatoriamente tramitada por los funcionarios, y debe ser expresamente resuelta; la omisión de cumplir con estos principios hace personalmente responsable al funcionario respectivo, tanto frente a la administración como frente al particular interesado.

#### *16. Procedencia*

En la práctica argentina no se encuentra reglamentada, pero se la ha considerado procedente por razones inmanentes al procedimiento mismo; desde el momento que existen recursos para discutir el fondo de una cuestión, es consustancial a los mismos que existan implícitamente medios de impugnar una defectuosa tramitación de dichos recursos: Tal medio es en nuestro caso la queja. La Procuración del Tesoro ha aceptado expresamente la procedencia de la reclamación o recurso de queja, con los caracteres que le señalamos.<sup>11</sup>

#### *17. Actos y hechos impugnables*

Mediante la queja pueden impugnarse tanto actos como hechos u omisiones que impliquen defecto de procedimiento. Así por ejemplo, un acto que resuelva archivar las actuaciones cuando aún no se ha decidido sobre el fondo de un recurso; un acto que deniegue un pedido de vista de las actuaciones; o las declare reservadas; que rechace la producción de determinada prueba ofrecida por la parte; que rechace, sin tener competencia para ello, un recurso, etc. Pero fundamentalmente, la aplicación de la queja reside en materia de hechos administrativos: Omisión de enviar el expediente del recurso a la autoridad superior que las ha solicitado para resolver el recurso jerárquico; obstrucción del derecho a presentar escritos, o hacer manifestaciones, o tomar vista de las actuaciones, o presentarse con asistencia letrada; prescindencia de trámites sustanciales tales como el dictamen letrado en la decisión de un recurso; sustracción u ocultamiento de piezas del expediente; obstrucción del derecho a controlar la producción de la prueba.

<sup>11</sup> *Dictámenes*, 64: 208.

### 18. *Ante quién se interpone*

Entendemos que la queja es de índole jerárquica, y por ello debe en principio interponerse a una autoridad superior de aquella que cometió el hecho irregular de procedimiento.

Al respecto creemos que puede ser de aplicación analógica el decreto 7520/44 y concordantes, para admitir entonces que la presentación de la queja sea hecha ante un funcionario con jerarquía equivalente a Director General, cuando el hecho ha sido realizado por funcionarios de inferior jerarquía, y al Poder Ejecutivo cuando el hecho provenga de autoridades superiores; ello, sin perjuicio de que el particular recurra a la autoridad *inmediata* superior, si lo desea.

### 19. *Trámite*

Si bien no hay ningún término para resolverla, es propio de su naturaleza en el procedimiento administrativo que deba imprimírsele un trámite urgente, pues de ella depende la correcta continuación del resto del procedimiento. Por tal circunstancia las demoras o negligencias cometidas por los funcionarios públicos en la impulsión y resolución de las quejas a ellos presentadas los harán más directa y fuertemente responsables, tanto al efecto civil como al administrativo.

### 20. 2º) *Reclamación administrativa. Origen*

Antes de 1900 era necesario, para poder demandar a la Nación, obtener la “venia legislativa,”<sup>12</sup> esto es, una ley del Congreso autorizando la acción judicial contra el

<sup>12</sup> *Origen de la venia legislativa*: Si bien en el caso *Bates Stokes y Cía.*, Fallos, 1: 259 (1864), la Corte Suprema admitió sin cuestionar una demanda directa contra el Estado, pocos días después declaró que siendo el Poder Ejecutivo “soberano en su esfera” no puede ser llevado a los tribunales como demandado, pues ello “daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerdo al Jefe de la Nación.” (*Seste y Seguich*, t. 1, p. 317, 1864.)

Nuestro tribunal invocaba la jurisprudencia de los Estados Unidos, invocación desacertada, puesto que el primer antecedente norteamericano es precisamente favorable a la demandabilidad del Estado (*Chisholm v. Georgia*, 2 Dall. 419.456; 1 L. Ed. 440; resuelto por los jueces BLAIR, WILSON, CUSHING y JAY en un magistral estudio político-social de la cuestión), y el cambio posterior de la jurisprudencia se debió principalmente a que en la décimoprimer reforma de la Constitución estadounidense se estableció la “soberanía suprema de la Nación” en un sentido contrario —en espíritu ya que no textualmente— al precedente citado. (Conf. WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act, analyzed and annotated*, Nueva York, 1957, p. 1; ver fallo *Hans v. State of Louisiana*, 134 U.S. 1; 10 S. Ct. 504; 33 L. Ed. 842.) Por lo demás la teoría anglosajona de la indemandabilidad del Estado se basa en razones totalmente inadmisibles en nuestro derecho, pues aquella se remonta fundamentalmente al principio enunciado por BLACKSTONE, de que ninguna acción judicial podía ser intentada *contra el Rey*. (Ver DOMÍNGUEZ, ALBERTO, “El problema de la responsabilidad del Estado,” en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, t. VIII, Rosario, 1948, p. 95.)

La inconsistencia de la teoría se advierte en la misma jurisprudencia argentina, que no mantuvo una firme orientación al respecto. Así en *Benites y Cía.*, t. 1, p. 309 (1864), se admitió que fuera constitucional una ley que autorizaba apelar de las resoluciones de la Aduana ante la Justicia, lo que niega que la “indemandabilidad” del Estado sea de índole constitucional; en la causa *Domingo Mendoza*, t. 1, p. 485 (1865), la Corte Suprema refuta ampliamente *sus propios argumentos* del fallo *Seste y Seguich*, al declarar que la teoría es inaplicable a las provincias; pero en JUAN CARLOS

Estado. En ese año se dictó la ley 3952 que suprimió tal requisito sustituyéndolo por la exigencia de un previo reclamo administrativo de aquello por lo que se quería demandar.<sup>13</sup> Esta ley fue interpretada en forma restrictiva, entendiéndose poco después de su dictado, que ella no era aplicable cuando el Estado actuaba

GÓMEZ, t. 2, p. 36, refirma la falta de jurisdicción de los tribunales respecto de la Nación, y afirma que el Congreso debe *decidir* esos reclamos, facultado como está por la Constitución para arreglar el pago de la deuda pública; es de mencionar que este fallo dice que el Congreso debe *resolver* el reclamo y no, como a veces se afirma, que debía pedirse venia legislativa para demandar: Esta curiosa institución nace posteriormente. Todavía no ha nacido en esta época, pues, el problema de la venia legislativa; esto se advierte particularmente en el fallo *Don Anselmo Núñez*, 12: 227 (1872), donde la Corte afirma expresamente que para demandar “al Poder Ejecutivo” se requiere “su expreso consentimiento.” De esta forma, en la primera jurisprudencia, *el Congreso podía decidir directamente el reclamo*, mandando pagar lo reclamado o rechazándolo; o podía *el Poder Ejecutivo* consentir a ser demandado y someterse voluntariamente a la decisión de los tribunales.

El primero de los procedimientos indicados (que el Congreso resolviera expresamente y por sí pagar o no lo reclamado) fue seguido por el parlamento en variadas oportunidades, y así fue como se sancionaron las leyes 162 (1865), 225 (1868), 513 (1872), 639 (1873), reconociendo sueldos y pensiones a militares que habían servido en la guerra de la Independencia terminada en 1824, y otras acciones militares; las leyes 618 (1873), 626, 627 (1873), etc., reconociendo indemnizaciones personales a algunos militares; las leyes 221, 222, 223 (1859), reconociendo indemnización por daños de guerra a los súbditos franceses, ingleses, y de Cerdeña, respectivamente. Instalado en Buenos Aires, el Congreso dictó la ley 87 (1864) de indemnización a los súbditos de Prusia; y las leyes 145, 161 (1865), 232 (1867), 254, 268 (1868), 269 (1869), 931 (1878), etc., a individuos determinados.

En este sistema el Congreso comenzó a recibir cada vez mayor número de reclamos, y así fue como luego de algunos titubeos (en la ley 212, de 1867, mandó al reclamante ocurrir al Poder Ejecutivo para que la resolviera; en la ley 475, de 1871, dijo: “Sométase a los Tribunales de la Nación el reclamo que ha hecho D. CÁNDIDO GALVÁN...”), resolvió finalmente, en un caso en que los reclamantes habían ya presentándose ante los tribunales y ante el Poder Ejecutivo, sin que ninguno se declarara competente, lo siguiente: “Autorízase a los señores... para que hagan valer ante la Justicia Nacional el reclamo promovido por ellos con motivo de...” (Ley 675, año 1874.) De esta forma, es el propio Congreso y no la jurisprudencia quien plantea originalmente la “venia legislativa,” la que es entonces aceptada por la Corte. (Causa *Aguirre Carranza y Cía.*, t. 22, p. 385, año 1880.) A partir de entonces, con el ejemplo dado por el Congreso en las leyes 475 y 675 (dictadas ambas por espontánea decisión del Congreso y ríe por sugerencia jurisprudencial), resuelve el tribunal que tendrá jurisdicción en las demandas contra la Nación siempre que haya una previa venia legislativa para entablar la demanda.

Nos hemos extendido un poco en la evolución histórica del problema, porque luego se generalizó un erróneo concepto acerca de esta cuestión, y así es como en la propia discusión de la ley 3952, se afirma que “la Suprema Corte exigió la venia legislativa para estas demandas” (Diario de Sesiones, Diputados, sesiones ordinarias de 1900, t. I, p. 1145), error éste que fue incluso recogido en posteriores fallos por la mismísima Corte Suprema (ver *infra*, nota 14), la que se adjudicó así, impropriamente, el mérito de haber concebido un engranaje que amenguara, siquiera parcialmente, el grave error político y constitucional suyo de haber declarado indemandable al Estado. Y hemos creído necesario recalcar que se trata de un error, porque ese principio forma parte de toda una teoría y concepción distorsionada respecto a la naturaleza del poder público estatal, que graves daños ha causado a la evolución del derecho público argentino. Respecto a la naturaleza del poder público estatal argentino, y sus diferencias con el poder soberano del pueblo, ver nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, p. 18 y ss.

<sup>13</sup> “Art. 1º. Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el P.E. y su denegación por parte de éste.”

como “poder público;”<sup>14</sup> por lo que fue necesario dictar otra ley, la 11.634, para aclarar definitivamente que toda vez que se demandara al Estado, por cualquier causa que fuere, no haría falta la venia legislativa sino únicamente la “previa reclamación administrativa.”<sup>15</sup>

<sup>14</sup>En el fallo *Sociedad Protectora de Animales*, 96: 336 (1902), la Corte Suprema declaró: “Que el artículo 1 de la ley 3952, que el actor invoca, se refiere, según sus propios términos, a las demandas contra la Nación, en su carácter de persona jurídica.

“Que la Nación, en este carácter es la persona que figura en el artículo 33 del Código Civil y para los fines en el mismo Código establecidos, o sea, para adquirir derechos o contraer obligaciones, de las que forman materia propia de la ley común;” es decir, que sólo podía demandarse al Estado sin previa venia legislativa, cumpliendo a su vez, el previo reclamo administrativo, cuando la cuestión era “del dominio del derecho civil.” (P. 346.) Posteriormente, en la causa de la *Compañía Liquidadora de la Exposición Continental*, 100: 280 (1904) y en *Sepp*, 100: 103 (1904), la Corte Suprema fundamentó su distinción pura y exclusivamente en los antecedentes parlamentarios y la discusión en el Congreso. Sin embargo, la remisión que hace la Corte Suprema es fragmentaria y en su conjunto inexacta, en lo que respecta al sentido de los antecedentes legislativos. (Además, desde luego, de inexacta doctrinariamente.)

En efecto, sólo en la fundamentación de un proyecto presentado por Gonnet al Congreso en 1893, que no fuera sancionado como ley, se hacía tal distinción en forma terminante —aunque en la discusión, por otra parte, Quintana se encargó de refutar la teoría— (Diario de Sesiones, Diputados, 1893, pp. 18 y 19); en la discusión concreta de la ley 3952, en cambio, el miembro informante de Diputados, Vedia, fue bien preciso en aclarar que *era errada la doctrina de la Corte Suprema sobre la indemandabilidad Estado*; que interpretar el art. 100 de la Constitución, en cuanto da jurisdicción a los tribunales para entender en todas las causas “en que la Nación sea parte” en el sentido exclusivo de parte actora, pero no parte demandada, era modificar “visiblemente los términos de la Constitución” y que “*donde la Constitución había dicho simplemente parte, no era posible entender parte actora.*” (VEDIA, *op. loc. cit.*, Diputados, p. 1145.)

Si, pues, el Congreso entendía que la doctrina sobre indemandabilidad del Estado era errada, y la ley se dictaba precisamente para superar esa errada teoría, ella implicaba entonces necesariamente desautorizar, expresa y plenamente, el principio de que en alguna hipótesis fuera necesaria cosa tal como la venia legislativa. (Ver Diario de Sesiones, Diputados, sesiones ordinarias de 1900, t. I, p. 1145.)

La Corte Suprema ignora la clara refutación de su tesis que le hace la Cámara de Diputados (tal vez por la justa crítica que le hace) y en cambio invoca en forma parcial y fragmentaria frases dichas en la discusión senatorial; frases éstas que en su contexto original son oscuras y contradictorias y en modo alguno pueden prevalecer sobre las meridianas manifestaciones hechas en la cámara baja.

Todos los fallos posteriores, en contradicción lógica, repiten que es principio general que la Nación no puede ser llevada a juicio, y que sólo por expresa disposición de la ley 3952, pudo ello hacerse, y afirman interpretar esa ley *¡por sus propios antecedentes legislativos!*, en el sentido de que la venia era necesaria cuando la Nación actuaba como poder público... desconociendo así *que el propio Congreso dijo terminantemente que el principio general que la Corte creía ver era falso e inconstitucional*. No existiendo constitucionalmente ningún principio de “indemandabilidad del Estado,” mal puede interpretarse que algún caso no fuera demandable.

Ante esta pertinacia de la Corte (así *Fallos*, 119: 414; 157: 102) se hace necesario entonces, en 1932, volver a hacer lo que ya se entendió hacer en 1900 con la ley 3952: Suprimir el requisito de la venia legislativa y declarar que el Estado no es inmune a juicio, aclarando ahora, para evitar toda duda, que la ley 3952 es aplicable a las demandas que se deduzcan contra la Nación “...sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización legislativa previa.”

He ahí el magnífico fruto estéril de una doctrina estatista más.

<sup>15</sup>Art. 1º. Modifícase el art. 19 de la ley nº 3952 en la siguiente forma: “Los tribunales federales y los jueces, letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin

Esta reclamación administrativa mantiene hoy su vigencia en la forma que la reglamentó la ley 3952, con la aclaración de la ley 11.634.

### 21. *Naturaleza*

El hecho de que la reclamación administrativa haya sido creada como requisito previo a la demanda judicial no la priva, desde luego, de su carácter esencial de recurso o remedio administrativo: Le son aplicables, pues, todos los principios del procedimiento administrativo.

### 22. *Procedencia: a) En general*

Existen algunas excepciones a la *necesidad de interponer la reclamación administrativa previa como requisito indispensable para demandar* a la Nación<sup>16</sup> pero ello no significa que la reclamación en sí misma sea improcedente formalmente: El eventual demandante tiene a su elección seguir inmediatamente la vía judicial o intentar previamente la reclamación de que habla la ley 3952. Por ello su procedencia *en sede administrativa* es amplia y no puede ser limitada por decreto o práctica administrativa alguna, dado su origen legal.

necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el P. E. y su denegación por parte de éste.”

<sup>16</sup>En efecto, se admite la posibilidad de demandar directamente a la Nación, aunque no se haya intentado previamente la reclamación administrativa, en los siguientes casos:

1º) Cuando el juicio es promovido como consecuencia de otro anterior seguido por la Nación contra el actor del juicio actual (Conf. *Fallos*, 184: 54; 210: 1242; MARIENHOFF, MIGUEL S., “Ley de demandas contra la Nación. Su ámbito de aplicación,” en *JA*, 1962-VI, pp. 43 y ss., 46; contra *Fallos*, 25: 203), o cuando simplemente se reconviene (*Fallos*, 2: 36);

2º) cuando se intenta una acción de desalojo de un inmueble alquilado por la Nación (MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 46);

3º) en demandas ordinarias de amparo de derechos protegidos por los artículos 14 y 17 de la Constitución (*Fallos*, 204: 183, *Siemens Schuchert*, 1946); también en los interdictos, juicios de despojo, cobro de indemnización por expropiación, etc. (MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 46);

4º) cuando se demanda al Estado por responsabilidad de daños y perjuicios ocasionados por hechos o actos ilícitos de sus agentes (decreto 28.211/44; MARIENHOFF, *op. loc. cit.*; SPOTA, ALBERTO G., “La Ley de Demandas contra la Nación y la pretendida doble personalidad del Estado,” en *Anales de Legislación Argentina*, t. 1889-1919, pp. 490 y ss., 492; ver también *infra*, excepción séptima);

5º) cuando existe un decreto del Poder Ejecutivo sobre la cuestión o reclamo que motiva la demanda, resolviéndolo en forma negativa; por cuanto tal decreto implica la ineficacia cierta del procedimiento de la reclamación administrativa (pues será rechazada) (*Fallos*, 204: 618, año 1946; 215: 37; 233: 106; 252: 326);

6º) cuando el Poder Ejecutivo acepta la controversia judicial sin oponer la falta de previo reclamo administrativo (*Fallos*, 200: 196);

7º) cuando el Poder Ejecutivo la renuncia expresamente, en forma general o particular, pues ella no es de orden público (*Fallos*, 252: 326);

8º) cuando una ley la excluye expresa o implícitamente por ejemplo reglando específicamente una acción o recurso contra la Nación, fijando términos especiales y sin exigir este trámite;

9º) la enumeración precedente no es exhaustiva, y la tendencia jurisprudencial es amplia, tendiendo a reducir la exigencia de la previa reclamación administrativa, como requisito previo a la demanda judicial.

Destacamos así que no puede afirmarse derechamente que el procedimiento de la ley 3952 puede ser *suprimido*; dichas afirmaciones han sido hechas siempre con referencia a su exigencia como requisito previo a la demanda judicial,<sup>17</sup> pero deben ser cuidadosamente restringidas a ese planteo. La reclamación administrativa previa puede pues *no ser exigible antes de demandar a la Nación*, y puede la Nación renunciar *a oponer como excepción judicial* la falta de reclamación administrativa, y puede finalmente por decreto excluir algunos casos determinados de esa exigencia, estableciendo que en tales materias podrá ser demandada directamente; *pero nada de ello puede ser interpretado en forma tal que implique cerrar al particular la vía administrativa al efecto de interponer la citada reclamación.*

Ello, sin perjuicio de las limitaciones naturales que pueden existir a su procedencia; pero ellas serán en atención a su propia naturaleza, y no a que exista o no obligación de interponerla.

### 23. b) *Respecto de entes descentralizados*

Tradicionalmente se entendió que la ley 3952 no era aplicable a las entidades autárquicas y empresas del Estado, no sólo en cuanto a la exigibilidad de la previa reclamación administrativa antes de poder demandarlos ante la justicia,<sup>18</sup> sino también en cuanto a las demás disposiciones de la ley: En particular el artículo 7º, que califica de “meramente declarativas” las sentencias judiciales que fueren condenatorias contra la Nación.<sup>19</sup>

No obstante, recientemente ha cambiado la jurisprudencia respecto al último problema: La Corte Suprema ha declarado que las entidades autárquicas que llenan “funciones específicamente estatales” están también resguardadas por el art. 7º de la ley.<sup>20</sup> Este cambio de jurisprudencia parece no alcanzar todavía a la exigencia de la previa reclamación administrativa, pero podría tal vez sugerir la posibilidad de admitir, *al sólo efecto administrativo*, la posibilidad optativa de que se instaure contra los actos de las entidades descentralizadas esta reclamación administrativa, no en cuanto exigencia previa al juicio, sino en cuanto simple remedio administrativo aplicado analógicamente. La procedencia de aplicarlo por analogía, en la medida en que beneficia a los administrados dándoles un medio más de defensa, se hallaría tal vez en parte fortificada por la misma aplicación extensiva que la Corte Suprema hace del art. 7º de la ley; pero ello no quita que, de volverse a la jurisprudencia anterior como en buenos principios corresponde,<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Ver *Fallos*, 246: 132; 247: 518; MARIENHOFF, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> *Fallos*, 108: 304; 150: 283; CNFed., en *JA*, 7: 9; 10: 14; CN Rosario, en *LL*, 72: 386; SPOTA, *op. cit.*, p. 492; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 44.

<sup>19</sup> “Art. 7º. Las decisiones que se pronuncien en estos juicios, cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda.”

<sup>20</sup> *JA*, 1962-VI, p. 43, con nota de MARIENHOFF.

<sup>21</sup> MARIENHOFF, *op. loc. cit.*

pueda no obstante seguir siendo conveniente la aplicación optativa para el particular, y sin desmedro de la acción judicial, de usar de este remedio administrativo.

#### 24. *No interrumpe la prescripción de la acción*

Es de señalar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia, la interposición y tramitación de la reclamación administrativa no interrumpe ni suspende el recurso de la prescripción de la acción contra el Estado,<sup>22</sup> por lo que en ciertos casos de prescripción breve, o cuando de cualquier manera amenace cumplirse la prescripción, será necesario interponer no obstante la acción *judicial*<sup>23</sup> al sólo efecto interruptivo de la prescripción, y esperar que se cumplan los plazos del reclamo administrativo antes de proseguir con la acción judicial.<sup>24</sup>

#### 25. *Contra qué actos procede*

Esta reclamación es el más amplio de los remedios administrativos en cuanto a qué tipo de actos se pueden impugnar mediante él. Puede reclamarse contra cualquier *acto, hecho u omisión* proveniente de un órgano estatal, esté su objeto regido por el derecho público o privado.

Sin embargo, no procede contra los decretos del Poder Ejecutivo, por la mencionada razón de que ellos cierran el procedimiento administrativo, salvo los casos excepcionales de revisión (por violación de la defensa en juicio, y las hipótesis del art. 241 de la ley 50.) Por igual criterio, tampoco procede contra los actos de órganos inferiores, cuando éstos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, sean definitivos en sede administrativa y permitan ya demandar directamente a la Nación.<sup>25</sup>

#### 26. *Qué derechos protege*

En principio, dado que la reclamación administrativa existe teóricamente con referencia a una eventual contienda judicial, pareciera ser que debe entenderse que sólo puede reclamarse administrativamente, bajo el régimen de la ley 3952, respecto de *un derecho que a su vez esté protegido por la posibilidad de ocurrir a la justicia*, es decir, por un *derecho subjetivo*, en el régimen nacional actual.

En efecto, dado que en el ámbito judicial no hallan protección los intereses legítimos ni los intereses simples, pareciera que debe concluirse que tampoco ellos podrán ser impugnados o reclamados mediante esta reclamación administrativa de la ley 3952. (Pero lo podrán ser por los demás recursos y reclamaciones.) El

<sup>22</sup> Fallos, 103: 155, *Banco Constructor de La Plata*, 1905; 111: 665; 113: 194; 115: 395, etc.; SPOTA, *op. loc. cit.*

<sup>23</sup> SPOTA, *op. loc. cit.*

<sup>24</sup> Ver *infra*, n° 31.

<sup>25</sup> *Dictámenes*, 68: 130.

punto tiene su importancia, porque el régimen formal de la ley 3952 es, según se verá, generoso, mientras que el de los demás remedios no lo es tanto.

Con todo, somos de la opinión que en lo posible debe darse una interpretación extensiva a la aplicabilidad de la reclamación. (Siempre, repetimos, en lo que respecta a su procedencia administrativa, no en cuanto a su exigibilidad como requisito previo para demandar ante la justicia.)

### 27. *Término para interponerla*

Uno de los rasgos más destacados de la reclamación administrativa, que la transforman en una eficaz y preciosa defensa de los administrados en el procedimiento administrativo, es la circunstancia de que no está sujeta a término alguno para su interposición.

En efecto, al establecer la ley el requisito de la previa reclamación, antes de poder demandar a la justicia, no fija término alguno a partir del acto o hecho impugnado, por lo que cabe concluir en que la única limitación a la misma es la prescripción de la acción; la cual será a su vez, según los principales casos, un año (responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos ilícitos de sus agentes), diez años (responsabilidad contractual), o imprescriptibilidad, cuando se impugna un acto administrativo nulo. (Los que la Corte llama “nulos de nulidad absoluta.”)<sup>26</sup>

*En conclusión, aún cuando hayan vencido los términos fijados por el decreto 7520/44 y concordantes para la presentación de los recursos de revocatoria y jerárquico, será no obstante posible interponer la reclamación administrativa mientras no haya prescripto la acción.*

### 28. *Ante quien se interpone*

Dice la ley 3952 que la reclamación debe hacerse “ante el P. E.” (art. 1º); por ello la presentación formal del remedio es similar a la del recurso jerárquico: El escrito va dirigido al Presidente de la República, pero se lo presenta en el Ministerio o Secretaría de Estado respectivo.

### 29. *Quién debe decidirla*

Al expresar la ley que la reclamación se interpone ante el “Poder Ejecutivo,” debe concluirse en que los ministros o Secretarios de Estado carecen de competencia para denegar la reclamación administrativa.<sup>27</sup> Destacamos que la resolución ministerial puede ser insuficiente en cuanto deniega la reclamación administrativa, en lo que respecta a la posibilidad de demandar en virtud de ella a la Nación sin pronunciamiento del Poder Ejecutivo; pero que por el contrario, si la decisión ministerial accede a lo solicitado por el reclamante, tal decisión no es de

<sup>26</sup> *Supra*, cap. III, n° 5.

<sup>27</sup> SPOTA, *op. cit.*, p. 492; jurisprudencia uniforme.

por sí nula, ya que ella estaría en principio fundada en el contralor de legitimidad que al mismo le corresponde sobre los actos de sus inferiores. La validez de la decisión ministerial, en la hipótesis de que haga lugar a lo solicitado, dependerá pues exclusivamente de su competencia originaria para decidir la cuestión en sede administrativa, no viéndose afectada, a tal efecto, por el hecho de que la reclamación estrictamente deba ser resuelta por el Poder Ejecutivo.

### 30. *Requerimiento de pronto despacho*

Establece la ley que: “Si la resolución de la administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos.”

La ley no establece un plazo dentro del cual, una vez transcurridos los seis meses iniciales, deba presentarse el pedido de pronto despacho; de allí que sea optativo del particular presentarlo inmediatamente o dejar transcurrir el tiempo antes de instar definitivamente a la administración para que decida o deje abierta la vía judicial por denegación tácita. Esto representa una gran ventaja desde el punto de vista procesal, porque no se obliga al administrado a acelerar innecesariamente el desenlace en sede administrativa y a ocurrir obligadamente a la vía judicial, dejando de lado la administrativa. Si el particular no tiene urgencia, o hay razones que justifiquen la lentitud del procedimiento administrativo, puede él reservarse para más adelante el pedido de pronto despacho y continuar con el trámite administrativo mientras tanto.

Estos términos se cuentan por días corridos, según ya explicamos.

### 31. *Interposición de la demanda judicial: a) Demanda al sólo efecto interruptivo de la prescripción*

Dijimos ya que la reclamación administrativa no interrumpe ni suspende el curso de la prescripción; por ello en el caso de prescripciones cortas, o cuando de cualquier manera estuviera próxima a cumplirse la prescripción de la acción, debe presentarse la demanda judicial.

En los primeros tiempos de aplicación de la ley, la jurisprudencia de algunos tribunales no admitía que se presentara la demanda “al sólo efecto interruptivo de la prescripción,” por lo que si la prescripción era menor que los nueve meses no había forma de demandar a la Nación; pero luego la jurisprudencia se estableció con uniformidad admitiendo hasta hoy expresamente tal forma de interponer la demanda. Actualmente entonces, cabe interponer la demanda al sólo efecto de interrumpir la prescripción y supeditándola al resultado de la reclamación administrativa:<sup>28</sup> en tales casos, previa vista fiscal o incluso sin producirse la

<sup>28</sup> CSJN, *Fallos*, 197: 554; 200: 114; 250: 676; SPOTA, *op. cit.*, p. 491.

misma, se reserva la demanda sin darle ulterior trámite, hasta tanto se cumplan los plazos fijados por la ley 3952.

Por lo tanto, la interposición de la demanda con tales alcances no afecta la tramitación de la reclamación administrativa, que debe continuar regularmente hasta su decisión.

### 32. b) *Juicio en marcha*

Si han transcurrido los nueve meses del silencio administrativo tácito, y se ha iniciado ya el juicio contra la Nación, tramitándolo normalmente, es improcedente la continuación del procedimiento administrativo, y el reclamante no puede seguir instando a la administración a que dé una resolución expresa en sede administrativa a la cuestión.<sup>29</sup>

Si los plazos todavía no han transcurrido, en cambio, pero en particular insta el juicio y la administración se allana a tramitarlo a pesar de no haberse cumplido el trámite administrativo previo, pareciera que la solución debe ser igual: El interesado no tiene ya derecho a instar el procedimiento administrativo pidiendo decisión en el mismo.

### 33. c) *Juicio desistido*

Entendemos que si la parte actora desiste del juicio, podría ello hacer renacer la posibilidad de continuar el trámite administrativo; no, en cambio, si se ha producido perención de instancia.

<sup>29</sup> *Dictámenes*, 63: 194.



## CAPÍTULO XI

### LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA PRÁCTICA

#### SUMARIO

I. <i>¿Qué recursos conviene emplear?</i> .....	PRA-XI-1
1. Recursos existentes en las escalas jerárquicas inferiores .....	PRA-XI-1
2. Recursos existentes contra actos de un Director General .....	PRA-XI-1
3. Recursos existentes contra actos de funcionarios superiores a Director General.....	PRA-XI-2
4. Recursos existentes contra decretos del Poder Ejecutivo .....	PRA-XI-2
5. Otros remedios existentes en tales casos .....	PRA-XI-2
6. Inconveniencia de emplear el recurso de reconsideración.....	PRA-XI-2
7. Inconveniencia de emplear el recurso jerárquico no reglado .....	PRA-XI-2
8. Conveniencia de emplear los recursos de revocatoria y jerárquico .....	PRA-XI-3
9. Oportunidad de interponer la reclamación administrativa .....	PRA-XI-3
10. Oportunidad de interponer la denuncia de ilegitimidad .....	PRA-XI-3
11. Casos en que se empleará el recurso de revisión .....	PRA-XI-4
12. Casos en que se empleará la queja .....	PRA-XI-4
II. <i>Estructura de los recursos</i> .....	PRA-XI-4
13. Reglas a seguir.....	PRA-XI-4
14. Exhaustividad.....	PRA-XI-4
15. Concisión .....	PRA-XI-5
16. Sistematización.....	PRA-XI-6
17. Continuación: Cuestiones de hecho y de derecho.....	PRA-XI-7
18. Gradación de los argumentos.....	PRA-XI-7
19. Continuación: Exposición de los vicios en el objeto .....	PRA-XI-8
20. Continuación: Los vicios en la competencia .....	PRA-XI-8
21. Continuación: Los vicios objetivos de la voluntad .....	PRA-XI-8

22. Continuación: Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma .....	PRA-XI-8
23. Conclusión .....	PRA-XI-9
24. Precisión y claridad .....	PRA-XI-9
III. <i>Forma del recurso</i> .....	PRA-XI-10
25. Formas habituales de los recursos.....	PRA-XI-10
26. Ejemplo de un recurso jerárquico .....	PRA-XI-11
IV. <i>Estilo administrativo</i> .....	PRA-XI-12
28. Estilo administrativo y estilo forense .....	PRA-XI-12
29. “Falta de estilo” .....	PRA-XI-13
30. Objetividad.....	PRA-XI-13
31. Impersonalidad .....	PRA-XI-14
32. Dignidad.....	PRA-XI-14
33. Valentía .....	PRA-XI-15
34. Prudencia .....	PRA-XI-16
35. Mesura.....	PRA-XI-16
V. <i>Las actuaciones administrativas</i> .....	PRA-XI-16
36. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación .....	PRA-XI-16
37. El trámite de agregación de escritos al expediente .....	PRA-XI-17
38. Continuación: Defectos de foliación .....	PRA-XI-17
39. Continuación: Expedientes agregados.....	PRA-XI-18
40. Conclusión: La precaución de guardar copia de los escritos.....	PRA-XI-18

## *Capítulo XI*

### **LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA PRÁCTICA**

#### *I. ¿Qué recursos conviene emplear?*

##### *1. Recursos existentes en las escalas jerárquicas inferiores*

Dado que muchas veces existe más de un recurso procedente contra un mismo acto, se hace necesario estudiar las relaciones mutuas existentes entre ellos, y considerar cuáles conviene interponer según las circunstancias.

A) Contra una decisión de un funcionario inferior a Director General existirían los siguientes recursos:

1º) Recurso de reconsideración (ante la misma autoridad);

2º) recurso jerárquico no reglado (ante el superior inmediato);

3º) recurso de revocatoria (ante el Director);

4º) reclamación administrativa (ante el Poder Ejecutivo, invocándose derechos subjetivos);

5º) denuncia de ilegitimidad. (Ante el Poder Ejecutivo, por improcedencia de otros recursos.)

##### *2. Recursos existentes contra actos de un Director General*

B) Contra una decisión de un Director General:

1º) Recurso de reconsideración (ante el mismo funcionario);

2º) recurso jerárquico no reglado (ante el inmediato superior);

3º) recurso jerárquico propio (ante el Poder Ejecutivo);

4º) reclamación administrativa (ante el Poder Ejecutivo);

5º) denuncia de ilegitimidad.

### 3. *Recursos existentes contra actos de funcionarios superiores a Director General*

C) Contra una decisión de un Ministro o Secretario de Estado, u otro funcionario superior a Director General:

- 1º) Recurso de reconsideración;
- 2º) recurso jerárquico no reglado;
- 3º) recurso jerárquico propio;
- 4º) reclamación administrativa;
- 5º) denuncia de ilegitimidad.

### 4. *Recursos existentes contra decretos del Poder Ejecutivo*

D) Contra una decisión del Poder Ejecutivo, o contra una decisión de un Ministro o Secretario de Estado cuando éstos tengan competencia para dictar decisiones definitivas y en principio irrecurribles:

- 1º) Recurso de revisión (en los casos del art. 241 de la ley 50);
- 2º) recurso de reconsideración (en caso de violación de la garantía de la defensa);
- 3º) denuncia de ilegitimidad.

### 5. *Otros remedios existentes en tales casos*

En todos los casos, desde luego, es también posible interponer la simple denuncia, y la queja en su caso.

### 6. *Inconveniencia de emplear el recurso de reconsideración*

1º) *El recurso de reconsideración* en los casos comunes (A. B. C.) sólo debe ser interpuesto cuando existe alguna razonable presunción de que puede ser considerado y decidido favorablemente por la autoridad que dictó el acto impugnado; de lo contrario puede ser una pérdida de tiempo; pero de cualquier manera, se lo interponga o no, es necesario presentar también, en término, el recurso reglado o de tipo jerárquico que exista.

### 7. *Inconveniencia de emplear el recurso jerárquico no reglado*

2º) *El recurso jerárquico no reglado* tiene la misma naturaleza, desde el punto de vista práctico, que el de reconsideración; por ello debe ser empleado, al igual que el anterior, sólo cuando hay alguna posibilidad especial de que sea resuelto favorablemente; o cuando no hay un recurso reglado, procedente contra el acto

de que se trata. (Como sería el caso si se interpretara que el recurso de revocatoria solo procede contra los actos de un funcionario inmediatamente inferior a Director General; tesis que sin embargo no compartimos.)

También podría emplearse este recurso en caso de haberse perdido el término para utilizar un recurso reglado. (Revocatoria o jerárquico.)

#### 8. *Conveniencia de emplear los recursos de revocatoria y jerárquico*

3º) *Revocatoria y jerárquico.* Si el término no ha vencido, y *aunque se haya interpuesto ya el recurso de reconsideración o jerárquico no reglado, es necesario interponer en el mismo término el recurso reglado*, que será, en el caso A, el de revocatoria, y en los casos B y C, el jerárquico propio. No debe olvidarse al efecto que los recursos antes mencionados, por no ser reglados, no interrumpen ni suspenden el término para interponer otros recursos reglados, y que si bien la administración puede darles el carácter de revocatoria o jerárquico, según el caso, es preferible utilizar *formalmente* tales recurso en lugar de remitirse a una posterior corrección administrativa de la calificación por uno dada al escrito.

#### 9. *Oportunidad de interponer la reclamación administrativa*

4º) *La reclamación administrativa* es conveniente reservarla para oportunidad futura. Dado que no hay término para interponerla, será procedente mientras no haya prescrito la acción.<sup>1</sup>

Este remedio tiene la importante virtud de permitir ocurrir directamente al Poder Ejecutivo, saltando las etapas intermedias; pero no parece en principio conveniente omitir el empleo de los recursos de revocatoria y jerárquico —cuando éstos proceden— pues en ellos se ofrece al recurrente una posibilidad más de obtener el reconocimiento de sus derechos. Por lo demás, en la tramitación de los recursos de revocatoria y jerárquico pueden reunirse elementos de juicio (informes, dictámenes) que puedan ser de ayuda para la fundamentación del reclamo, y de los cuales no se dispondría si se los hubiera dejado de lado, interponiendo directamente la reclamación administrativa.

#### 10. *Oportunidad de interponer la denuncia de ilegitimidad*

5º) *Denuncia de ilegitimidad.* Cuando se ha perdido el término para interponer recurso jerárquico o de revocatoria, y no es procedente la reclamación administrativa por tratarse de la protección de un interés legítimo, entonces puede presentarse la denuncia de ilegitimidad, que permite también llegar al Poder Ejecutivo y obtener una decisión de éste sobre el fondo del asunto.

También cabe interponer este remedio cuando la decisión es de un Ministro o Secretario de Estado y por disposición legal o reglamentaria expresa ésta es

<sup>1</sup>Y cuando la acción amenace prescribir, será necesario además interponer ya la demanda judicial, al efecto de interrumpir la prescripción.

irrecurrible administrativamente; se ha entendido no obstante ello, en efecto, que es posible suscitar de este modo el contralor de legitimidad del Poder Ejecutivo sobre el acto impugnado.

### 11. *Casos en que se empleará el recurso de revisión*

6°) *Revisión y reconsideración por falta de defensa.* En el caso D, en que en principio no hay medios de impugnación, es posible no obstante interponer los recursos de revisión y reconsideración.

El segundo permite discutir cualquier aspecto del acto, sea en su legitimidad u oportunidad, y su procedencia deriva de que el recurrente no fue oído con anterioridad.

El primero en cambio procede aunque el particular hubiera sido oído anteriormente, pero su admisibilidad se limita pura y exclusivamente a discutir los casos expresamente mencionados por el artículo 241 de la ley 50.

### 12. *Casos en que se empleará la queja*

7°) *Queja.* La queja se utilizará en cualquier etapa del procedimiento, ante una instancia superior de la que dictó el acto —o incluso ante la misma autoridad, por excepción— cuando un recurso es tramitado defectuosamente, cualquiera sea el defecto de procedimiento.

## II. *Estructura de los recursos*

### 13. *Reglas a seguir*

En lo que hace a la estructuración interna de los recursos y escritos administrativos, es necesario seguir algunas reglas que son en parte comunes a las forenses; las explicamos aquí simplemente en cuanto pudieran ser útiles a los no letrados en la confección de un recurso administrativo.

### 14. *Exhaustividad*

Una primera e importante regla a seguirse en la redacción de escritos administrativos es la de la exhaustividad. Esto no quiere decir extensión de páginas, sino consideración razonada de todos los aspectos del problema que se debate. Aquí es donde más habitualmente fallan los escritos presentados ante la administración: El recurrente se limita a hacer su petición dando algún argumento en favor de la misma, pero no hace una exposición orgánica y sistemática de los argumentos que existen en pro y en contra, y sus respectivas refutaciones en el último caso.

Aparentemente, se parte del criterio simplista de que considerar los argumentos contrarios es reforzar la posición de la administración y debilitar la propia: Pero se olvida con ello que la administración tiene más asesores que aquellos a

los que puede comúnmente recurrir un administrado. Es muy ingenuo suponer que si un escrito va a ser dictaminado en más de una asesoría letrada de la administración, y eventualmente llegará a las oficinas de asesoramiento más especializadas (en el recurso jerárquico), no habrá ningún asesor a quien se le ocurra cuáles son los argumentos que pueden señalarse en contra de la petición.

Si ocurre lo que indicamos, es decir, si el recurrente se abstiene de considerar los argumentos contrarios a su petición, resultará entonces que los asesores jurídicos señalarán dichos argumentos sin que exista contradicción por parte del particular hasta más avanzado el procedimiento; con lo cual resultará que su respuesta tendrá el mero carácter de descargo y por ello menos vigor que si él hubiera planteado inicialmente la cuestión y hubiera sentado su criterio en forma expresa y terminante.

Por ello es importante que el escrito sea exhaustivo: Que considere todos los posibles aspectos de la cuestión, fundamentándolos y rebatiéndolos cuando sea necesario, o incluso admitiendo los argumentos contrarios cuando sea inevitable. Un escrito que presente un estudio objetivo de la cuestión, admitiendo lo evidente y en cambio refutando expresa y fundadamente lo que puede ser discutible, puede tener más chance de éxito que un escrito evidente y excesivamente parcial, que niega todo por posición tomada.

En esto hay también una cierta diferencia con la práctica forense, de acuerdo con la cual el accionante o demandado “niega todo lo que no reconozca expresamente” y a veces se “reserva” los argumentos de más peso, o la fundamentación de los mismos, para el memorial o la expresión de agravios, en lugar de exponerlos en la misma demanda o contestación. En el procedimiento administrativo, repetimos, no es conveniente “reservarse” argumentos, ni exponerlos deficientemente en las primeras etapas del trámite. Muchas veces un buen escrito, completo y razonado, detiene en su origen un procedimiento sancionador; mientras que los malos escritos iniciales, por el contrario, renuevan la fuerza del procedimiento y apuran inconscientemente su desenlace negativo. Una vez que un expediente se ha orientado en un sentido determinado es mucho más difícil torcer su curso y convencer a la administración del error de su actuación; es en cambio más fácil orientar correctamente el expediente si desde las primeras instancias se tiene cuidado de hacer claros y completos planteos de la cuestión debatida.

### 15. *Concisión*

Dijimos, con todo, que exhaustividad no quiere decir extensión en páginas; por ello agregamos ahora que el escrito debe ser en lo posible *conciso*. Si es necesario referirse a muchos problemas, debe hacérselo: Pero sin frases inútiles, ni comentarios innecesarios; el planteo debe ser conciso y concreto, debe ir directamente al nudo de la cuestión y resolverlo.

En este aspecto, los mejores escritos que hemos visto y que eran exhaustivos, tenían alrededor de 8 a 12 páginas. Desde luego, podrán emplearse menos páginas si la cuestión no requiere mayor desarrollo; y en caso de que el problema presente muchas facetas, podrá llegarse hasta un máximo de 25 a 30 páginas. Más de allí, nos parece un exceso que desemboca inevitablemente en un debilitamiento del recurso.

Hemos visto a veces escritos de cuarenta, cincuenta o más páginas: todos ellos tenían mucha menos fuerza que un conciso recurso de diez páginas, porque es más difícil analizar y retener las múltiples cosas que en cincuenta páginas se pueden decir, que considerar y sopesar los cinco o seis argumentos principales y escuetos que se den en un escrito reducido.

Hacer escritos largos, es condenarse de hecho a que la administración (o en su caso la justicia) no los lea, o los lea superficialmente, o lea sólo las conclusiones; es en suma, perder el tiempo. (Salvo que la cuestión debatida tenga una importancia tan extraordinaria, que haya un especial interés o atención administrativa por la misma.) Sólo un escrito conciso, lacónico incluso, que haga los argumentos en forma completa pero sin frases demás, que no se extienda innecesariamente, y que comprima sus razonamientos en lo posible, tiene buena posibilidad de ser pausada y detenidamente considerado por la administración.

### 16. *Sistematización*

El recurso debe ser completo, pero también ordenado. Cuando un escrito acumula en desorden argumentos de distinto tipo, contribuye a confundir el procedimiento y le hace más difícil en definitiva obtener el éxito.

Desde luego, la primera y fundamental sistematización consiste en dividir las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. Esto es perogrullo en la práctica judicial, pero es persistentemente ignorado en los escritos administrativos, con grave perjuicio para los mismos.

Lo habitual es que el escrito siga el orden en que se plantean las cuestiones en algún informe técnico, y si el informe hace por ejemplo cinco observaciones respecto a irregularidades presuntamente cometidas por el administrado (v. gr., defectos encontrados en una obra en construcción por un contratista del Estado; defectuosas instalaciones de seguridad o higiene en un comercio, etc.), no será raro que el escrito en que el particular se defiende siga ese orden, mezclando cuestiones de hecho (“no es cierto que...”) con otras de derecho (“la reglamentación no obliga a...”), en el mismo orden que las mezcló el informe técnico.

Esta confusión y falta de sistematización en el escrito del recurso es particularmente perjudicial para los intereses del recurrente. No debe olvidarse al efecto que son distintos órganos los que se pronunciarán sobre las cuestiones de hecho y de derecho, y que se seguirán para ello distintos procedimientos. Si lo que el administrado cuestiona es que su comercio tenía la instalación, a pesar

de que el informe dijera que no la tenía, entonces es una cuestión de hecho respecto de la cual corresponderá abrir a prueba el expediente; si el administrado cuestiona que la instalación que tiene es correcta, a pesar de que el informe dice que es defectuosa, se tratará también de una cuestión de hecho y corresponderá que se hagan nuevos informes técnicos por oficinas técnicas superiores. Si, en cambio, cuestiona que la ordenanza o el reglamento de la materia no le exige que ponga esa instalación, o que esa exigencia es ilegal o inconstitucional, entonces el problema es de derecho, y corresponderá que sobre él se expidan los órganos de asesoramiento jurídico.

### 17. *Continuación: Cuestiones de hecho y de derecho*

La confusión de las cuestiones de hecho y de derecho tiene en la práctica la siguiente consecuencia: Que son los mismos organismos técnicos, sin conocimientos de derecho, los que se expiden sobre todos los puntos planteados por el recurrente, desechándole tanto los argumentos de hecho como los de derecho. Es cierto que esto puede ser corregido en etapas superiores, pero en verdad se ha perdido una oportunidad importante de que su derecho le sea reconocido: Y en el procedimiento administrativo, cuantas más instancias se pierden, más difícil se hace obtener un pronunciamiento favorable.

Además, los organismos técnicos pueden expedirse con mayor precisión y soltura —y desde luego, acierto— sobre cuestiones exclusivamente de hecho, técnicas, correctamente planteadas por el recurrente, que sobre cuestiones híbridas, confusamente propuestas por él.

De allí que sea de todo punto de vista necesario que el recurrente haga una clara y precisa división y sistematización de las cuestiones de hecho y de derecho.

Por lo demás, las cuestiones de hecho deben ser subdivididas y agrupadas en cuestiones o problemas separados. No puede plantearse en conjunto todo lo que se refiere a los hechos, sin hacer ninguna distinción entre ellos; conviene entonces numerar las distintas cuestiones que se plantean, para facilitar así su consideración separada y la fácil y clara referencia a cada una de ellas en las etapas posteriores del procedimiento.

### 18. *Gradación de los argumentos*

Cuando existen varias razones por las cuales un acto puede llegar a ser considerado ilegítimo, es necesario analizar la importancia y preponderancia que ellas tengan entre sí, para exponer primero y con mayor detalle las más importantes, y en segundo lugar y más someramente, las que sean secundarias.

En lo que hace a los vicios del acto administrativo, que se agrupan alrededor de sus cuatro elementos —competencia, voluntad, objeto y forma—, hay una clara graduación entre ellos.

### 19. *Continuación: Exposición de los vicios en el objeto*

1º) En primer lugar deben considerarse y exponerse los vicios del *objeto*:<sup>2</sup>

a) Apartamiento de las facultades regladas de la administración, cuando el objeto es diverso del requerido por la ley, o se dicta ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley;<sup>3</sup>

b) prohibición del objeto;

c) imprecisión u oscuridad, esenciales e insuperables;

d) absurdidad;

e) imposibilidad de hecho.<sup>4</sup>

### 20. *Continuación: Los vicios en la competencia*

2º) En segundo lugar deben exponerse los vicios de la *competencia*:<sup>5</sup>

a) En razón del grado;

b) en razón de la materia (incompetencia legislativa, judicial, administrativa);

c) en razón del territorio;

d) en razón del tiempo.

### 21. *Continuación: Los vicios objetivos de la voluntad*

3º) En tercer lugar, siempre en atención a la importancia del vicio para determinar la nulidad del acto, cabe señalar *parte* de los vicios de *la voluntad administrativa*, *los vicios de tipo objetivo*:<sup>6</sup>

a) Vicios en el origen de la voluntad (usurpador, funcionario de hecho);

b) vicios en la preparación de la voluntad (omisión de licitación pública, de concurso, de dictamen o trámite sustancial; violación de la garantía de la defensa);

c) vicios en la formación de la voluntad. (Órganos colegiados que actuaron sin quórum o sesión, actos complejos con una de las voluntades viciadas o ausentes; actos sin autorización; actos observados por el Tribunal de Cuentas; etc.)

### 22. *Continuación: Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma*

4º) Por último, en un mismo plano, son de mencionar los *vicios de tipo subjetivo de la voluntad administrativa* y los *vicios de forma*.

<sup>2</sup> Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 143 y ss.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pp. 143 y 144; nuestra *Introducción*, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

<sup>4</sup> *El acto administrativo*, pp. 143-146, respecto a todos estos elementos.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, pp. 109-116.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pp. 117-130.

Entre los primeros están:<sup>7</sup>

- a) Desviación de poder;
- b) arbitrariedad,
- c) error;
- d) dolo;
- e) violencia.

Entre los segundos se cuentan:<sup>8</sup>

- a) Falta de documentación o constatación de la voluntad;
- b) falta de publicidad del acto. (Publicación o notificación según el caso.)

### 23. Conclusión

Cuando se trate pues, de impugnar un acto administrativo por más de un argumento, es necesario exponer los distintos fundamentos e impugnaciones en el orden de su importancia, y darles una exposición acorde con dicha importancia.

Así por ejemplo si un funcionario enemigo nuestro dicta, por venganza hacia nosotros, un acto respecto del cual carece de competencia y que además no corresponde a la situación de hecho para la cual la ley lo reglamentó, será muy mala técnica procesal dedicarnos en primer lugar y con la máxima atención a demostrar la *desviación de poder*, y dejar para el final la observación de que el acto está viciado de violación de la ley en el objeto y de incompetencia. En tal caso el correcto recurso debe: a) En primer lugar demostrar acabadamente que el acto es en su objeto antijurídico; b) en segundo lugar que el funcionario actuó sin competencia; c) en tercer lugar, por último, que el funcionario actuó con desviación de poder.

### 24. Precisión y claridad

Es conveniente pulir los escritos, de modo que todo lo que se afirme esté claramente expuesto, y con precisión de lenguaje técnico y jurídico.

a) Debe por ello evitarse toda referencia a otros escritos del mismo recurrente, que por no ser fácilmente ubicables en el expediente dejen una laguna en el escrito; si es necesario referirse a una petición o recurso anterior del recurrente, es preferible acompañar copia del mismo.

b) No deben hacerse remisiones al texto legal que se interpreta, sino que es preferible reproducir la parte pertinente.

c) Al referirse a piezas del expediente, es conveniente identificarlas no sólo por la foja, sino también por el número de expediente, su año, y su repartición;

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pp. 130-142.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pp. 142-153.

si figuran con más de un número de expediente, debe aclarárselo expresamente, señalando la numeración actual y la anterior; esto puede ser tedioso, pero a la larga es mejor pues permite una rápida y segura ubicación de las distintas piezas del expedientes.

d) Debe hacerse siempre un concreto y explícito petitorio, evitando giros tales como “se presenta a los efectos del art... del pliego,” etc. Es necesario pues decir concretamente que se constituye en mora a la administración a efecto del cómputo de intereses, o lo que fuere; no pocas confusiones han surgido en la práctica con esas vagas referencias a alguna ley o decreto, sin decir concreta e inequívocamente qué es lo que se solicita.

### *III. Forma del recurso*

#### *25. Formas habituales de los recursos*

No intentaremos elaborar aquí lo que pueda considerarse un recurso tipo, sino que nos limitaremos a recoger, de la práctica administrativa nacional, aquellas características más correctas dentro de los mejores escritos usuales. (Especialmente de los escritos de recurso jerárquico, que suelen ser los más cuidados.)

a) En primer lugar es habitual hacer constar el lugar y la fecha en que se interpone el recurso, como si se tratara de una misiva.

b) En segundo lugar el escrito debe enunciar qué tipo de petición contiene: Si recurso, reclamación o denuncia; y especificar qué especie de recurso, reclamación o denuncia es.

c) Luego, el escrito debe estar dirigido a la autoridad con competencia para decidirlo, pero conviene aclarar, en el supuesto de que el escrito sea presentado ante una autoridad distinta, ante cuál se lo presenta concretamente.

d) Además, y separadamente, debe indicarse: El nombre y apellido de quien firma el escrito, su domicilio real y legal si lo constituye, su representación y patrocinio si lo tiene; sus datos de identidad.

e) Luego, al comenzar el escrito debe hacerse una formulación escueta de lo solicitado, con especial aclaración de cuál es la resolución que se impugna (en el supuesto de que de ello se trate), qué fecha tiene, de qué autoridad emanó, en qué expediente se dictó (y que número, año y registro tiene el expediente), y a qué foja del mismo se encuentra.

f) Debe luego fundarse explícitamente la procedencia del recurso.

g) Más adelante vendrá la exposición de los hechos, la consideración y argumentación de los mismos, y eventualmente el ofrecimiento de prueba.

h) Después de la exposición de los hechos corresponderá incluir el derecho, es decir, la fundamentación jurídica del recurso interpuesto.

i) Por último, cabrá reiterar en un petitorio todo lo que se solicita, tanto en el aspecto procedimental como de fondo.

k) No es necesario, ni usual, terminar con advocación alguna formal: Suele emplearse el simple saludo.

### 26. *Ejemplo de un recurso jerárquico*

Basado en lo antedicho, tendríamos que la forma externa de un recurso, por ejemplo un recurso jerárquico, sería la siguiente:

Buenos Aires, 30 de setiembre de 1963

#### INTERPONE RECURSO JERÁRQUICO

Excmo. Sr. Presidente de la Nación,

Dr. JOSÉ MARÍA GUIDO.

*Despacho del Sr. Secretario de Estado de Obras Públicas*

#### I

El que suscribe, N. N., en representación de la firma “XX,” según poder general cuya copia adjunto, con domicilio real en ... y constituyéndolo legal en..., estudio de mi letrado patrocinante, el Dr. ..., a V. E. digo:

#### II. EL ACTO IMPUGNADO

Que vengo a interponer RECURSO JERÁRQUICO contra la resolución n°. de fecha ... de la Dirección Nacional de Arquitectura, dictada en el expte. n°.../961, del registro de la Secretaría de Estado de Obras Públicas, y obrante a fs... del mismo.

#### III. PROCEDENCIA FORMAL DEL RECURSO

La resolución n° .../63 nos fue notificada el día ... según consta a fs..., del expte..., y el término para recurrir —quince días, de acuerdo con el D. 7520/44— vence recién el día... por lo que el presente recurso se encuentra presentado en término.

Por lo demás, es innecesaria en el presente caso la previa revocatoria establecida en el decreto 7520/44, pues según el decreto 2126/61, cuando la resolución proviene de un funcionario con jerarquía inmediatamente inferior a Subsecretario de Estado, puede interponerse directamente el recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo; tal es el caso de la Dirección Nacional de Arquitectura.

## IV. HECHOS

Dicha resolución rechaza el pedido que mi representada efectuara oportunamente para que se le reconocieran... en base a que...

Sin embargo...

Para probar estos extremos, solicitamos la producción de la siguiente prueba:...

## V. DERECHO

Fundamento nuestra solicitud en el art.... de la ley..., de acuerdo al cual...

## VI. PETITORIO

Por todo ello de V. E. solicito:

1º) Se tenga por interpuesto en tiempo y forma el presente recurso jerárquico.

2º) Se abra a prueba el recurso, y se produzca la prueba ofrecida: a)..., b) ..., c) ...

3º) Oportunamente se declare procedente el recurso y se deje sin efecto la resolución nº..... de la Dirección Nacional de Arquitectura, disponiendo que se liquiden las sumas reclamadas y se disponga...

Saludo a Ud. muy atentamente

Fdo.: D.....

Fdo.: Dr.....

### *27. Elasticidad de estas formas*

Estas formas son elásticas y admiten muchas variantes, pero es siempre conveniente mantener el planteamiento de todas las cuestiones mencionadas, y seguir en general y de acuerdo con las características de cada caso, las reglas generales de estructura y forma que hemos mencionado respecto de los recursos y escritos ante la administración pública.

### *IV. Estilo administrativo*

#### *28. Estilo administrativo y estilo forense*

Toca ahora referirnos al estilo que debe seguirse en la redacción de los recursos administrativos y en general en todos los escritos ante la administración.

Hablar de un “estilo administrativo” como diferenciado del “estilo forense” es en realidad una exageración: Si utilizamos el término es más que nada para destacar que las reglas usuales del estilo no son de aplicación únicamente en la justicia, sino que deben también ser guardadas en el plano administrativo.

Por ello, el exponer aquí cuáles son los principios del “estilo administrativo” tiene la única finalidad de remarcar que ciertos principios del estilo profesional forense *no varían en su aplicación al procedimiento administrativo*, a pesar de

que algunos recurrentes —muchos, en verdad— así parezcan entenderlo implícitamente; este acápite no está pues, tampoco, dirigido a los letrados, por quienes los reputamos ampliamente conocidos.

### 29. *“Falta de estilo”*

Las consecuencias de la “falta de estilo,” con todo, son disímiles en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo: En el primero pueden determinar la improcedencia del escrito; en el segundo, no, por el citado precepto del informalismo, y sólo en casos graves de falta de seriedad o irrespetuosidad grosera y manifiesta, podría llegar a testarse parte de un recurso por tal causa.

Por lo demás, en el procedimiento administrativo no pueden devolverse o rechazarse por Mesa de Entradas los escritos, por falta de estilo o de otros requisitos, sino que la obligación de los funcionarios es recibir los escritos y darles trámite, y sólo el funcionario competente para decidir sobre el fondo puede pronunciarse sobre la impropiedad formal del recurso, mandando testar partes del mismo.

Las reglas que expondremos son el resultado de la observación de las prácticas administrativas argentinas, buenas y malas; inevitablemente reflejan también en gran parte el sentir y la actitud de quien las escribe.

### 30. *Objetividad*

La primera regla del estilo administrativo es la de la objetividad. Ello, porque la objetividad es la mejor manera de llevar al convencimiento de una persona, que ella debe decidir una cuestión de determinada manera, en virtud de razones lógicas y permanentes, más que emotivas o sentimentales.

Los escritos que no siguen este criterio, y son por el contrario apasionados, inflamados, declamatorios, pueden a veces ser inefectivos tanto en el procedimiento administrativo como judicial; o incluso, contraproducentes. Es muy probable que a quien deba decidir lo impresione mucho más una argumentación medida, segura, objetiva, carente de declamaciones y de advocaciones; es posible incluso que un escrito muy declamatorio llegue a fastidiar ligeramente a quien lo considere, y lo predisponga, consciente o inconscientemente, en contra del recurrente; la impresión que puede inadvertidamente causar un recurso inflamado y declamado, es la de que el administrado emplea tales giros por carecer de argumentos más sólidos que exponer.

Por ello entendemos que el empleo de tal estilo no sólo no beneficia el escrito, sino que puede en algunos casos perjudicarlo. De allí que creamos preferible evitarlo, y atenerse a la objetividad, como regla general.

### 31. *Impersonalidad*

En estrecha relación con lo anterior es de mencionar la regla de la impersonalidad: No es prudente ni correcto hacer alusiones en un recurso hacia el funcionario cuyo acto se impugna, por el posible error de su decisión o la ilogicidad de sus argumentos. Debe tenerse en cuenta que los funcionarios públicos, como en su caso los jueces o cualquier persona, tienen un cierto “espíritu de grupo” o “espíritu profesional” que, por lo general, tiene alguna lógica sensibilidad a los ataques de que es objeto. Por eso, solazarse con los defectos personales que pueda implicar la decisión del funcionario cuyo acto es impugnado, además de ser poco elevado, puede eventualmente despertar disgusto hacia el recurrente, por parte del funcionario que debe decidir el recurso: Las causticidades, mordacidades, y en general afirmaciones o implicaciones hirientes o agraviantes, tienen siempre el riesgo de hacer sentirse molesto, en el mejor de los casos, al individuo que debe decidir; deben pues ser evitadas.

Por lo mismo, no es conveniente centrar el ataque del recurso contra el funcionario que lo dictó, ni con la repartición o entidad de que el acto proviene (salvo que ello sea estrictamente necesario, por ejemplo, cuando se impugna un acto por desviación de poder, o cuando se reclama que se sancione a un funcionario; a ello nos referimos más adelante), sino que es preferible limitarse a atacar el acto de que se trata, señalando aisladamente sus defectos y vicios, y prescindiendo de su autor o del ente en el cual fue producido.

Tal tipo de argumentación es también, creemos, más efectivo que la anterior.

### 32. *Dignidad*

Pero si decimos que el recurrente no debe ser declamatorio, ni debe personalizar sus ataques, es importante también destacar que debe mantener un mínimo de dignidad personal al hacer sus presentaciones.

Los escritos en que el recurrente se rebaja a sí mismo: *a)* Elogiando a la administración, al gobierno, o al funcionario decidente, o *b)* Empleando un tono de exagerada súplica en lugar de petición de derechos, son escritos que empañan el procedimiento administrativo.

*a)* En efecto, algunas veces los recurrentes o peticionantes se dirigen a una repartición llamándola “esa Gran Repartición,” o calificativos por el estilo: Ello debe ser desechado; en este aspecto, sólo deben admitirse los adjetivos honoríficos consagrados por la tradición (Honorable Consejo, Excmo. Sr. Presidente, etc.) o carentes de sentido laudatorio directo (por ejemplo, “esa benemérita institución,” si se refiere a un hogar de ancianos; “esa alta casa de estudios,” refiriéndose a una Facultad, etc.) y debe evitarse todo exceso.

Y es francamente repudiable, en este sentido, hacer elogios a la política del gobierno, o a sus planes, o a su orientación.

b) El segundo tipo de vicio en el estilo administrativo, es el emplear tono plañidero en los escritos. Si bien este defecto no puede ser muy duramente calificado, e incluso puede explicarse en el caso de personas de poca cultura o difícil situación, no puede dejar de señalarse que constituye una práctica viciosa y de dudosos efectos prácticos.

Ello no quita que si una persona se encuentra en situación azarosa, pueda manifestarla a la administración como elemento de juicio que ésta pueda tener en cuenta al decidir: Pero ello, a nuestro juicio, debe hacerse con serenidad y decoro, para que pueda ser respetuosamente considerado.

En cuanto a las fórmulas de petición, creemos más que suficiente con decir “respetuosamente solicito” o “será justicia,” y desaconsejaríamos expresamente fórmulas elaboradas tales como “es gracia que no dudo alcanzar de la reconocida rectitud de V. E., cuya vida Dios guarde muchos años...”

### 33. *Valentía*

También el escrito debe ser valiente: Debe denunciar los hechos ilegítimos que le afectan al recurrente, debe señalar al funcionario que le solicitó prebendas; debe pedir sanciones para el agente público concreto e individualizado que ha actuado incorrectamente; debe en suma contribuir a la legalidad de la administración, ejerciendo en cuanto miembro del pueblo soberano, su parte de control republicano a las instituciones y los hombres públicos.

Mas tales ataques deben ser empleados sólo en la medida de lo necesario; y cuando se lo haga, debe recurrirse a ello como a un remedio fuerte, que debe administrarse con cuidado, para no causar más daño que cura. Debe hacerse una descripción objetiva de los hechos ilegítimos, evitando calificarlos si no es por su misma ilegitimidad, y evitando erigirle en censor de la vida pública del Estado; tiene mucha más fuerza y utilidad la medida y serena denuncia o imputación de un administrado ecuánime, que la descomedida denuncia de algún irresponsable crítico que pretenda erigirse en fuente exclusiva de moralidad; que en lugar de sufrir interiormente por los males de la patria en verdad se regocija por ellos en cuanto le dan oportunidad de obtener un falso brillo al señalarlos desde su pretendido pedestal.

En definitiva, no debe callar el recurrente de las irregularidades que han cometido en su perjuicio los funcionarios públicos, presentes o pasados, inferiores o superiores jerárquicos; debe levantar su voz para señalarlos, asumiendo la plena responsabilidad de sus actos, y arrostrando las consecuencias que le pueda acarrear; y debe estar presto además a reconocer públicamente su error cuando él le sea demostrado.

Debe elevar su voz de protesta, su formal reclamo, contra los abusos de los funcionarios públicos; sean aquellos de hecho o de palabra, expresos o implícitos, debe él señalarle a la administración pública todo lo que ella se haya desviado o

abusado; debe enseñarle a respetarlo, no por la estridencia de su voz, sino por la firmeza de su carácter y la constancia de sus actos.

### 34. *Prudencia*

Por último, y sin desmedro de la valentía del escrito, debe él ser prudente: No cabe confundir valentía con arrojo violento; la valentía de un escrito debe residir en un sereno y quieto *decir las cosas* que deben ser dicha, y no en un arrebatado vilipendiar la acción administrativa que se reputa ilegítima.

Esto se relaciona con la primera regla enunciada: La de que el escrito debe ser objetivo, y no debe entregarse a excesos de ninguna índole; se diferencia este principio del de la objetividad, en que tiende a indicar que debe prescindirse, no sólo de los grandes estilos declamatorios, sino también de los adjetivos fuertes e innecesarios.

Decir del acto de un funcionario que es “un atropello” a los legítimos derechos del recurrente; que constituye “un burdo acto de avasallamiento” de sus derechos; que es “una abierta violación de la ley,” etc., son fórmulas y vicios de lenguaje que en nada ayudan al escrito y que por el contrario pueden deslucirlo, haciendo perder fuerza a sus argumentos principales. Es siempre más efectivo demostrar con argumentaciones lógicas y jurídicas que un acto es nulo desde todo punto de vista que se lo analice, y que su vicio es insanable, para poder lograr su revocación, que decir que es “un atropello,” etc.

### 35. *Mesura*

Todo ello puede resumirse en una sola característica definitoria del estilo administrativo: *Mesura*. El escrito debe ser medido, equilibrado, prudente y digno; debe hacer sus argumentaciones y peticiones con madurez, desechando la debilidad de las alabanzas, la vengatividad de la crítica personal, la impulsividad de los arrebatos literarios, la imprudencia de los adjetivos fuertes y la puerilidad de las declamaciones.

Debe, en suma, ser respetuoso y respetable.

## V. *Las actuaciones administrativas*

### 36. *Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación*

Para completar el panorama práctico del procedimiento administrativo, creemos conveniente señalar algunas diferencias fundamentales respecto a la forma de llevar las actuaciones por la administración y por la justicia.

Si acaso, la primera impresión es visual: El expediente administrativo no conoce, como el judicial, el empleo uniforme de hojas de igual tamaño y calidad, ni conoce tampoco el prolijo trabajo del empleado que cose los expedientes; en el

procedimiento administrativo los expedientes no están cosidos sino perforados por un simple broche, y las sucesivas hojas del trámite, de desigual tamaño y formato, calidad y color, van siendo agregadas en cada oficina en que el acto de procedimiento respectivo se produce, por el simple método de abrir el broche y enganchar allí, perforándolas, las nuevas actuaciones.

Como se comprenderá fácilmente, la desprolijidad, desorden, mala conservación de las piezas del expediente (que aparecen semirotas en una buena cantidad de casos) y por supuesto suciedad (ya que el expediente es llevado de oficina en oficina, pasando por innumerables manos), son la regla, sobre todo cuando el expediente lleva algún tiempo largo de tramitación —lo que no es muy excepcional—.

### 37. *El trámite de agregación de escritos al expediente*

Pero a esta dificultad estética e higiénica cabe agregar otras más serias para la defensa del administrado: Cada escrito que presenta el interesado con referencia a un expediente en trámite no siempre es automáticamente agregado al expediente principal.

En efecto, dado que el expediente no se halla en la mesa de entradas en que el escrito es presentado (y la administración, con muy mal criterio, no suele admitir la agregación de escritos si no es por la mesa de entradas), es necesario darle una carátula y otorgarle el trámite necesario para que llegue a reunirse con el principal; es decir, es necesario hacer un pequeño expediente de agregación del escrito. Este pequeño expediente llevará él también su número propio; y cuando finalmente se una al principal, dos cosas pueden suceder: *a)* Una, que se lo agregue a continuación del principal, abrochándolo conjuntamente con las actuaciones previas (con carátula y todo); *b)* otra, que se lo acompañe por cuerda floja o simplemente —y es lo más común, suelto. (Se los denomina “anexos,” “carpetas,” etc.)

### 38. *Continuación: Defectos de foliación*

En el primer caso, o sea, cuando el expediente de agregación del escrito es añadido al principal, se presenta la incongruencia de que ese pequeño expediente, que puede ahora tener varias páginas, es agregado todo *computándolo como si fuera una sola foja*. Por ello, si en adelante se desea referirse a la segunda hoja del expediente de agregación, deberá decirse: Fs. 2 del expte. n.º... (el pequeño), agregado como fs... del expte. n.º... (El principal.) Por ejemplo, si el expediente principal está en la fs. 126, y se agrega un expediente de 15 hojas, el expediente agregado lleva número de fs. 127, y si se agregaran luego nuevas hojas al expediente principal, ellas se numerarían fs. 128, 129, etc., engulliendo así el expediente principal, sin cambiar la foliación, las quince hojas del expediente agregado.

Supóngase que el administrado se vea precisado a presentar varios escritos en el transcurso de un mismo procedimiento (por ejemplo, el de la construcción

de una obra pública, en que se acumulan las actuaciones hasta su terminación) y se podrá formar una idea de cómo puede quedar de desordenado y complicado el expediente.

### 39. *Continuación: Expedientes agregados*

En el segundo caso (cuando el expediente de agregación se frustra, y queda como un agregado suelto) la situación es relativamente más fácil, pues uno citará directamente el número de expediente de agregación. Pero no se puede tener ninguna seguridad de que ello será siempre así: Si alguna oficina dispone una refoiación o reordenación de las actuaciones (lo que se suele hacer con alguna frecuencia, y en ocasiones más de una vez en un mismo expediente), entonces el expediente de agregación perderá su número y será necesario ubicar el escrito dentro de la nueva refoiación, para poder citarlo por ésta en adelante. Y no digamos nada de las refoiaciones en que —lo hemos visto— el empleado afirma “no haber seguido el orden cronológico para ordenar mejor las actuaciones.”

Nada agradable, como bien se ve; y nada de que la administración pública argentina pueda estar orgullosa.

### 40. *Conclusión: La precaución de guardar copia de los escritos*

De lo que antecede se desprende un cuidado y precaución fundamental que debe tener todo aquel que presenta escritos ante la administración: Guardar copias, y cuando deba referirse a sus escritos anteriores, acompañar copia; es mucho más fácil que seguir los pasos siempre cambiantes de un escrito en el procedimiento administrativo.

Por ello, y porque no siempre es legible la fecha del sello fechador de la mesa de entradas, es conveniente poner fecha a los escritos, e incluso, numerarlos, para control propio y en ciertos casos para orientación de algún atribulado asesor que deba dictaminar en el expediente.

CAPÍTULO XII

EL PROYECTO DE LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL  
DR. BARTOLOMÉ FIORINI

SUMARIO

El proyecto de ley de procedimiento administrativo del Dr.

BARTOLOMÉ FIORINI. Texto y comentarios .....	PRA-XII-1
Conclusiones .....	PRA-XII-35



## Capítulo XII

### EL PROYECTO DE LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL DR. BARTOLOMÉ FIORINI\*

1. El profesor Dr. BARTOLOMÉ FIORINI ha preparado recientemente un proyecto de ley, denominado "Procedimiento en la Administración Pública," para la Provincia de Buenos Aires, que consta de 83 artículos.

En la confección de este proyecto intervinieron y colaboraron varios integrantes del Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, del cual el Dr. FIORINI es Director. Son ellos, el Dr. JORGE N. AGUILERA, los abogados LUIS M. CASTAGNET, OSVALDO M. BEZZI, EUTIMIO E. D'OVIDIO, HÉCTOR FADUL, HORACIO F. GONZÁLEZ, ROBERTO LAVIGNE, MARÍA MONSERRAT LAPALMA, ADOLFO LASCANO, JOSÉ MARIO PASCAR Y JORGE ANÍBAL ORTEGA; y los entonces estudiantes HÉCTOR BRUGO, MIGUEL ÁNGEL MARAFUSCHI Y EDUARDO MASSIMINO.

Este proyecto fue hecho sobre la base de uno anterior preparado por el Dr. FIORINI para la Administración Pública Nacional, que se denominó "Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional" y que constaba de 71 artículos.

Ambos proyectos han quedado paralizados por las circunstancias de público conocimiento que derivaron en la actual inactividad parlamentaria. No obstante, han contribuido a madurar en la opinión pública especializada el concepto de que es imprescindible dictar una ley de régimen jurídico de la Administración Pública, que abarque la organización, el régimen y el procedimiento a seguir en la misma.

\* El presente capítulo fue publicado en la *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1963, n° 7, p. 58 y ss., bajo el título "La reforma jurídica de la Administración."

Con posterioridad a la entrega de este libro a la imprenta, nosotros mismos hemos proyectado una regulación integral del procedimiento administrativo, como parte de nuestro Proyecto de Código Administrativo (Mar del Plata, 1964, cuyos derechos hemos transferido a la Municipalidad de dicho lugar para su eventual sanción como ordenanza municipal), y que abarca los artículos 290 a 456 del mismo.

2. El proyecto que comentamos, destinado a la Provincia de Buenos Aires, consta de 83 artículos, y presenta modificaciones de forma y algunas de fondo al primero.

Salvo algunos términos y mención de disposiciones constitucionales, el proyecto es íntegramente aplicable a la Administración Nacional. Nosotros lo consideraremos aquí precisamente en función de proyecto de ley para la Administración Nacional.

3. Sabemos que el autor de ambos proyectos está actualmente trabajando en un tercero; como contribución a esa labor de reinvestigación, creemos que puede ser útil un análisis crítico lo más completo posible, que permita, si no señalar errores, al menos sugerir aclaraciones o pulimentos.

En consecuencia, el comentario que sigue no es en modo alguno un intento de explicar el proyecto ni desarrollarlo o interpretarlo en función docente. Por el contrario, es un ensayo de indicar toda posible discrepancia del comentarista, a fin de permitir, mediante la confrontación, nuevos o mayores desarrollos.

Adelantamos desde ya que en nuestro concepto el proyecto es altamente eficiente, y que si hubiera posibilidad inmediata de que el Congreso lo sancionara estaríamos en un todo de acuerdo con la medida y consideraríamos oportuna, en lo esencial, la sanción. Sin embargo, puesto que dicha eventualidad es por el momento, al parecer, improbable, y se está trabajando de todas maneras en una reelaboración del proyecto, nos parece que será útil señalar algunos detalles que a nuestro entender pueden ser perfeccionados.

Esa doble circunstancia de tratarse de un proyecto perfectible, y de intentar nosotros contribuir a una nueva decantación del mismo, determina el carácter polémico y exclusivamente crítico de estas notas. No tratamos, pues, de ensalzar lo que consideramos está bien —que es, ciertamente, lo más— sino tan sólo de señalar lo que a nuestro juicio puede no estarlo. Creemos sinceramente que en las actuales circunstancias, esa labor no podrá considerarse destructiva sino constructiva.

Ese mismo espíritu nos lleva a hacer nuestros comentarios únicamente en base a los artículos, prescindiendo de las notas. Consideramos que puesto que las notas carecerán de vigor jurídico, es preferible que las aclaraciones que puedan ser necesarias al texto figuren en él y no en aquéllas. En tal sentido haremos algunas observaciones que estarían ya contestadas por las notas, pero tal vez no claramente por el artículo mismo.

4. Todo esto implica colocar en desventaja evidente al Proyecto respecto del comentario que sigue; pero si lo hacemos así, prescindiendo del elogio de lo alabable y concentrándonos en la crítica de lo perfectible, es precisamente porque creemos en la fortaleza del mismo, y en que puede constituir una excelente y

perdurable ley. Vaya con ello, pues, nuestro reconocimiento de sus bondades y nuestro homenaje a su autor.

*El Proyecto. Comentarios a sus artículos*

*“Ámbito de Vigencia”<sup>2</sup>*

*“Art. 1º. La Administración Pública Provincial, centralizada o descentralizada, ajustará su actuación a las disposiciones que se establecen en esta ley, salvo cuando sea dispuesto un régimen distinto sirviéndole la presente como norma supletoria.”*

Consideramos necesario aclarar —en la norma misma— si la disposición comprende a todo tipo de administración descentralizada: Empresas del Estado en particular; es conveniente aclarar si se aplicará o no a las asociaciones profesionales con un régimen de derecho público (v. gr., Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires); y en la hipótesis de que la ley sea nacional, es necesario determinar si abarca también a los entes interprovinciales: Consejo Federal de la Vivienda, Consejo Federal de Inversiones, etc.

A nuestro criterio debe abarcar a todos aquellos entes descentralizados que realicen una función de tipo administrativo en la esfera de que se trate. (Provincial, o nacional e interprovincial.)<sup>3</sup>

*“Administración centralizada y descentralizada”*

*“Art. 2º. La actividad de la Administración Pública está a cargo del Poder Ejecutivo de la Provincia, en forma centralizada por intermedio de los órganos que se encuentran bajo su dependencia jerárquica o, en forma descentralizada por los sujetos de derecho público que se hallan bajo su control jerárquico.”*

a) Reiteramos lo comentado al artículo 1º.

b) Por un criterio de estabilidad, pensaríamos que no resulta conveniente que la ley introduzca una modificación a la terminología habitual, por lo que preferíamos que en lugar de “control jerárquico” se dijera “control administrativo,” cuando se trata de entes descentralizados.

*“Competencia del Poder Jerárquico”*

*“Art. 3º. Los órganos jerárquicos superiores de la Administración Pública centralizada, tienen competencia para dictar decisiones de carácter particular o general que supongan relaciones jurídicas con los administrados. Esta competencia comprende igualmente las de aclaración, sustitución, rectificación, anulación, revocación y caducidad sobre cualquiera de las decisiones que hubieren dictado.”*

<sup>2</sup> Este título, y los que siguen más abajo, corresponden al Proyecto mismo.

<sup>3</sup> Entendemos, pues, que la ley nacional debe abarcar a todos los entes que escapen al ámbito de una provincia determinada. Sobre el concepto de “función administrativa,” ver nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, p. 32 y ss.

a) Para dar una mayor certeza a la ley, consideramos conveniente que ella aclare qué debe entenderse por “órganos jerárquicos.”

b) No compartimos la amplitud de los términos del artículo. Si los vocablos “aclaración, sustitución, rectificación, anulación, revocación y caducidad” responden todos a nociones diferentes, convendría que la ley lo aclarara expresamente para unificar la terminología; si, en cambio, se superponen en alguna medida, sería preferible una mayor economía legislativa.

c) Este artículo puede presentar dificultades de coordinación con el artículo 23. Según este último, la administración no puede “invalidar” las decisiones que reconozcan derechos a los particulares; y surge entonces la pregunta: ¿Significa ello, atenta la amplitud de facultades que confiere el artículo 3º, que puede sin embargo aclararlas, sustituirlas, rectificarlas, revocarlas y declarar su caducidad? No parecería que ella fuera una interpretación correcta (salvo respecto a la revocación, expresamente prevista en el art. 27º), porque implicaría quitar vigencia al artículo 23. Nos parece entonces conveniente limitar los alcances de este artículo 39, para evitar problemas interpretativos.

c) La ley habla en general de “competencia para dictar decisiones:” ¿qué alcance tiene la disposición? ¿Faculta en alguna medida concreta a los funcionarios para dictar determinadas disposiciones, o es necesario que una ley especial les confiera facultades de decisión en materias específicas?

Si fuera lo primero, esta ley por su amplitud se apartaría del principio de la determinación de la competencia, lo que no sería compartible; si por el contrario la competencia dependerá de las leyes especiales, la disposición puede dar lugar a interpretaciones inconvenientes: Por ejemplo, podría llegar a sostenerse que cualesquiera de los funcionarios abarcados por la norma tiene competencia para dictar reglamentos autónomos en cualquiera tarea o función que le corresponda. Conviene pues que la ley resuelva expresamente el punto.

d) Evitaríamos hablar de competencia del “Poder jerárquico,” lo que parece implicar facultades de un superior sobre sus inferiores administrativos, cuando en realidad se trata de facultades de la administración respecto de los administrados, cosa sustancialmente distinta del poder jerárquico.

*“Art. 4º. Los órganos superiores jerárquicos de la administración centralizada tienen poder originario para dirigir, reglamentar, y distribuir la actividad funcional de los órganos inferiores bajo su dependencia por medio de disposiciones administrativas generales, órdenes, circulares o instrucciones: Controlar de oficio o a pedido de interesados las decisiones que se dictaren o realizaren; delegar funciones dispositivas y ejecutorias a través de órganos en grado jerárquico; y ejercer funciones disciplinarias.”*

a) La ley no resuelve el problema doctrinario de los efectos jurídicos de las instrucciones y circulares internas sobre los administrados, a saber: Si crean o no derechos para los particulares, si afectan o no la validez del acto, si crean o no obligaciones para los particulares, etc.<sup>4</sup>

b) No se aclara en qué consiste el control de oficio que los superiores pueden hacer sobre los actos de sus inferiores: ¿Puede consistir en revocación, sustitución, aclaración, rectificación, etc., como dice el artículo 3º? Entendemos que no es conveniente dar tan amplias facultades a los funcionarios para actuar de oficio.

c) La autorización para delegar que menciona esta parte del artículo puede subsumirse en el artículo siguiente, para un mejor ordenamiento de la ley; allí la comentamos.

*“Art. 5º. Los órganos superiores, siempre que una norma legislativa no lo prohíba, podrán también delegar atribuciones a órganos inferiores, para que puedan aplicar preceptos generales que decidan sobre situaciones jurídicas particulares idénticas; que certifiquen o inscriban constancias de situaciones jurídicas, y también para que provean sobre actuaciones administrativas.”*

Es muy loable la orientación del proyecto, en el sentido de permitir la delegación de facultades, tan necesaria al ágil funcionamiento de la administración. Creemos sin embargo que es conveniente ir más allá aún del artículo proyectado, y autorizar a *todos* los órganos administrativos a delegar sus facultades en los funcionarios inferiores, bajo su propia responsabilidad y supervisión.<sup>5</sup> Como única excepción excluiríamos las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo que hacen a sus relaciones con los otros poderes y a la seguridad interna.

*“Art. 6º. La competencia atribuida a los órganos de la administración pública es irrenunciable; podrá considerarse infracción a este principio la demora o el abandono de su ejercicio por parte de los agentes que los representantes.”*

Creemos que el artículo podría ser más terminante: P. ej., todo funcionario público tiene la obligación de ejercer efectiva y prontamente sus facultades. Pero aún así parece dudosa la vigencia práctica que pueda tener la norma; igual criterio está en el artículo 1112 del Código Civil y no ha servido de mucho hasta ahora; para que la disposición fuera útil debiera contener previsiones más concretas.

<sup>4</sup>Al respecto ver nuestro artículo “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss., donde tratamos por primera vez el punto, sosteniendo que crean derechos para los particulares y responsabilidad para los funcionarios, y nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, op. cit., p. 56 y ss., donde agregamos que no crean obligaciones para los administrados. Ver también MARIENHOFF, “Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas,” en *JA*, 1962-III, p. 77 y ss., sec. doc.; *supra*, cap. I, n° 16 y ss., y cap. III, n° 14.

<sup>5</sup>Para más detalles, ver nuestro artículo, “Descentralización y delegación de autoridad,” en la *Revista de Administración Pública*, n° 3-4, p. 28 y ss., y la recomendación n° 7 del “Congreso Nacional de Administración Pública” (1961), revista citada, pp. 380 y 381.

*“Art. 7°. La incompetencia de un órgano administrativo, podrá ser declarada en cualquier momento: A pedido de parte interesada, o de un órgano de la administración, o de oficio por el mismo órgano.”*

Una disposición de este tipo sólo puede referirse, por lógica, a los casos en que el órgano de que se trate esté actuando en el expediente pero no haya resuelto aún. Cuando se produce una decisión de autoridad incompetente, entramos en el problema de la invalidación, etc., del acto viciado de incompetencia, lo cual se regirá por las normas específicas. (En este proyecto, arts. 3, 22 y ss.)

Sin embargo, ello no surgiría muy claramente de la redacción que se le ha dado, particularmente en cuanto expresa que la incompetencia podrá ser declarada “en cualquier momento.” Nosotros sugeriríamos intercalar a continuación de “La incompetencia de un órgano administrativo” lo siguiente: “...para intervenir en la resolución de un asunto” (“podrá... etc.”), a semejanza del art. 8°, inc. 2° de la Ley de Procedimiento administrativo española. Ese agregado puntualizaría que la incompetencia de que se trata no es la que puede afectar al acto mismo, sino tan sólo la competencia para intervenir en la impulsión y eventual decisión de un expediente.

*“Art. 8°. Los conflictos de competencia entre órganos de un mismo departamento ministerial, serán resueltos definitivamente por el ministro.*

*”Si el conflicto fuera entre distintos departamentos ministeriales, o entre éstos y un ente descentralizado, corresponderá su solución al Poder Ejecutivo.”*

*“Art. 9°. Del incidente de incompetencia, se dará traslado por cinco días a cada una de las partes, y será resuelto definitivamente dentro de los diez días.*

*”Transcurridos cinco días después del plazo precedente para el pronunciamiento, el silencio administrativo dará derecho a los interesados para considerar la existencia del conflicto, y recurrir cuándo lo consideren, ante el órgano competente superior para que intervenga en definitiva.”*

a) No está expresamente aclarado si debe darse traslado sólo a los particulares interesados, o si también se considerarán partes los organismos que originan el conflicto de competencia. Entendemos que la solución debe ser la primera, pero convendría aclararlo así.

b) Dice el artículo que pasados cinco días después de los diez conferidos para decidir “definitivamente” el incidente de competencia, el interesado puede recurrir al “órgano competente superior para que intervenga en definitiva.” No se desprende cuál puede ser el órgano superior competente, dado que el anterior artículo disponía taxativamente que los conflictos en un departamento son resueltos por el ministro, y entre distintos departamentos y/o un ente autárquico, por el Poder Ejecutivo, En caso de que la decisión fuera adoptada por el ministro,

sería práctico y justificado que la misma fuera irrevisible, y si es adoptada por el Poder Ejecutivo, la irreversibilidad es inevitable.

En cambio, en caso de interpretarse ese aspecto del artículo en el sentido de que sería un órgano inferior a ministro quien resolviera en primera instancia el incidente de competencia, sería entonces necesario que se aclarara cuál es el órgano que debe hacer esa primera decisión. Con todo, creemos preferible que el conflicto de competencia sea decidido en primera y única instancia por el *inmediato superior jerárquico común*; (ley española, art. 179); el cual, en las altas esferas administrativas, será según los casos el secretario de Estado, ministro o Poder Ejecutivo. (Este último, desde luego, también siempre que sea parte un ente descentralizado.)

*“Art. 10°. El expediente después de resuelto, será remitido a la autoridad que corresponde entender, dentro de las 48 horas.”*

#### *“Excusaciones y recusaciones”*

*“Art. 11°. Los funcionarios intervinientes en actuaciones administrativas de responsabilidad, estarán obligados a informar a su superior, dentro de las 24 horas de tener conocimiento del expediente, en aquellos asuntos en que tengan o puedan tener interés directo o indirecto; amistad íntima o enemistad manifiesta; parentesco consanguíneo o por afinidad con los interesados; o por cualquier otra causal que, según su conciencia, los inhabilitasen para actuar. El superior resolverá en definitiva en el mismo expediente, dentro del mismo plazo la excusación planteada y dispondrá su rechazo o aceptación, estableciendo en este caso quién deberá sustituir al funcionario excluido. La decisión que se dicte no podrá recurrirse.”*

a) La calificación de actuaciones “de responsabilidad” puede ocasionar dificultades de interpretación; preferiríamos suprimir dicha calificación, y aplicar el artículo en todos los casos, sin distinciones.

b) La amplitud de las causas que justifican el pedido de excusación, que incluye las razones de conciencia, es justificada y alabable, por cuanto al par que da realce y dignidad al ejercicio de la función pública, permitiendo manifestar toda posible incompatibilidad moral, no significa un trastorno para la vida administrativa, dado que es siempre el superior jerárquico el que resuelve si acepta o no la excusación efectuada. Compartimos plenamente el artículo.

c) Puede ser conveniente aclarar cuál es “el superior” que debe decidir en definitiva. Sugeriríamos que fuere un funcionario inmediato superior con jerarquía no inferior a director general.

*“Art. 12°. Los interesados, antes de la realización de la actuación correspondiente, podrán recusar por las causales precedentes a cualquier funcionario interviniente, debiendo ofrecer en el mismo escrito todas las pruebas que fundamenten su*

*impugnación. El recusado aceptando o negando el cargo, deberá contestar dentro de las 48 horas, ofreciendo también las pruebas pertinentes. La resolución deberá dictarla el superior inmediato en el mismo plazo, y tendrá carácter definitivo, sin perjuicio de poderse alegar como hecho en la vía jurisdiccional si correspondiere. Si fuere necesaria la demora para la diligencia de la probatoria, el superior podrá disponer un plazo de hasta diez días para su realización, corriendo luego vista de todo lo actuado a ambas partes, por el término de 48 horas.”*

En lugar de “antes de la realización de la actuación correspondiente,” lo que sugiere un momento previo a la iniciación del expediente, propondríamos que la posibilidad de recusar al funcionario pudiera efectuarse en todo momento antes de la decisión de la cuestión.

*“Los interesados”*

*“Art. 13°. Podrán actuar ante la Administración Pública cualquiera fuere su edad, todas las personas físicas o jurídicas que, por las leyes o las disposiciones administrativas, tengan reconocida capacidad para actuar como tales y demuestren tener interés en una gestión administrativa.”*

a) Cuando el proyecto dispone que podrán actuar administrativamente todas las personas que “por las leyes o las disposiciones administrativas tengan reconocida capacidad para actuar como tales,” no resuelve en verdad la cuestión. Creemos que la ley debe decir expresamente cuál es la capacidad para actuar administrativamente, y en tal sentido entendemos que debe adoptarse la misma edad que para el voto: 18 años. Respecto a los mayores de 14 y menores de 18, adoptaríamos una regla similar a la del decreto 7520/44 en el orden nacional: El menor podrá recurrir con su padre, tutor o guardador, pero si no tuviera autorización podrá presentarse aduciendo el motivo de la falta de ese requisito, y el Ministerio decidirá si debe darse entrada al recurso.

b) En cuanto al requisito de tener *interés*, el mismo puede ocasionar dificultades en la práctica. En efecto, tratándose específicamente de los recursos administrativos, un mero interés simple no podría ser, en principio, suficiente para recurrir: En tal caso deberá hacerse pues una mayor restricción, y habilitar para recurrir sólo al que tiene un derecho subjetivo o reflejo. (Interés legítimo.)

No tratándose de un recurso, en cambio, no puede exigirse en forma absoluta el interés legítimo —como lo hace la ley española, art. 23— en virtud del derecho constitucional de peticionar a las autoridades: Todo habitante tiene el derecho de peticionar, y ello lleva implícito el de ser “interesado” en la tramitación de su petición, pudiendo presentar escritos, tomar vistas, hacer petitorios, y notificarse de la resolución final; en esta hipótesis, pues, será suficiente el interés simple.

Suprimiríamos en consecuencia el requisito de “tener interés” en esta parte de la ley y aclararíamos tan sólo, al tratar los recursos (art. 53), que sólo puede recurrir el que está afectado en sus derechos subjetivos o reflejos.<sup>6</sup>

*“Art. 14°. Los interesados podrán hacerse representar por terceros rigiendo sobre el particular las normas procesales y civiles sobre mandato.*

*”La representación de las personas físicas, podrá ejercerse mediante carta poder, otorgada por ante el jefe de la Mesa General de Entradas respectivas, o juez de Paz.”*

Siguiendo la práctica administrativa actual, nos parece que no habría impedimento para admitir igualmente el otorgamiento de la carta poder ante una comisaría de policía.

Entendemos que podría también admitirse, en el caso de mandato vigente respecto de un profesional, la presentación de copia simple con juramento de su autenticidad y vigencia, en igual forma que en el derecho procesal civil nacional. (Por otra parte, en la práctica administrativa suele tolerarse habitualmente esta variante.) Ampliar *supra*, cap. IV, n° 14 y ss.

*“Art. 15°. El interesado en actuaciones administrativas, deberá colaborar en el buen desarrollo del procedimiento administrativo, aportando los informes y las pruebas que se le requieran y que se encuentren a su disposición.”*

Es ésta una disposición educativa, aunque es difícil determinar si puede tener aplicaciones prácticas.

#### *“Actuaciones administrativas”*

*“Art. 16°. Los interesados, sus representantes reconocidos y sus letrados tendrán acceso a las actuaciones administrativas. No habrá actuaciones o informes secretos para los interesados y sus letrados en cualquier clase de expediente administrativo, salvo que una ley expresamente disponga lo contrario.*

*”Los letrados tienen el derecho, en ejercicio de su profesión, de solicitar información, consultar cualquier clase de expediente administrativo, con la excepción especial expuesta precedentemente.”*

a) Nos inclinamos a creer que es muy rígido exigir que sea una ley la que pueda declarar secreta una actuación. Nos remitimos a nuestro artículo “La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo,”<sup>7</sup> en el cual proponemos que el expediente pueda ser declarado reservado, total o parcialmente, por un funcionario de jerarquía no inferior a Director General, admitiéndose el recurso jerárquico contra la resolución respectiva; pero eso sí, la declaración sólo puede ser efectuada en los casos concretos; consideramos totalmente inadmisibles que

<sup>6</sup> Al respecto ver *supra*, cap. III, n° 9 y ss.

<sup>7</sup> En *Revista de Administración Pública*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 43 y ss. esp. 48 y ss.; reproducido en *Estudios de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 89 y ss.

por vía general la administración declare “secretos” o “reservados” determinados tipos de expedientes en forma *a priori*.

b) Agregariamos una disposición sobre violación de la garantía de la defensa en juicio: Toda vez que ella se produzca, el procedimiento será totalmente inválido y habrá obligación de tramitarlo nuevamente.<sup>8</sup> Esta disposición tendería fundamentalmente a educar político-jurídicamente al funcionario que no ha sabido respetar la garantía del particular: La mejor educación es precisamente obligarlo a repetir la tarea realizada, esta vez con debido acatamiento a principios tan fundamentales del orden jurídico. En tal sentido la disposición sería más preventiva que correctiva, aunque parezca lo contrario: Tendería a prevenir futuros desconocimientos de esta garantía por los funcionarios públicos. La experiencia actual demuestra que cuando el funcionario que cometió la violación queda desvinculado de la actuación posterior, como ocurre en la práctica, el hecho de que luego se reconozca al particular su derecho de defensa que no pudo ejercer inicialmente, no llega ya a conocimiento efectivo y monitorio del funcionario irrespetuoso de ese derecho; de allí que sea necesario castigarlo moralmente con la obligación de tramitar nuevamente lo que hiciera irregularmente. Esto, desde luego, es acumulativo al recurso de queja que debe existir para reparar prontamente la indefensión. (Sobre el punto, ver *infra*, apartado f), del comentario al artículo 60.)

c) La autorización legal expresa para la actuación profesional, tal como la da el proyecto, nos parece muy conveniente.

*“Art. 17º. Todas las actuaciones administrativas serán escritas en idioma nacional, de acuerdo con las normas establecidas en esta ley.”*

#### *“Plazos”*

*“Art. 18º. Todas las actuaciones procesales, trámites, diligencias y decisiones administrativas que no tienen plazo establecido por ley, o no se haya autorizado a la administración su determinación especial, deberán realizarse inmediatamente y dentro de un término que no exceda de los diez días desde la fecha de la providencia o de su notificación.”*

*“Los términos se computarán por días hábiles completos en la administración.”*

Es muy acertado el principio de fijar término para todo trámite que no tenga uno especial; pero creemos necesario distinguir entre: a) Providencias de mero trámite (pases, pedido de informes, pedidos de dictámenes, etc.), para las que es suficiente 24 ó 48 horas; la práctica demuestra que no se requiere habitualmente más; b) informes, dictámenes, pericias, etc., en cuyo caso el término de diez días es algo inadecuado; sugeriríamos 30 días, en atención a la importancia práctica que tiene el que un asesor pueda meditar pausadamente la cuestión; c) decisiones

<sup>8</sup> Respecto a la validez del *acto* por violación de la defensa en juicio, ver GORDILLO, A., *El acto administrativo*, pp. 119 y 120.

que constituyen actos administrativos en sentido estricto, es decir, que producen efectos jurídicos inmediatos, directos, respecto al particular interesado. En este último caso creemos también que diez días es un plazo relativamente insuficiente, y propondríamos en su lugar 30 días. Además, proponemos que el plazo para decidir se cuente recién a partir de la fecha en que se han producido los informes y dictámenes pertinentes. No debe reproducirse el criterio del decreto 7520/44, que al dar diez días al Director General (en la interpretación actual) como término para resolver el recurso de revocatoria, no le da tiempo para pedir dictámenes letrados ni informes de ninguna clase. No conviene tampoco fijar términos reducidos, pues se corre el riesgo de que en la práctica se transformen en letra muerta, ante el recargo de tareas del funcionario; como ha ocurrido con el recurso de revocatoria del decreto 7520, el cual nunca es ni puede ser resuelto en forma expresa por el Director General dentro del término de diez días.

*“El silencio administrativo”*

*“Art. 19°. El silencio de la Administración Pública adquirirá valor de declaración tácita en aquellos casos en que la ley expresamente le atribuya un determinado significado. Será necesario para que acontezca que los interesados, después de vencido el plazo establecido por la ley, para que ésta se pronuncie, previamente denuncien la mora de la administración.*

*”Esta reclamación comprenderá la denuncia del plazo vencido y la insistencia de pronto despacho dentro del término que fijen las leyes.*

*”El plazo para la mora, cuando no estuviere dispuesto por la ley, será de cinco días.”*

a) A nuestro criterio la ley debe también admitir expresamente la posibilidad de que un reglamento establezca el silencio como manifestación de voluntad, y no solamente una ley formal. Nuevamente aquí, la experiencia del decreto 7520/44 y concordantes autoriza a incluir esa previsión.

b) Puede constituir un problema de interpretación el determinar si la denuncia de la mora debe ser hecha antes del vencimiento del plazo, o después de él. En efecto, el artículo dice “después de vencido el plazo... (será necesario que) ...previamente denuncien...” Pareciera ser que la denuncia de la mora deberá hacerse después de vencido el plazo; en tal caso puede ser conveniente suprimir el término “previamente.”

c) “El plazo para la mora” (de cinco días) que fija la tercera parte del artículo, sería aparentemente el plazo que debe dejarse transcurrir, luego de denunciada la mora, para que se produzca la denegación tácita; pero creemos conveniente que se lo aclare expresamente.

*“Decisiones administrativas”*

*“Art. 20°. La decisión administrativa general o particular que creare relaciones con los administrados, además de lo que prescriban las leyes especiales contendrá los siguientes elementos constitutivos:*

*”1°) Lugar y fecha.*

*”2°) Autoridad competente que lo emita y en caso de delegación, el decreto o resolución correspondiente.*

*”3°) Los hechos o las normas que le dieron origen.*

*”4°) Relación de los antecedentes que concurren para justificarla.*

*”5°) Normas legales en que se funda.*

*”6°) Disposición efectiva de lo que decide.*

*”7°) Forma de su notificación.*

*”8°) Firma del funcionario.*

*”Esta forma será obligatoria para todos los actos administrativos.”*

Los requisitos que crea esta norma son todos necesarios y muy correctos. Agregaríamos tan sólo, en distinto sentido que la ley española y el art. 43 del Proyecto, que el acto administrativo debe contener *en su articulado* mismo la mención de los recursos existentes contra él y de los plazos en que ellos pueden ser interpuestos.

De acuerdo con el art. 43, dichos requisitos deberán hacerse en la notificación; pero es de advertir que esa exigencia de mencionar los recursos y sus plazos —imprescindible por cierto—, cuando es establecida con referencia a la notificación, obliga a la administración a hacer copias especiales de la resolución. Creemos que la ley puede solucionar satisfactoriamente este pequeño problema de organización y métodos, y agilizar esa parte de la labor administrativa disponiendo que sea el mismo acto dispositivo el que en su articulado mencione los recursos y plazos existentes. De tal forma, el uso de elementos copiativos o fotomecánicos hace innecesario efectuar nuevas transcripciones, pues bastará la entrega de copia autenticada de la resolución al interesado.

Por lo demás, creemos que será altamente educativo desde el punto de vista político, para los funcionarios públicos, el conocer y reconocer expresamente el derecho de los particulares a defenderse y atacar sus resoluciones.

*“Art. 21°. Ninguna decisión administrativa general o individual podrá violar disposiciones constitucionales, legislativas, o de sentencia judicial, ni vulnerar derechos particulares adquiridos.”*

*“El órgano administrativo al dictar una decisión individual deberá aplicar la norma general administrativa correspondiente, proveniente de órgano superior, o del mismo órgano, o de otro de menor jerarquía pero con competencia legal para dictarla.”*

*“Invalidez de las decisiones administrativas”*

*“Art. 22°. Son inválidas de pleno derecho por su imposible convalidación, las decisiones administrativas emanadas de órganos o personas sin ninguna competencia, o si se han dictado con prescindencia total del procedimiento administrativo, o violando normas esenciales establecidas por la Constitución o las leyes, o cuando su objeto es imposible. Esta clase de invalidez puede ser declarada de oficio y en cualquier momento.”*

Esta excelente disposición merece nuestro más cálido aplauso. Al establecer la invalidez de “pleno derecho,” y su posibilidad de ser declarada de oficio, modifica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que el acto administrativo puede en ciertos casos de grave vicio carecer de presunción de legitimidad, cosa que dicha jurisprudencia no admite hasta ahora.<sup>9</sup> Es una disposición no sólo más razonable que esa jurisprudencia, sino también, y fundamentalmente, más respetuosa de los derechos individuales y de la vigencia del orden jurídico en general.

*“Art. 23°. Las decisiones administrativas firmes que reconozcan derechos particulares no podrán invalidarse de oficio, debiendo la administración recurrir a la vía jurisdiccional para promover la acción de nulidad, dentro de los 60 días de dictada la decisión que ha calificado la existencia de la ilegitimidad. Esta calificación debe ser previo dictamen legal del Asesor de Gobierno.”*

a) Según ya lo mencionamos al comentar el art. 3, es necesario determinar si la prohibición se refiere únicamente a “invalidar” el acto, o si en cambio tampoco se puede “sustituirlo,” “revocarlo,” “rectificarlo,” “aclararlo,” y “declarar su caducidad.” Nos inclinamos por la segunda solución, y diríamos en consecuencia que el acto que reconoce derechos subjetivos no puede ser modificado en forma alguna por la administración.

b) Preferiríamos que no se hiciera la restricción a “derechos particulares,” lo que puede dar lugar a interpretaciones ajenas al espíritu del proyecto, y a indicar, por ejemplo, que ciertos derechos no serían estrictamente “particulares” y el acto fuera por lo tanto invalidable. Creemos que en todo caso de reconocimiento de derechos subjetivos —sean éstos de la naturaleza que fueren—, corresponde declarar la irrevocabilidad del acto.

c) La tesis de que la administración puede en todo momento calificar el vicio del acto y tener un plazo de 60 días para pedir su nulidad ante la justicia, nos provoca alguna incertidumbre. Con ese sistema, en efecto, todas las nulidades serían imprescriptibles de hecho, lo que pudiera llegar a ser un factor contrario a la estabilidad jurídica. Creemos preferible el sistema actual, y entendemos por ello que la acción para que la administración pueda atacar su propio acto ante

<sup>9</sup>Respecto a dicha jurisprudencia y más detallada opinión sobre el asunto, ver nuestro libro *El acto administrativo*, p. 88 y ss.

la justicia debe estar sujeta a prescripción desde el mismo momento en que el acto es emitido.

*“Art. 24°. La declaración de invalidez no comprenderá las actuaciones procesales como tampoco los contenidos independientes y válidos de la decisión. Al declararse la invalidez parcial deberá indicarse en forma expresa, cuáles son aquellas partes válidas y que continuarán vigentes.”*

#### *“Ratificación y confirmación”*

*“Art. 25°. Las decisiones invalidables podrán ser convalidadas por la ratificación del órgano competente en los casos de incompetencia relativa, o por la confirmación del órgano respectivo por el saneamiento de las irregularidades que presentaban. No se convalidarán las decisiones viciadas por dolo o violencia.”*

a) El artículo habla de la confirmación y ratificación de las decisiones “invalidables,” pero no fija cuáles son ellas. En el acápite anterior, “Invalidez,” podría incluirse un artículo al respecto; en cuanto a los caracteres que deberían asignarsele, nos remitimos a nuestra ya citada obra.<sup>10</sup>

b) Los casos de dolo o violencia comprobables son muy raros en la experiencia administrativa, y es por ello algo difícil pronunciarse acerca de esta disposición en cuanto declara que dichos vicios no son susceptibles de convalidación; pero nos parece en principio que puede ser más conveniente el criterio de considerarlos vicios subsanables, en cuanto vicios de la voluntad.

*“Art. 26°. La ratificación dará validez retroactiva a la decisión desde la fecha de su nacimiento, y la confirmación concederá la validez desde el momento de la convalidación, salvo que la resolución convalidatoria en los dos casos no disponga en forma expresa otras modalidades sobre el particular. La retroactividad tendrá validez cuando los presupuestos de la decisión existían en la fecha que se emitió y no lesionan derechos e intereses legítimos de particulares.”*

a) No compartimos plenamente el principio de que la convalidación pueda producir efectos sólo para el futuro. Esa alternativa podría darse en el caso de *invalidación* del acto anulable, pero no en el de convalidación. En efecto, si la convalidación produce efectos sólo para el futuro, entonces *no está saneando un vicio de un acto anterior*, como su nombre lo indicaría, sino que está dictando un acto nuevo; habría una cierta oposición, pues, en estatuir una convalidación o confirmación no retroactiva.

Estamos en la hipótesis de un acto meramente invalidable, que por lo tanto tiene ejecutividad, ejecutoriedad y presunción de legitimidad: Que debió ser cumplido por los funcionarios y acatado por el particular. Si ello se complementa con el principio de que el acto vale mientras no sea anulado, y que su anulación

<sup>10</sup> *El acto administrativo*, p. 88 y ss.

produce efectos sólo para el futuro —lo que presupone que antes de ella el acto mantiene toda su vigencia—, no parece congruente, en principio al menos, que en el caso de convalidación —que hace que el acto continúe en vigencia para el futuro, la pérdida precisamente para el pasado. O sea: Si cuando el acto invalorable es anulado no pierde su validez anterior a la anulación, no parecería que pueda perderla cuando en lugar de ser anulado es convalidado.

b) En tal supuesto, carecería de justificación la prevención acerca de si la convalidación afecta o no derechos o intereses legítimos del interesado; dado que el acto tenía un vicio subsanable, ese saneamiento no puede por hipótesis ser antijurídico.

La protección que el artículo confiere está ya dada, de todos modos, por la aceptación del principio de la invalidez o nulidad absoluta: Será en tal caso, que no se podrá de ningún modo convalidar o ratificar el acto viciado.

En conclusión, creemos que la ratificación y la confirmación deben ser declarativas, y en tal sentido sustituiríamos el art. 26 por ese principio general.

#### *“Revocación y suspensión”*

*“Art. 27°. La Administración Pública, salvo que una norma legislativa o una disposición administrativa general se oponga, podrá revocar sus decisiones por razones de conveniencia, o cuando cambien las condiciones de hecho que les dieron nacimiento, o cuando se presenten las condiciones legalmente establecidas para la creación de una nueva relación jurídica. También por estas mismas causales podrán suspenderse las decisiones administrativas firmes.”*

a) No compartimos la tesis de este artículo. Creemos, con la jurisprudencia de la Corte Suprema, que si una ley no autoriza expresamente a la administración *en un caso concreto* a revocar un acto por razones de conveniencia, no puede ella hacerlo. Esto se refiere, desde luego, a los actos administrativos *stricto sensu*, o sea a los actos unilaterales; en cuanto a los contratos, la facultad administrativa de rescindirlos por razones de conveniencia es admisible, pues ella origina siempre responsabilidad pecuniaria a la administración.

En el caso de los actos unilaterales, entonces, consideramos que no debe admitirse la revocación por razones de conveniencia, cuando del acto han nacido derechos subjetivos a favor de los particulares, pues ello afectaría la estabilidad jurídica y podría también ser considerado violatorio de la garantía de la propiedad en el sentido jurisprudencial.

b) Por iguales razones, no compartimos la posibilidad de que la administración suspenda unilateralmente una decisión firme y consentida por el particular, cuando ella le ha reconocido determinados derechos subjetivos.

*“Art. 28°. La revocación y la suspensión deberán ser dictadas previos dictámenes técnicos y legales de las oficinas respectivas, que no obligarán al órgano que debe decidir, pero en el supuesto de que no los acepte, expresará las razones de su rechazo en las, motivaciones respectivas.”*

En base a nuestra sugerencia del artículo anterior, ésto no sería de aplicación. Sin embargo, creemos que en cuanto principio de procedimiento es muy saludable, y por ello creemos conveniente que como criterio general se establezca que no puede ser dictada ninguna decisión que afecte derechos o intereses de los particulares, sin previo dictamen legal de los organismos *regulares* de asesoramiento jurídico. Decimos “regulares” en previsión de la triquiñuela que suele hacerse pidiéndole dictamen a asesores temporarios y personales, y evitando solicitar la opinión de los organismos estables de asesoramiento, cuando se prevé que la misma puede ser contraria a lo que se proyecta realizar.

#### *“Procedimiento administrativo”*

*“Art. 29°. La promoción de cualquier actuación administrativa podrá hacerse por petición escrita del interesado, o de oficio por el órgano competente, o por orden superior. En el primer supuesto se deberá cumplir con los siguientes recaudos:*

*”a) Lugar y fecha;*

*”b) Nombre, apellido, domicilio real y legal; lo mismo deberá hacer el representante, además de acompañar testimonio del mandato que invoca para la presentación;*

*”c) Relación de los hechos, y si lo considera pertinente indicará la norma en que funda su derecho;*

*”d) Expresión clara y concreta de lo que peticiona;*

*”e) Acompañar toda la documentación que tenga en su poder y cuando no la tuviere indicar dónde se encuentra. Ofrecer todas las pruebas que considere pertinentes o necesarias;*

*”f) Firma con indicación del documento oficial que lo individualiza.*

*”Los interesados podrán requerir constancia de su presentación o que se feche, firme y sellen las copias del escrito presentado y que quedaren en su poder.”*

*“Art. 30°. Cualquier diferencia en estos recaudos deberá ser subsanada por el interesado dentro de los diez días de su notificación.”*

La disposición no aclara qué consecuencias traerá la no subsanación del defecto dentro de los diez días de la intimación; pero creemos que no puede establecerse como sanción la de darle por decaído el recurso.

Tampoco propondríamos que se dispusiera no seguir el trámite hasta tanto no sea subsanado el vicio, pues ello puede dar lugar a algunos abusos, atento a que se puede capciosamente exigir una relación “más concreta” de los hechos, etc.

Por su parte, la experiencia administrativa enseña que hay una multiplicidad tal de casos (desde el gran empresario que recurre con el más ilustre patrocinio letrado, hasta el modesto jubilado o pensionado que en ocasiones apenas puede estampar su firma al pie el formulario), que hace desaconsejable sentar aquí un rigorismo procesal. Así se lo ha aplicado siempre, y con razonable éxito. Por lo tanto, entendemos que la ley *no debe establecer previsión alguna respecto de la exigibilidad de los recaudos formales del art. 29º*, y debe dejar prudentemente a la práctica una amplia flexibilidad en su aplicación. En tal criterio entendemos que podría suprimirse el art. 30.

*“Art. 31º. Los funcionarios encargados del despacho tendrán la dirección y la responsabilidad para el orden de las tramitaciones administrativas, deberán además, disponer todo lo necesario para eliminar inconvenientes y acelerar las actuaciones.*

*”Todas las negligencias denunciadas por los interesados durante el procedimiento administrativo deberán ser resueltas en forma urgente, será obligatorio dejar constancia de los motivos que concurrieron para cualquier demora.”*

*“Art. 32º. El procedimiento en todas sus tramitaciones se impulsará de oficio, y podrán acumularse actuaciones que presenten íntima conexión con las cuestiones planteadas, siempre que no perjudiquen alguna situación jurídica particular. Los interesados podrán colaborar requiriendo diligencias necesarias para el procedimiento administrativo y urgiendo las providencias que fuere menester.”*

*“Art. 33º. Todos los expedientes serán despachados por riguroso turno de acuerdo con lo que se establezca en la reglamentación, salvo cuando razones de urgencia impongan su alteración, debiendo expresarse los motivos justificantes.”*

*“Art. 34º. Se acordarán en una sola resolución todas las providencias necesarias y de impulso simultáneo, y el rechazo de las peticiones procesales de los interesados será brevemente motivado.*

*”Se establecerá en la providencia el plazo en que deberán realizarse las diligencias administrativas requeridas.”*

*“Art. 35º. Durante el procedimiento y en cualquier secuela, pero antes de la decisión definitiva, el interesado podrá hacer las reclamaciones que crea convenientes sobre las actuaciones y ofrecer pruebas desconocidas con anterioridad a fin de una mejor solución administrativa.*

*”La administración ante estas reclamaciones estará obligada a resolver lo que crea pertinente motivándolas brevemente.”*

*“Art. 36º. Ningún escrito de petición o reclamación por el interesado podrá ser devuelto por cualquier causa que fuere, pudiéndose testar los términos que se consideren agraviantes.”*

*“Art. 37°. Durante el procedimiento preparatorio a la decisión, la administración requerirá los informes técnicos para mayor éxito de la resolución, sea en cumplimiento de disposiciones preceptivas o porque lo considere necesario, pero, salvo disposiciones expresas, se presumirá que los informes no son obligatorios para el acto definitivo.”*

*“Art. 38°. Todos los informes deberán ser evacuados dentro del plazo establecido por el art. 18, sin perjuicio de ser prorrogado a pedido de los obligados a hacerlo, previa comunicación a la autoridad requirente con indicación expresa de las razones de la solicitud. La petición de un plazo superior deberá tener la conformidad de la autoridad requirente y la intervención del interesado.”*

*“Art. 39°. Cuando se deba disponer una norma de carácter general, y por excepción en casos individuales y de importancia pública, el órgano competente podrá requerir informes a organismos universitarios, científicos y gremiales. También podrá disponer un plazo para que la opinión pública en general haga conocer sus aspiraciones, y deberá agregarse por cuerda separada todas las que se presenten ante el órgano respectivo. La autoridad correspondiente determinará el modo de la notificación, el plazo y los puntos a dilucidarse.”*

*“Art. 40°. Cuando deban diligenciarse pruebas testificales, periciales o informativas, deberán sustanciarse en una sola audiencia, indicándose día, hora, el lugar, el órgano que realizará la diligencia y determinación exacta de lo que se considere necesario probar. Esta resolución deberá notificarse al interesado personalmente o por cédula.”*

*“Art. 41°. En las actuaciones donde intervengan interesados deberá correrseles vista al terminar el proceso preparatorio antes del informe de Asesoría Letrada pudiendo alegar sus derechos. Si ofreciere nuevas pruebas, la autoridad podrá autorizar su diligenciamiento considerándolas como medidas para mejor proveer.”*

a) Convendría tal vez aclarar en la disposición que esta “vista” que se le corre especialmente al interesado no implica una negación del derecho a tomar espontáneamente vista de las actuaciones en cualquier estado en que ellas se encuentren. (Ver *supra*, comentario al art. 26, y su remisión.) Quizá fuera más acertado decir que se le correrá *traslado*, y no *vista*, para alegar sus derechos.

b) Debería fijarse un término para que el interesado conteste el traslado. Sugeriríamos 30 días.

#### *“Notificación y citación”*

*“Art. 42°. Todas las decisiones administrativas definitivas que crearen situaciones jurídicas particulares serán notificadas personalmente o por cédulas. Las que*

*establecieran situaciones jurídicas generales a favor de personas indeterminadas serán notificadas por edictos o llamados públicos.”*

a) Creemos conveniente que la ley especifique el medio de publicidad idóneo, exigiendo para las disposiciones de índole general al menos la publicación en el Boletín Oficial y en el Boletín del Ministerio, cuando éste exista, además de su exhibición al público en murales de la repartición y eventualmente su permanente disponibilidad a los interesados en recopilaciones especialmente creadas al efecto.

b) El proyecto habla de actos que creen situaciones jurídicas particulares, y dice que se notificarán; de situaciones jurídicas generales a favor de personas indeterminadas, las que se publicarán; pero no resuelve el caso de actos que contengan situaciones jurídicas generales respecto de personas determinadas. Al parecer la solución que corresponde sería la primera; pero convendría aclararlo expresamente.

c) Puede ser conveniente aclarar que la publicación de un acto individual no suple la notificación personal al interesado.

*“Art. 43°. La notificación de las decisiones definitivas deberá hacerse con transcripción del texto íntegro de la parte resolutive. Será obligatorio transcribir al pie de la misma los recursos y los plazos en que los interesados podrán interponerlos.”*

Ver el comentario al art. 20.

*“Art. 44°. Todas las notificaciones cuando no fueran en forma personal se harán por carta certificada con aviso de retorno o por telegrama colacionado, debiendo informar el empleado de la oficina de correos el documento de identificación que le fuera exhibido y la denuncia del vínculo o relación existente entre el que recibe la cedudula o la pieza remitida, con el destinatario.”*

*“Art. 45°. Se notificará individualmente por edicto o en los estrados de la oficina pública, cuando se desconozca el domicilio del interesado, previa constancia en el expediente de las gestiones realizadas con resultado negativo que confirme la necesidad de utilizar este medio de notificación.”*

*“Art. 46°. Todas las citaciones para concurrir a las oficinas de la administración deberán indicar en forma expresa el motivo de la misma.”*

#### *“Caducidad”*

*“Art. 47°. Se producirá de pleno derecho la caducidad de las actuaciones administrativas promovidas por un interesado cuando no instare su prosecución y después de transcurrido un año desde la última providencia.”*

Esta norma podría resultar incongruente con el art. 32, pues según aquél el procedimiento se impulsa del oficio, mientras que aquí se declara la caducidad por falta de impulsión del interesado. Creemos que esta norma podría ser suprimida; en efecto, dado que hay en la administración expedientes que demoran como promedio entre cinco y diez años para ser resueltos, y ello por repetición y superposición de los trámites internos de la administración, no puede exigirse que el particular mantenga su paciencia y vigilancia constantemente renovada en la reclamación inútil.

Es de importancia destacar que el interesado no *impulsa* el procedimiento, porque sus peticiones no tienen la virtud de provocar necesariamente una decisión administrativa; a diferencia del proceso judicial, el reclamo del interesado funciona como pedido de que la administración impulse el procedimiento. Por ello no es equitativo sancionarlo con una caducidad o perención por no haber hecho reclamos sucesivos.

Además, no debe olvidarse que los expedientes que son enviados al archivo están destinados frecuentemente a la pérdida o inutilización, por las malas condiciones físicas en que los mismos se encuentran. Mientras no sea solucionado con carácter previo el problema de una adecuada organización y metodización de los archivos de la administración central, no puede la ley crear caducidades de ninguna naturaleza, pues puede producir, por la circunstancia apuntada, daños irreparables.

#### *“Reconstrucción del expediente”*

*“Art. 48°. Comprobada administrativamente la pérdida o extravío de un expediente se ordenará su reconstrucción, observándose al efecto el procedimiento que fije la reglamentación, y tratando de reproducir lo más fielmente posible el expediente extraviado. La resolución que disponga la reconstrucción servirá de cabeza del nuevo expediente.”*

#### *“Ejecución”*

*“Art. 49°. Toda ejecución administrativa que afecte el derecho de los particulares debe estar fundada en una decisión debidamente motivada y previamente notificada. La ejecución podrá realizarse ante su incumplimiento, por subrogación, por multa coercitiva, y compulsivamente, por medio de medidas expresamente establecidas en la decisión.”*

La forma de asegurar el cumplimiento de una decisión no puede ser establecida en forma general por la ley. Admitir la subrogación, la ejecución compulsiva, y la multa, sin saber a qué casos y cómo habrá de ser aplicada, sería conferir una peligrosa discrecionalidad a la administración. Ello debe ser objeto de previsiones legales expresas que en la mayor parte de los casos ya existen y no deben

ser ampliadas por vía general. Desde luego, el autor del proyecto lo aclara en la nota: Pero parecería más seguro incluir ese principio en el artículo mismo, con toda claridad.

En consecuencia, son varias las actitudes que pueden adoptarse en este punto: O suprimir estos artículos 49, 50, 51 y 52; o detallar algo más casuísticamente las hipótesis de ejecución forzada del deber incumplido y las sanciones indirectas; o dejar establecido expresamente que estas normas son de carácter general, y que para aplicar multas, o ejecutar compulsivamente obligaciones de carácter personal, o ejecutar directamente o por terceros la obligación incumplida, se *requerirá en todos los casos concretos autorización legal expresa*. Una cuarta solución es aquella a la que nosotros nos inclináramos: Suprimir la segunda parte del artículo 49, y completamente los artículos 50, 51 y 52, e incluir en su lugar una disposición como la que acabamos de mencionar más arriba: Que para aplicar multas, etc., se requiere fundamento legal expreso y concreto, para el caso específico. En este aspecto creemos fundamental que sea el artículo mismo de la ley el que establezca enfáticamente el principio, y no la nota.

*“Art. 50°. La ejecución de subrogación se llevará a cabo en aquellas decisiones que no tienen carácter personal y que pueden ser realizadas por sujetos distintos. El afectado, en cualquier momento, podrá intervenir para sustituirse personalmente en la realización de las obligaciones subrogadas.*

*”La Administración Pública, en resguardo de su crédito, solicitará judicialmente las medidas cautelares necesarias.”*

*“Art. 51°. La administración podrá imponer multas coercitivas, reiteradas en plazos suficientes para el cumplimiento de los actos de carácter personal, y cuando sea imposible la compulsión directa o no pueda subrogarse la realización por terceros. Estas multas se aplicarán sin perjuicio de la que se imponga por sanción, por autorización expresa de la ley.”*

*“Art. 52°. Las decisiones de la Administración Pública que impongan obligaciones de carácter personal, podrán ejecutarse por compulsión contra la persona, debiendo ser realizadas en forma razonable y con el mayor respeto por la dignidad humana y sus derechos fundamentales.”*

#### *“Recursos administrativos”*

*“Art. 53°. Los interesados podrán interponer recursos administrativos cuando se consideren lesionados en sus intereses o derechos contra:*

*”1°) Las decisiones definitivas que se presenten viciadas de ilegitimidad;*

*”2°) Las decisiones definitivas que no satisfagan méritos de eficacia, conveniencia y utilidad;*

*”3°) Las decisiones de trámite que impidan definitivamente la continuación del procedimiento administrativo.”*

a) La expresión “decisión definitiva” puede no resultar del todo clara, y llegar a ser interpretada en el sentido de decisión del Poder Ejecutivo, o de otra forma restrictiva, lo que no parece ser el sentido de la norma. Por ello diríamos en su lugar: Actos que producen efectos jurídicos inmediatos respecto de los interesados.

b) Creemos imprescindible que se admita recurso también contra las decisiones de trámite que, sin impedir definitivamente la continuación del procedimiento administrativo, traban la defensa del particular: Denegación de vista, declaración de reservado para alguna pieza del expediente, denegación de la oportunidad de producir prueba o hacer las alegaciones pertinentes, etc.

c) No compartimos la restricción del proyecto en admitir recursos únicamente contra las decisiones administrativas. Entendemos que debe admitirlos también contra los hechos, e igualmente contra las declaraciones, certificaciones, opiniones o juicios, cuando ellos produzcan un efecto jurídico inmediato respecto del particular.

*“Art. 54º. Los recursos administrativos que establece esta ley son: El de oposición, el jerárquico propio, el jerárquico impropio y el de revisión.*

*”Los interesados deberán interponer estos recursos dentro del término de diez días después de la notificación de la decisión administrativa respectiva. Si hubiere otro interesado en la decisión se le dará vista del recurso por el término de diez días para que alegue sobre el mismo, y éstos continuarán siendo partes en las posteriores actuaciones que se desarrollen.”*

a) No compartimos plenamente el término que se da para recurrir: Diez días. La práctica demuestra que los quince días que da actualmente el decreto 7520/44 y concordantes para el recurso de revocatoria y el jerárquico son frecuentemente insuficientes; no sería del caso, pues, restringirlos aún más, sino más bien ampliarlos prudentemente: Veinte días, por ejemplo.<sup>11</sup>

No debe olvidarse que un procedimiento administrativo es sustancialmente distinto de uno judicial por cuanto, fundamentalmente, no se exige patrocinio letrado; ello implica una atención menos alerta al transcurso de los términos, y debe ser contemplado por la ley. Por otra parte, dado que la administración puede ejecutar el acto inmediatamente después de notificado, sin esperar a la expiración del término para recurrir, en nada la perjudica que el particular tenga más o menos días para expresar su voluntad en tal sentido; y éste, a su vez, en caso de tener urgencia no tiene más que presentar el recurso antes del vencimiento del plazo.

<sup>11</sup> Como afirma LINARES: “Todo lo que sea fijar términos y en especial términos breves... es desvirtuar el sentido y finalidad de la justicia administrativa. Es proteger al Estado contra los particulares,” lo que constituye una contradicción. (“Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” en *LL*, 54: 776, 785.)

b) Sugeriríamos que se aclarara expresamente, para combatir una errónea creencia que a veces suelen tener los funcionarios públicos, que el término se cuenta a partir de la fecha en que el particular ha recibido la notificación, y no de la fecha en que la administración envía la carta conteniendo la notificación.

c) Creemos que debe admitirse también un *recurso de queja* contra los meros hechos ilícitos e irregularidades procesales. (Sobre este punto, ver nuestra idea de proyecto, en el apartado f) del comentario del art. 60.)

*“Art. 55°. Contra los actos consentidos, firmes o definitivos no podrá interponerse ningún recurso salvo las excepciones dispuestas expresamente por la ley. El interesado sólo podrá solicitar reconsideraciones o hacer denuncias pero sin ninguna obligación por parte de la administración.”*

Suprimiríamos “por la ley,” para de esa forma dejar claramente sentado que también la administración puede establecer, por vía general o en casos particulares, si así lo desea, la posibilidad de recurrir contra los actos firmes, consentidos o definitivos. Esa posibilidad no puede redundar en perjuicio de los interesados —pues consiste en tener una vía más de recursos—, ni tampoco de la administración, pues ella es libre de no establecer la excepción a la irrecurribilidad de esos actos.

Evita, en cambio, una rigidez innecesaria de la ley, que puede redundar en detrimento de las necesidades cambiantes de la administración.

#### *“Recursos de oposición”*

*“Art. 56°. El recurso de oposición puede interponerse contra las decisiones viciadas por ilegitimidad o falta de mérito que lesionen derechos subjetivos o intereses legítimos.*

*“Se deducirá ante la autoridad que la dictó, la que deberá expedirse, confirmando, modificando, revocando, anulando o sustituyéndola.”*

*“Art. 57°. La autoridad ante la que se interpuso el recurso deberá resolverlo dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de considerarse denegación tácita, si después de la denuncia de la mora pasaren cinco días sin haberse pronunciado.”*

Reproducimos el comentario a los artículos 18 y 54: No nos parece conveniente dar un término de diez o quince días para resolver el recurso, pues de esa manera se impide que el que debe decidir pueda pedir informes o dictámenes letrados, por falta material de tiempo; y se lo obliga, sea a *denegar el recurso por fórmula*, sea a *no considerar la cuestión* (esto último es lo más frecuente): Ambas situaciones constituyen una ficción que alejaría a la ley de la realidad. Si se considera que no es necesario el pronunciamiento del mismo órgano que dictó el acto, entonces debe prescindirse del “recurso de oposición” o reconsideración ante la misma autoridad, y debe estatuirse directamente un recurso jerárquico;

si se lo considera necesario, debe establecerse un recurso que dé al funcionario verdadera oportunidad de meditar la cuestión y pronunciarse al respecto.

Por ello entendemos que el término debe ser de 30 días, y que sólo se cuenta a partir de la fecha en que se han producido los informes y dictámenes pertinentes. (Y cada uno de ellos será dictado a su vez dentro del término que proponemos en el comentario al art. 18.)

Si esto se considera una demora excesiva para el particular, entonces debe suprimirse el recurso de oposición, pues de lo contrario será una mera fórmula y no un recurso administrativo viviente.

Una tercera posibilidad sería hacerlo optativo para el particular, y con los términos que proponemos: Tal lo que sugerimos *infra*, comentario al art. 60.

*“Art. 58°. El recurso de oposición no suspende la ejecución de la decisión, pero los interesados podrán solicitarlo al denunciar las irregularidades justificando los daños y acompañando las pruebas que consideren necesarias. La autoridad respectiva debe resolver esta petición dentro de las 48 horas.”*

La decisión de suspender la decisión recurrida es más bien excepcional en nuestra administración: Por ello un plazo de 48 horas para resolver significará seguramente que nunca se concederá sería atención a un pedido de éstos y que se lo denegará automáticamente. Creemos que sería más eficiente, en ese aspecto, dar un plazo mayor. (Diez días, por ejemplo.) Con todo, preferiríamos declarar que el recurso tiene efecto suspensivo: Ver *supra*, cap. V, n° 28 y ss.

*“Art. 59°. El recurso de oposición será requisito procesal previo y necesario para la interposición del recurso jerárquico propio o impropio.*

*”También será requisito procesal necesario contra las decisiones particulares dictadas de oficio sin la previa instancia del interesado.”*

#### *“Recurso jerárquico propio”*

*“Art. 60°. El recurso jerárquico propio deberá presentarse ante el órgano que rechazó el de oposición dentro de los diez días de la notificación, o cuando se considere conveniente ante la existencia de la denegación tácita por la denuncia de la mora y el vencimiento del plazo de insistencia. El órgano ante el cual se presentó el escrito del recurso, está obligado a elevarlo al superior jerárquico competente dentro del plazo de cinco días, con una información sobre los argumentos expuestos por el recurrente, y si existiere denuncia de la mora, cuáles fueron sus razones.”*

Es imprescindible que la ley misma determine quién es el “superior jerárquico competente” que debe resolver el recurso jerárquico; una cuestión tan importante no conviene que sea librada a la mera reglamentación administrativa de la ley.

No nos parece eficiente establecer la obligación de recurrir ante todos los órganos competentes de la administración antes de llegar al Poder Ejecutivo, como surge del art. 64, 2ª parte. Ello recarga un poco el procedimiento.

Tampoco sugeriríamos, sin embargo, una posición extrema, como sería la de que la autoridad que debe resolver este recurso jerárquico fuera la máxima en la jerarquía administrativa —el Poder Ejecutivo—. En efecto, conceder un recurso de reconsideración u oposición ante el mismo órgano que dictó el acto —que podría serlo un Jefe de Mesa de Entradas—, y luego directamente un recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo, prescindiendo de todas las demás escalas administrativas, sería una aceleración inadecuada y una congestión de las jerarquías superiores en detrimento del buen orden administrativo y del racional empleo de la organización estatal.

La solución debe estar en el término medio, dando además alguna flexibilidad para el funcionamiento del sistema. La práctica demuestra que los recurrentes prefieren a menudo afrontar una pérdida mayor de tiempo pero intentar más escalas administrativas antes de llegar al Poder Ejecutivo en recurso jerárquico; esa inclinación se compadece íntegramente con la conveniencia del ordenamiento y actividad administrativa, y la ley debe recogerla y ampararla.

En nuestro concepto, podría establecerse en consecuencia el siguiente sistema:

a) Conceder, con carácter *optativo* para el particular, un recurso de reconsideración u oposición ante el mismo órgano que dictó el acto, según el procedimiento que indicamos en el comentario al art. 57. Si el administrado lo desea, puede prescindir totalmente del recurso de oposición, e interponer en su lugar, dentro del mismo término, un recurso jerárquico menor.

b) Tramitado el recurso de oposición, o prescindiendo el particular de su interposición, puede recurrir directamente a una autoridad superior. Aquí concederíamos dos vías a elección del particular: O recurrir a la autoridad *inmediata* superior —sin perjuicio de continuar luego con los demás recursos—, o saltar algunas escalas administrativas que la ley determinará expresamente, y recurrir directamente a una autoridad en mayor distancia jerárquica. Para establecer una diferencia terminológica, llamaremos aquí “recurso jerárquico menor” al que se interpondría ante la autoridad inmediata superior, y “recurso jerárquico medio” al que se interpondría *omisso medio* ante alguna autoridad más elevada.

Pues bien, en las escalas administrativas inferiores a Director General (o cargo equivalente) concederíamos el recurso jerárquico “medio” ante el citado funcionario, sea cual fuere el funcionario inferior que dictó la medida originaria. Por ejemplo, si la primitiva resolución fue de un Jefe de Mesa de Entradas, sería procedente el recurso jerárquico medio ante el Director General; igual ocurriría si la dictó un Jefe de División o un Jefe de Departamento. Todo ello sin perjuicio de que si el particular lo desea, vaya agotando todas las instancias existentes antes del Director General, e interponga por ejemplo recurso jerárquico menor ante el Jefe de División, y a su vez recurso jerárquico menor ante el Jefe de Departamento contra la decisión del Jefe de División, etc.

c) De la decisión expresa o tácita del Director General en el recurso jerárquico medio, concederíamos entonces, al igual que en el procedimiento nacional del decreto 7520/44 según ha sido aclarado por el 2126/61, el recurso jerárquico “mayor” ante el Poder Ejecutivo. Este recurso, en el que se omitirían a su vez las escalas intermedias (Secretario del Estado, Ministro), sería también *optativo* para el particular: Si él lo deseara, podría recurrir en cada caso a la autoridad inmediata superior, e ir agotando de esa forma cuantas escalas en la vía jerárquica desee. Pero ello, insistimos, sería *optativo* para el particular y no obligatorio como lo dispone el art. 64, 2ª parte.

d) En cualesquiera de esos casos, si el administrado interpone un recurso jerárquico menor en lugar del “medio” o “mayor” según el caso, no por eso está obligado a seguir agotando todas las demás instancias una por una; producida la decisión en uno de los recursos jerárquicos menores, puede interponer el recurso jerárquico “medio” o “mayor” según sea el caso.

e) Con este procedimiento el particular tiene más remedios a su alcance, y la administración más oportunidades de estudiar la cuestión. Desde luego, en cualesquiera de esas etapas, la administración tiene la obligación de abrir a prueba el expediente no bien aparezcan hechos controvertidos y el particular lo solicite.

f) Además, y como complemento indispensable para todo el procedimiento administrativo, estableceríamos un *recurso de queja* que permita atacar todo hecho irregular de tipo procesal cometido por los funcionarios públicos. (Denegación u obstrucción del derecho del interesado y sus letrados a tomar vista del expediente; obstrucción del derecho a presentar escritos; ocultamiento de piezas del expediente; improcedentes decisiones de archivar las actuaciones; pases innecesarios a organismos incompetentes; demoras en la producción de los informes o dictámenes; denegación de pedidos de que se produzcan dictámenes letrados; prescindencia de informes, dictámenes, o trámites sustanciales; refoliaciones negligentes que sumen al expediente en un estado de confusión total, etc.) Fundamentalmente, sugeriríamos disponer que el superior jerárquico inmediato está obligado a resolver el recurso de queja (dentro de un término de quince días) determinando *cuál es la responsabilidad que le corresponde al funcionario que ha cometido la irregularidad*. La omisión de decidir este último punto hará incurrir en responsabilidad al superior mismo, y ello deberá ser objeto de un nuevo recurso de queja, y así sucesivamente. Desde luego, la responsabilidad que deberán establecer los funcionarios será la administrativa; ello sin perjuicio de que el interesado haga efectiva su responsabilidad civil por los daños que ocasione la demora en la tramitación del proceso.

Sólo de esta forma, haciendo ineludible la determinación de la responsabilidad que deba corresponder al autor del hecho irregular, se crea una posibilidad práctica de que el proceso sea tramitado regular y diligentemente. Para nosotros, esa

es la base fundamental y *sine qua non* de una ley de procedimiento administrativo destinada a la administración pública argentina.

*“Art. 61°. Este recurso se interpone por las mismas causas que el de oposición. El recurrente en su escrito deberá fundar las impugnaciones que hace a la decisión por sus vicios de legitimidad o de mérito, determinará la lesión a los derechos o intereses legítimos que lo produce, indicará en su caso la mora infringida, ofrecerá las pruebas que considere necesarias y determinará lo que peticiona. Los defectos de forma que puede presentar el recurso no podrán ser juzgados por el órgano inferior que ha recibido el escrito.”*

*“Art. 62°. El recurso interpuesto no suspenderá la ejecución del acto impugnado. El órgano superior podrá disponer la suspensión de oficio, o a instancia del interesado, si considerara posible la existencia de algún daño irreparable. El pedido de suspensión solicitado por el recurrente se tramitará por el procedimiento establecido en el artículo 58°.”*

Lo dicho al art. 58°: El recurso *debe* suspender la ejecución del acto<sup>12</sup> Por lo demás, suprimiríamos la mención de la existencia de “algún daño irreparable,” para dejar más libertad al administrador para admitir eventualmente la suspensión de la decisión.

*“Art. 63°. El órgano competente proveerá las pruebas que se ofrecen y que las considere pertinentes, debiendo diligenciarse dentro del término de diez días, dándose luego vista en este caso para alegar a todos los intervinientes dentro del plazo común de cinco días.*

*“La administración deberá resolver previo asesoramiento letrado, dentro de los veinte días siguientes.”*

a) Pueden surgir controversias acerca de qué debe entenderse cuando el artículo dice que las pruebas deben diligenciarse dentro del término de diez días. A nuestro juicio, si ello consiste en la decisión de ordenar que determinadas pruebas se produzcan, o en efectuar los pedidos de informes, etc., pertinentes, el término es correcto y podría incluso reducirse. Si se trata en cambio de un término para la producción de la prueba, es demasiado reducido. Suponiendo que sean necesarias pruebas periciales o testimoniales, o pedidos de informes, puede ser conveniente establecer un término de 60 días; convendría pues separar las hipótesis mencionadas.

b) Por lo dicho al comentar el art. 54, en lugar de “vista” preferiríamos decir “traslado.”

c) Un plazo de cinco días para alegar nos parece muy reducido. Creemos más conveniente un plazo al menos similar al establecido para recurrir, y propon-

<sup>12</sup> Sobre este punto, tan fundamental, nos remitimos a lo dicho en el cap. V, n° 28-34.

dríamos en consecuencia veinte días, para asegurar una defensa más eficaz de los derechos del recurrente.

*“Art. 64°. La decisión del recurso jerárquico propio podrá confirmar, modificar, revocar, anular, o sustituir la decisión recurrida, extendiéndose también sobre situaciones no planteadas por el recurrente.*

*”En caso de confirmación o de denegación tácita, si hubiere otro órgano superior competente y necesario para poder agotar el recurso hasta el Poder Ejecutivo de la Provincia, el correspondiente recurso jerárquico se interpondrá de acuerdo a las formas y plazos establecidos en los artículos precedentes, sin necesidad del recurso de oposición.”*

a) Ver el comentario al art. 60.

b) Suprimiríamos la posibilidad de que la administración decida sobre situaciones no planteadas por el recurrente.

c) El recurso contra la decisión recaída en un recurso anterior debe ser admitido no sólo en caso de confirmación o denegación tácita de la primera resolución recurrida, sino también en el de *modificación*, y *revocación* por inoportunidad —si lo que se pidió fue invalidación— pues lógicamente sus efectos son distintos y no acceden a lo solicitado por el recurrente.

#### *“Recurso jerárquico impropio”*

*“Art. 65°. El recurso jerárquico impropio procederá en todos los casos, salvo que una norma establezca la vía judicial directa.”*

a) Convendría que la norma definiera expresamente: Que recurso jerárquico impropio es el que procede contra las decisiones definitivas de los entes descentralizados, para ante el Poder Ejecutivo nacional.

b) No compartimos que se excluya el recurso jerárquico impropio cuando hay una vía judicial directa: El recurso jerárquico puede siempre quedar como vía optativa para el interesado, y si éste prefiere no demandar ante la justicia sino recurrir previamente ante el Poder Ejecutivo nada obstaría a concederle el derecho a hacerlo. Tal es el sistema actual, y no ha originado dificultad alguna, por lo que no creemos conveniente modificarlo.

*“Art. 66°. El recurso jerárquico impropio se interpondrá, previo rechazo expreso o por denegación tácita del de oposición contra las decisiones de los órganos jerárquicos superiores de los entes autárquicos, por exclusivas razones de ilegitimidad cuando viole:*

*”a) La Constitución.*

*”b) La ley creadora del ente.*

*”c) El estatuto dictado directamente por ley o por el Poder Ejecutivo de la Provincia,*

*”d) Las leyes o reglamentos generales dictados por la Legislatura o el Poder Ejecutivo para que sean cumplidos por la Administración Pública provincial, salvo que establezca expresamente que no se aplicarán a los entes autárquicos.”*

a) En lugar de ente autárquico diríamos entidad descentralizada, para abarcar también los casos que mencionamos en el comentario al art. 1º.

b) Entendemos que el recurso de oposición o reconsideración contra la decisión del ente descentralizado debe ser optativo y no obligatorio para el interesado.

c) Creemos que no se justificaría plenamente la limitación del recurso jerárquico impropio a ciertos casos de ilegitimidad: Ello sería además motivo de dificultades en la práctica, y no resulta muy conveniente para la vigencia de la legalidad en la administración, pues resulta en detrimento del control administrativo del Poder Ejecutivo sobre los entes descentralizados. Por ello declararíamos procedente el recurso jerárquico impropio en todo caso de ilegitimidad, incluyendo los casos de arbitrariedad, desviación de poder, etc., y también graves motivos de inoportunidad. La práctica demuestra que la libertad que se ha concedido a los entes descentralizados ha sido frecuentemente empleada sin el suficiente tino y responsabilidad; mientras que los recursos ante la administración central han funcionado siempre, a nuestro criterio, con una satisfactoria efectividad y razonabilidad.

Ello no surge de una mejor calidad de los funcionarios, sino de la inevitable imparcialidad que da el hecho de que no tengan nada que ver con la cuestión ni hayan intervenido en modo alguno en la tramitación y consideración de la cuestión originaria.

*“Art. 67º. La interposición del recurso jerárquico impropio no suspende la ejecución de la decisión recurrida, pero el órgano superior central podrá disponerlo de oficio, o a instancia del interesado por el procedimiento establecido en el artículo 58. Será necesario, en este caso, que el ente autárquico manifieste su opinión dentro del plazo de tres días, bajo apercibimiento de mora implícita, sin necesidad del plazo de insistencia.”*

Lo dicho a los arts. 58 y 62. Por lo demás, el plazo de tres días que se concede al ente autárquico, lo ampliaríamos a diez.

*“Art. 68º. El recurso jerárquico impropio tendrá el mismo procedimiento establecido en el artículo 63, pero el plazo para resolver será de treinta días y obligatoria la opinión del Asesor de Gobierno. Si la decisión no tomara en cuenta su dictamen deberá en este caso fundar las razones de la disidencia.”*

Compartimos el criterio de ampliar el plazo para la decisión del recurso jerárquico, pero entendemos que debe ser de dos meses o más, y común al caso de recurso jerárquico mayor e impropio.

*“Intervención al ente autárquico”*

*“Art. 69º. El Poder Ejecutivo excepcionalmente, podrá intervenir de oficio o a requerimiento, a un ente autárquico cuando:*

*”a) Se viole la ley de creación del Ente.*

*”b) Se haya desnaturalizado totalmente los fines para los cuales fue creado.*

*”c) Existieren entre sus autoridades conflictos insolubles que impidieren totalmente el desenvolvimiento normal de las funciones del ente.*

*”El acto de intervención deberá ser fundado, suscripto en acuerdo de ministros, estableciéndose en forma expresa el plazo de duración, las medidas que deban realizarse para el urgente restablecimiento de su funcionamiento normal. La medida deberá ser inmediatamente informada a las cámaras legislativas.”*

a) La intervención estaría metodológicamente desubicada en medio de los recursos que la ley concede a los particulares. Debería figurar en una primera parte destinada al régimen jurídico general de la administración.

b) A nuestro criterio las causas de intervención pueden ser: 1º) Suspensión grave e injustificable del servicio público a cargo del ente; 2º) violación constante de la legalidad (subsumiríamos en ese concepto los casos del inciso a) y b); 3º) existencia de un conflicto institucional insoluble entre las autoridades del ente. (No exigiríamos que impida el desenvolvimiento del ente.)

c) Agregaríamos que las facultades del interventor están restringidas al ejercicio de aquellos poderes que *sean imprescindibles para solucionar la causa que ha motivado la intervención*; y que la intervención no presupone la caducidad de las funciones directivas propias de los funcionarios del ente.

d) Correspondería precisar si la intervención de que se trata es también aplicable a las entidades descentralizadas mencionadas en el comentario al art. 1º. A nuestro criterio es aplicable a los entes autárquicos de tipo común, y también a los entes de naturaleza interprovincial; en materia de empresas del Estado nos inclinaríamos a una facultad *amplia* de intervención, para dar una solución concordante con la orientación general que al respecto dan las leyes 13.653, 14.380 y 15.023; no consideraríamos aplicable la intervención a las asociaciones profesionales con un régimen de derecho público ni, desde luego, privado.

*“Recurso de revisión”*

*“Art. 70º. El recurso de revisión puede interponerse contra las decisiones administrativas firmes y en cualquier momento, cuando:*

*"a) Aparezcan documentos fundamentales, que se desconocían al dictarse la resolución;*

*"b) Se dictaron por cohecho, prevaricato, violencia o maniobras fraudulentas, calificadas posteriormente por la justicia criminal.*

*"Este recurso deberá interponerse dentro de los treinta días del conocimiento personal definitivo sobre estos vicios y se promoverá por procedimiento idéntico al recurso de oposición."*

Siguiendo la práctica administrativa vigente, admitiríamos también el recurso de revisión contra actos del Poder Ejecutivo en todos los casos del artículo 241 de la ley 50. (Que la jurisprudencia administrativa aplica analógicamente para admitir la revisión de los actos del Poder Ejecutivo.)

### *"Reclamación por retardación"*

*"Art. 71°. El recurso jerárquico propio o impropio si no se resuelve después de denunciada la mora, cumplidos los plazos y el procedimiento establecido en el artículo 7° del Código Contencioso Administrativo, dejará abierta la vía para el recurso jurisdiccional respectivo."*

Propondríamos aquí una innovación tal vez algo revolucionaria: Disponer que queda abierta la vía contencioso administrativa aún antes de agotar el procedimiento de los recursos administrativos. Ello permite, nos parece, una mayor flexibilidad al régimen de la protección de los derechos individuales y dejaría librado al interesado, según su conveniencia, esperar a agotar íntegramente la vía administrativa y recién ir a la justicia, o en cambio demandar directamente cuando se produce una decisión de funcionario competente con jerarquía de Director General o superior.<sup>13</sup>

Esto, desde luego, contraviene un principio tradicional; pero si de cualquier manera la decisión definitiva corresponderá a la justicia, no vemos qué inconveniente hay en que la misma se produzca antes del pronunciamiento de todos los organismos administrativos, o después. El argumento esgrimido en los fundamentos del decreto 7520/44, de que los recursos administrativos tienden a evitar a la Nación acciones judiciales, es moral y jurídicamente deleznable. Primero, porque el orden jurídico debe buscar primordialmente la realización de la justicia, y en esa consideración no puede tener peso alguno la posible condena en costas que sufra el Estado por un acto ilegítimo de alguno de sus funcionarios; segundo, porque la posibilidad de que en cualquier momento se produzca una acción judicial alertará el sentido de responsabilidad de los funcionarios públicos, y hará caer sobre ellos la sanción pertinente cuando por sus actos antijurídicos el Estado sea condenado en los estrados judiciales; tercero, porque son los mis-

<sup>13</sup> En sentido similar FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1948, pp. 241-244, y "Il ricorso gerarchico e l'art. 113 della Costituzione," en *Nuova Rassegna*, 1952, n° 23, p. 1761, cit. por GARRIDO FALLA, *Régimen, op. cit.*, p. 327, quien efectúa una fuerte crítica a este criterio.

mos agentes del Estado los que dan el ejemplo —salvo pocas excepciones— de demandar a los particulares deudores del Estado sin intentar etapa alguna de conciliación administrativa previa, acuciados por el cobro de costas que el orden jurídico argentino autoriza (cobro de impuestos, de aportes patronales en materia de cargas sociales, etc.): En este último aspecto consideramos también necesario que la ley prohíba expresamente a los profesionales a sueldo del Estado el cobro individual y personal de honorarios judiciales en las causas en que intervienen en cuanto letrados o apoderados del Estado central o entes descentralizados.

*“Art. 72°. Los interesados, ante la demora de la administración para resolver cualquier clase de actuación administrativa después de la denuncia de la mora de la administración, podrán cuando lo consideren, interponer la reclamación por retardo ante el Poder Ejecutivo, o ante la autoridad superior del ente autárquico cuando la ley correspondiente establezca la vía jurisdiccional directa contra sus decisiones.*

*”La reclamación petitionará la intervención del superior ante el órgano respectivo para que provea lo que corresponda. El vencimiento del término de dos meses desde la presentación de la reclamación dejará abierta, sin ninguna otra clase de reclamo, la vía jurisdiccional correspondiente.”*

#### *“Reclamación administrativa”*

*“Art. 73°. El resarcimiento por lesiones producidas por una decisión administrativa o por su ejecución, o por un hecho positivo o de omisión de la Administración Pública, deberá ser previamente reclamado por vía administrativa ante el Ministerio de la materia o ante el órgano superior del ente autárquico correspondiente.*

*”El escrito deberá individualizar a los agentes o funcionarios que tuvieron relación con los actos o hechos; en caso de imposibilidad se expresarán todos los datos corroborantes que puedan servir para la individualización por parte de la administración.”*

*“Art. 74°. La Administración Pública podrá requerir todas las pruebas que considere útiles, realizar las investigaciones y las informaciones necesarias. El reclamante deberá colaborar en estas gestiones.*

*”La administración hará intervenir a los agentes públicos participantes para que tomen parte en el expediente y colaboren en la apreciación del derecho y de los hechos que se denuncien en la reclamación, como también respecto a sus conductas.”*

*“Art. 75°. La reclamación deberá resolverse dentro de los cuatro meses de su promoción. Si la Administración Pública dentro de ese plazo no se hubiere pronunciado, el particular podrá denunciar la mora cuando lo considere conveniente. Si la administración no resolviera dentro de los dos meses de la mora denunciada, el particular tendrá abierta la vía jurisdiccional promoviendo el recurso*

*correspondiente cuando lo considere necesario. La demanda no podrá modificar el objeto y contenido de la reclamación administrativa.”*

*“Art. 76°. La decisión administrativa sobre la reclamación resarcitoria debe ser obligatoria para la administración aunque el particular haya promovido el recurso jurisdiccional respectivo.*

*”La decisión deberá establecer si hay culpabilidad, quién es el responsable y sobre el monto resarcible.*

*”La transacción o la aceptación del reclamo deberá hacerse previo dictamen del Asesor de Gobierno y del Fiscal de Estado.*

*”La opinión concurrente de estos dos órganos vinculará en forma obligatoria la decisión respectiva.”*

a) No compartimos en general el sistema que la ley instaura en este acápite, y la dificultad central que encontramos está precisamente en la determinación del cuántum del monto indemnizable, lo que es materia del presente artículo. No sabríamos decir si es prudente facultar a la administración a apreciar el monto de los perjuicios que puede haber sufrido un individuo, cuando se requieren pericias técnicas, contables, etc. En materia de contratos administrativos y especialmente obras públicas ello se realiza con cierta corrección, pero es un poco difícil predecir si lo mismo ocurrirá cuando el sistema se generalice a todo tipo posible de reclamo: Accidente de tránsito, lesiones corporales, etc.

Por otra parte, para que éste artículo pueda funcionar sería necesario modificar el art. 17 de la ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56), autorizando especialmente al Poder Ejecutivo a autorizar la apertura de créditos para pagar las sumas que resultaren de estos reclamos.

Además, el sistema se presta como es obvio a componendas.

b) Creemos preferible, para lograr la finalidad buscada por el artículo, el sistema que ya propusiéramos en nuestra tesis doctoral, recogido por el autor del actual proyecto en su anterior “Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional” (arts. 67 y 68), y consistente en establecer simplemente que en todo juicio seguido contra el Estado por indemnización de daños y perjuicios debía ser parte el funcionario público presuntamente autor del daño, a fin de que oportunamente se determinara judicialmente su responsabilidad.

*“Art. 77°. No será necesaria la reclamación administrativa previa en los siguientes casos:*

- ”a) Cobro de salarios, sueldos e indemnizaciones por accidentes de trabajo;*
- ”b) Repetición de pagos provenientes de ejecución de sentencias judiciales;*
- ”c) Sobre interdictos civiles;*
- ”d) Cuando se basen en la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas;*
- ”e) Cuando una norma expresa la excluya.”*

Consideramos que deben también exceptuarse los casos de cobro de indemnización por expropiación, dentro del sistema del proyecto, y que deben incorporarse las demás excepciones actualmente existentes. (*Supra*, cap. X, nota 16.)

*“Art. 78°. La Administración Pública no articulará judicialmente la defensa de prescripción mientras se sustanciaron las actuaciones administrativas y sólo podrá invocar el cómputo del plazo liberatorio a partir de la resolución final.”*

*“Comisión de control administrativo”*

*“Art. 79°. Créase la Comisión de Control Administrativo que será presidida por el Fiscal de Estado e integrada por un representante por cada ministerio, uno por los entes autárquicos y uno por la Dirección General de Escuelas; designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.”*

La idea básica de que parte el artículo es que debe haber un organismo que se encargue de fiscalizar permanentemente la regularidad de la vida administrativa, y la compartimos íntegramente. Su cristalización en el proyecto, en cambio, no la creemos conveniente.

Esta Comisión puede fácilmente convertirse en un cuerpo administrativo más, con un agravante: La de ser además un cuerpo deliberativo por el número de miembros con que se la integra. Un cuerpo deliberativo dentro de la Administración Pública nos parece que no puede funcionar eficientemente.

Nosotros sugeriríamos una modificación más estructural, en el orden nacional. En primer lugar suprimiríamos las funciones de contralor de *legitimidad* que erróneamente se han atribuido al Tribunal de Cuentas —organismo que por su constitución y competencia técnica no debe resolver problemas de índole puramente jurídica-, y crearíamos en su lugar una Fiscalía de Gobierno, o modificaríamos las funciones de la actual Procuración del Tesoro de la Nación.

A ese organismo creado o modificado, integrado por abogados como lo exige racionalmente la función de observar actos contrarios al orden jurídico e investigar en general infracciones al derecho, le conferiríamos las facultades de observación del art. 85 de la ley de contabilidad, a más de las que fija la presente ley. Ello exigiría además, desde luego, conferir al ente independencia funcional, funciones ejecutivas, facultad de iniciativa, y el indispensable asesoramiento técnico.

*“Art. 80°. Los miembros de la comisión deberán ser funcionarios de carrera jubilados o ex agentes con no menos de diez años de antigüedad en el ministerio que representan, de reconocidos méritos y que hayan cesado en la función activa con anterioridad mínima de seis meses a su designación. Durarán cuatro años en sus funciones y no podrán ser removidos sin previo retiro del acuerdo legislativo, que se requerirá fundadamente. Tampoco podrán ser designados nuevamente al término del plazo establecido, aunque no lo hayan cumplido íntegramente; goza-*

*rán de la retribución que se les asigne por presupuesto y los servicios que presten serán computables a los efectos jubilatorios.”*

Reiteramos lo comentado al art. 79.

*“Art. 81°. Corresponde a la Comisión:*

*”a) Tomar conocimiento de todas las denuncias o quejas de los administrados contra las decisiones irregulares o defectuosamente realizadas por agentes de la Administración Pública;*

*”b) Tomar conocimiento de todo incumplimiento de la presente ley, por denuncia, o por la obligada información que deberán hacerle llegar los directores generales de los ministerios sobre irregularidades comprobadas en los expedientes;*

*”c) Tomar conocimiento de las reclamaciones administrativas promovidas por daños, deducidas contra la Administración Pública y sus agentes;*

*”d) Realizar las investigaciones necesarias de los hechos a que se refieren los incisos precedentes y aconsejar a las autoridades lo que corresponda;*

*”e) Tomar conocimiento de las reclamaciones administrativas promovidas por daños, deducidas contra la Administración Pública y sus agentes;*

*”d) Realizar las investigaciones necesarias de los hechos a que se refieren los incisos precedentes y aconsejar a las autoridades lo que corresponda;*

*”e) Realizar los estudios necesarios para la racionalización, ordenación, aceleración de las actuaciones administrativas como también el cumplimiento de esta ley y sus decretos reglamentarios;*

*”f) Recopilar las interpretaciones sobre procedimiento administrativo a fin de organizar el repertorio de decisiones de la administración que deberá publicarse por períodos de tiempo determinado;*

*”g) Atender cualquier consulta referente a la organización de la administración y competencia de órganos, nombre y apellido de funcionarios responsables, ubicación de oficinas. Las consultas por escrito serán despachadas en la misma forma y en el término de 48 horas;*

*”h) Publicar anualmente una Memoria sobre la labor y las investigaciones realizadas.”*

*“Art. 82°. Los legisladores tendrán acceso a todas las actuaciones que se sustancien ante la Comisión de Control Administrativo, sin perjuicio de las facultades determinadas en la ley n° 4.650.”*

*“Art. 83°. Esta ley entrará a regir el 1° de enero de 1962.”*

### *Conclusiones*

a) Para concluir con el presente comentario, cabe señalar nuevamente que no obstante las discrepancias que pueden tenerse respecto al proyecto, es una obra de gran aliento, que ha encarado con mucha unidad orgánica, encomiable sentido

de progreso institucional, y notables aciertos, el muy difícil problema de dar el primer paso hacia la codificación del derecho administrativo.

Es de toda evidencia, por lo demás, que es imprescindible la sanción de una ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo. Debe pues oportunamente aprobarse tal como está el Proyecto del doctor FIORINI —notoriamente superior a la actual situación de incertidumbre e indefensión del administrado—, o continuarse efectivamente con su estudio para dar forma a un proyecto definitivo que pueda ser puesto prontamente en vigencia. Pero por sobre todo debe evitarse la inercia o el abandono completo de la idea, pues en la falta de protección y seguridad para el administrado y de responsabilidad para los administradores, está una de las más grandes fallas de la Administración Pública Nacional y la causa, a su vez, de gran parte de sus otros vicios y defecciones.

b) En lo que respecta a si el proyecto debe ser objeto de ley o de decreto del Poder Ejecutivo, cabe distinguir: a) Disposiciones que en principio deben ser hechas por ley (competencia, validez de los actos administrativos, inexigibilidad de la previa reclamación administrativa; b) disposiciones que pueden ser hechas indistintamente por ley o por decreto. (Son la mayoría: Procedimiento, recursos.) No cabe agregar, a nuestro juicio, una tercera hipótesis —disposiciones que sólo pudieran ser establecidas por decreto— ya que, según creemos haberlo demostrado, en nuestro sistema constitucional el Congreso puede legislar sobre cualquier actividad o acto del Poder Ejecutivo,<sup>14</sup> aunque se la haya otorgado directamente la Constitución. No debe olvidarse, a este respecto, que nuestro sistema constitucional es sustancialmente distinto del sistema francés, en que la Constitución de 1958 establece expresamente que el Parlamento sólo puede legislar en las materias que expresamente le designa, y deja librado a la administración reglamentar, sin sujeción a la ley, las demás materias. (Que quedan así reservadas a la administración y sustraídas a la legislación.) En nuestro sistema constitucional, en cambio, si bien hay materias sustraídas a la administración, no hay, a nuestro entender, materias sustraídas a la legislación. (Aunque éstas tienen como límite general el de la razonabilidad.)<sup>15</sup>

Entendemos por ello, en conclusión, que el Congreso tiene amplias facultades para dictar una ley como la que aquí se contempla.

<sup>14</sup> Lo tratamos con detalle en *El acto administrativo*, pp. 13-41, donde analizamos caso por caso las distintas facultades del Poder Ejecutivo establecidas en la Constitución, mostrando cómo todas ellas pueden ser objeto de regulación legislativa, y de hecho lo están.

<sup>15</sup> Al respecto ver LINARES, *El debido proceso*, *op. cit.*, y nuestro trabajo citado en la nota precedente, pp. 39-41.

## APÉNDICE

### SUMARIO

<i>Decreto 20.003/33</i> (primer decreto orgánico sobre recurso jerárquico, sustituido luego por decreto 7520/44).....	PRA-A-1
<i>Decreto 51.192/34</i> (declarando la aplicabilidad del recurso jerárquico a las entidades descentralizadas, también sustituido por el decreto 7520/44).....	PRA-A-3
<i>Decreto 7520/44</i> , sobre recurso jerárquico.....	PRA-A-3
<i>Decreto 21.680/49</i> , sobre término para interposición del recurso de revocatoria .....	PRA-A-6
<i>Decreto 19.041/51</i> , sobre cómputo de los términos de los recursos de revocatoria y jerárquico.....	PRA-A-6
<i>Decreto 2126/61</i> , sobre autoridades competentes para resolver el recurso de revocatoria .....	PRA-A-7
<i>Ley 3952, con la modificación de la ley 11.634</i> , sobre demandas contra la Nación y previa reclamación administrativa .....	PRA-A-8



## APÉNDICE

*Decreto 20.003/33 (B. O. 11-IV-1933, p. 392)*  
*(sustituído por el decreto 7520/44)*

Buenos Aires, abril 7 de 1933.

### CONSIDERANDO:

Que es necesario atribuir a los administrados un medio jurídico para proteger sus derechos e intereses legítimos cuando ellos fueran lesionados por actos de funcionarios u órganos administrativos, en especial de la administración de la enseñanza;

Que a eso responde la institución del recurso jerárquico, no como un medio graciable, sino jurisdiccional y, en consecuencia, debe regularse de acuerdo con preceptos de derecho;

Por ello,

*El Presidente de la Nación Argentina*, en Acuerdo de Ministros

### DECRETA:

Artículo 1º. Todo recurso jerárquico promovido ante el Poder Ejecutivo, se presentará por escrito ante el Ministerio respectivo, observándose las siguientes formalidades:

1º) Nombre y estado civil del recurrente, constitución del domicilio en la Capital Federal y expresión del domicilio real.

2º) Determinación del recurso, y certificación de haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emanó la resolución recurrida.

Art. 2º. Se entenderá para este trámite que ha sido denegado el pedido de revocatoria cuando no fuera resuelto dentro del término de diez días a contar desde la presentación del pedido.

Art. 3°. El escrito del recurso deberá ser presentado con su respectiva copia y rubricadas todas las hojas por el recurrente. Al escrito deberá acompañarse copia de las actuaciones y documentos esenciales del expediente administrativo relativo al recurso.

El recurrente podrá actuar por persona autorizada mediante mandato regular.

El menor adulto no podrá recurrir sin autorización de su padre, tutor o guardador; pero si no tuviera autorización, podrá presentarse aduciendo el motivo de la falta de ese requisito y el Ministerio decidirá si debe darse entrada al recurso.

Art. 4°. La Mesa de Entradas después de examinar el estado material de las piezas y documentos presentados, dará al recurrente comprobante de la presentación expresando el nombre de aquél, denominación del recurso y número de fojas del escrito y documentación acompañada.

El jefe de Mesa de Entradas podrá exigir al recurrente la ratificación de la firma en su presencia cuando lo juzgue necesario para probar la identidad de aquél.

Art. 5°. Recibido el escrito y la documentación pertinente, el jefe de Mesa de Entradas llevará el expediente al Ministro, para la resolución que corresponda. La copia se remitirá a la autoridad administrativa que dictó la resolución objeto del recurso.

Art. 6°. Si a juicio del Ministro los elementos probatorios no fueren suficientes para dictar decisión, ordenará, a petición de parte o de oficio, la presentación de la prueba que estime pertinente.

Producida la prueba dará vista al recurrente y a la autoridad administrativa interesada, para que presenten memorial o aduzcan, por una sola vez, nuevos motivos en favor de la admisión del recurso, o de su rechazo, respectivamente.

Art. 7°. Cuando se tratara de concepto personal o de legajo que deba presentarse al Poder Ejecutivo, el funcionario que lo presente dará vista previamente al funcionario o empleado al cual se refiere el concepto o legajo, quien formulará las observaciones que juzgare necesarias en el mismo expediente; pero podrá formularlas en recurso directo al Ministerio, si para, ello hubiere motivo fundado que lo expresará.

Art. 8°. Los directores generales, los inspectores generales y directores generales de administración, producirán informe, sobre todo asunto que corresponda a su dependencia. Producido el informe, el Subsecretario dará dictamen formulando las conclusiones definitivas y cumplido este trámite pasará el asunto a decisión del Poder Ejecutivo.

Art. 9°. En los casos en que legalmente corresponda la intervención del Procurador del Tesoro se comunicará a éste la promoción del recurso después de la primera providencia.

Art. 10. La decisión definitiva se dictará en decreto o resolución según corresponda de acuerdo a la Constitución (Art. 89) y la Ley Orgánica de los Ministerios. Esta decisión será siempre ejecutoria y se notificará en el término de tres días al recurrente y al órgano administrativo que deba hacerla cumplir. El Poder Ejecutivo puede, de oficio o a petición de parte, suspender o diferir la ejecución del decreto si un fundado interés de orden administrativo lo justifica.

Art. 11. Publíquese, comuníquese, anótese y dése al Registro Nacional.

*Decreto 51.192/34. (B. O. 12/11/35, p. 378)*  
*(sustituído por decreto 7520/44)*

Buenos Aires, noviembre 7 de 1934.

51.192 - 4290 - Expte. 9556-G-1933-M. O. P. — Visto las actuaciones producidas en este expediente, relacionadas con la promoción del recurso jerárquico instituido por Decreto en Acuerdo de Ministros, n° 20.003, de fecha 7 de abril de 1933, y

Teniendo en cuenta los dictámenes producidos por los señores Procurador del Tesoro —fojas 12/13— y Procurador General de la Nación —fojas 20 y 31— sobre la procedencia del expresado recurso respecto de las decisiones de las entidades autárquicas,

*El Presidente de la Nación Argentina, en Acuerdo de Ministros*

DECRETA:

Artículo 1°. Declárese que el recurso jerárquico creado por Decreto en Acuerdos de Ministros de fecha 7 de abril de 1933, comprende a las reparticiones autárquicas.

Art. 2°. Comuníquese, publíquese, dése al Registro Nacional, anótese y fecho, vuelva a la Administración General de los Ferrocarriles del Estado, a los fines que correspondan.

*Decreto 7.520/44*

Buenos Aires, 8 de marzo de 1944.

CONSIDERANDO:

Que es necesario dar la mayor amplitud y certeza a las garantías jurisdiccionales en la esfera de la Administración Pública dentro del sistema constitucional, tanto para los administrados como para los funcionarios;

Que al ejercer el Poder Administrador el contralor de legitimidad respecto de los actos de cualquier naturaleza emanados de los órganos administrativos

centralizados o descentralizados, no afecta la competencia que ellos tienen para resolver originariamente;

Que la revisión fundada en consideraciones de equidad, moralidad y justicia sobre los actos administrativos, tiende lógicamente a evitar en lo posible acciones judiciales contra la Nación;

Que es conveniente para la mejor realización de los fines indicados y los considerandos que preceden, simplificar los trámites, ampliar algunas disposiciones de los decretos del 7 de abril de 1933, 7 de noviembre de 1934 y 7 de abril de 1939<sup>1</sup> y refundir en un solo cuerpo los preceptos vigentes;

*El Presidente de la Nación Argentina*, en Acuerdo General de Ministros,

DECRETA:

Artículo 1°. Procederá el recurso jerárquico contra las decisiones dictadas por funcionarios públicos, órganos centralizados y entidades autárquicas, cuando ellas lesionen derechos o intereses legítimos de administrados, funcionarios o empleados.

No se admitirá recurso jerárquico contra las medidas preparatorias de decisiones administrativas, ni contra los informes administrativos, ni contra los actos de las entidades autárquicas cuando éstas hubiesen obrado como personas jurídicas civiles,

Art. 2°. Todo recurso jerárquico promovido ante el Poder Ejecutivo se presentará por escrito ante el Ministerio respectivo, de acuerdo con las siguientes formalidades:

1°) Nombre y estado civil del recurrente, constitución del domicilio en la Capital Federal y expresión del domicilio real.

2°) Citas o documentos que acrediten legalmente la identidad del recurrente.

3°) Determinación del recurso y afirmación de haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emanó la resolución recurrida, o de provenir la resolución directamente de la misma autoridad mencionada.

Art. 3°. Se entenderá, para este trámite, que ha sido denegado el pedido de revocatoria cuando no fuese resuelto dentro del término de diez días a contar desde su presentación.

Art. 4°. El recurso jerárquico deberá ser promovido en el término de quince días, a partir de la notificación de la denegatoria o vencido el plazo de diez días a que se refiere el artículo anterior.

Art. 5°. El recurrente podrá actuar por persona autorizada mediante mandato regular.

<sup>1</sup> Se trata de un error, pues no existe tal decreto del "7 de abril de 1939" referido a esta materia.

El menor adulto podrá recurrir con autorización de su padre, tutor o guardador; pero si no tuviera autorización podrá presentarse aduciendo el motivo de la falta de ese requisito, y el Ministerio decidirá si debe darse entrada al recurso.

Art. 6°. La Mesa de Entradas dará al recurrente comprobantes de la presentación.

El Jefe de la Mesa de Entradas podrá exigir al recurrente la ratificación de su firma cuando lo juzgue necesario para probar la identidad personal.

Art. 7°. Recibido el escrito, el Ministro lo proveerá solicitando de la autoridad administrativa que dictó la resolución objeto del recurso, el envío de las respectivas actuaciones y antecedentes, fijando para ello un término perentorio.

Art. 8°. Si a juicio del Ministro los elementos probatorios no fuesen suficientes para dictar decisión definitiva, ordenará a petición de parte o de oficio, la presentación de la prueba que estime pertinente.

Producida la prueba se dará vista al recurrente y a la autoridad administrativa interesada, para que presenten memorial, o para que aduzcan, por una sola vez, nuevos motivos en favor de la admisión del recurso o de su rechazo.

Art. 9°. De las informaciones sobre concepto o legajo personal se dará vista al interesado, quien podrá formular sus observaciones en el mismo expediente o directamente ante el Ministerio. Se omitirá la vista si se tratase de información reservada.

Art. 10°. Las Direcciones Generales, los Inspectores Generales y los Directores Generales de Administración, producirán informes sobre todo asunto que corresponda a su respectiva oficina. Producidas las pruebas y presentados los informes y las alegaciones, el Subsecretario formulará en dictamen, las conclusiones sobre el asunto.

Art. 11°. En todo recurso jerárquico en que haya interés fiscal, se dará vista al Procurador del Tesoro.

Art. 12°. El Procurador del Tesoro dictaminará en las resoluciones condenatorias de la Contaduría General, contra las cuales se interponga recurso jerárquico, pero el recurrente deberá previamente efectuar el pago o consignación de acuerdo con lo establecido en el art. 76 de la Ley de Contabilidad.

Art. 13°. La decisión definitiva se dictará en decreto o resolución, según corresponda, de acuerdo con la Constitución (art. 89) y la Ley Orgánica de los Ministerios. Esta decisión será siempre ejecutoria y se notificará en el término de tres días, al recurrente y al órgano administrativo que deba hacerla cumplir. El Poder Ejecutivo puede de oficio o a petición de parte, suspender o diferir la ejecución de la decisión, si un interés fundado de orden administrativo lo justifica.

Art. 14°. Con excepción de las normas de procedimientos establecidas en las leyes y reglamentos para casos especiales, deróganse las disposiciones que se opongan al presente decreto.

Art. 15°. Publíquese, comuníquese y archívese.

*Decreto n° 21.680/49<sup>2</sup>*

Buenos Aires, 6 de setiembre 1949.

VISTO la necesidad de complementar las disposiciones que sobre Recurso Jerárquico establece el Acuerdo General de Ministros N° 7.520/44, de fecha 28 de Marzo de 1944, y CONSIDERANDO: Que dicho decreto no prevé el plazo dentro del cual debe interponerse el recurso de revocatoria, trayendo como consecuencia la actualización extemporánea de expedientes que han estado paralizados, a veces durante años, con el consiguiente recargo de las tareas de despacho, demora de aquéllos y, en muchos casos, la pérdida de pruebas y testimonios que al tiempo de la resolución que se recurre pudieran haber existido; Que, por otra parte, es propósito, repetidamente enunciado, del Gobierno de la Nación, agilizar el trámite administrativo, haciendo de él un instrumento eficiente y apto para llenar sus finalidades; por ello,

*El Presidente de la Nación Argentina*, en Acuerdo General de Ministros,

DECRETA:

Artículo 1°. El recurso de revocatoria, al cual se refiere el artículo 2°, apartado 3°, primer párrafo, del Derecho número 7.520/44, deberá ser interpuesto dentro de los quince días de la notificación de la resolución que se recurra.

Art. 2°. Comuníquese, publíquese, anótese, dése a la Dirección General del Registro Nacional y archívese.

*Decreto n° 19.041/51<sup>3</sup>*

Buenos Aires, 25 de setiembre de 1951.

VISTO: La necesidad de completar las disposiciones de carácter procesal que sobre Recurso Jerárquico y Recurso de Revocatorias establecen los Decretos números 7.520 y 21.680, dictados en Acuerdo General de Ministros de fecha 28 de marzo de 1944 y 6 de diciembre de 1949, respectivamente, y, CONSIDERANDO: Que como dichos decretos no prevén el modo de contar los intervalos de derecho, corresponde

<sup>2</sup> Publicado en el B.O. del 13-IX-1949, p. 1.

<sup>3</sup> Publicado en el B.O. del 3-X-1951, p. 1.

computar los días feriados, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil; Que la práctica ha demostrado la conveniencia de adoptar para los recursos jerárquico y de revocatoria los mismos principios de derecho procesal que han presidido la elaboración de normas legislativas y reglamentarias sobre recursos administrativos, en cuanto limitan el cómputo de los plazos a días hábiles; que corresponde dejar así mismo determinado que por días hábiles cabe entender aquéllos en que funciona la Administración Nacional.

*El Presidente de la Nación Argentina*, en Acuerdo General de Ministros,

DECRETA:

Artículo 1°. Para computar los plazos a que se refiere el Decreto número 7.520/944 y su complementario número 21.680/49, sólo se contarán los días hábiles administrativos.

Art. 2°. Comuníquese, publíquese, anótese, dése a la Dirección General del Registro Nacional y archívese.

*Decreto n° 2.126/61*<sup>4</sup>

Buenos Aires, 20 de marzo de 1961.

CONSIDERANDO: Que el recurso jerárquico disciplinado en el Decreto número 7.520/44, tiene por uno de sus fines el de brindar a los administrados un medio eficaz de defender sus derechos e intereses legítimos: Que a este efecto urge reglamentarlo con la mayor claridad posible, máxime teniendo en cuenta que en el procedimiento administrativo no es requisito indispensable la asistencia letrada; Que durante la vigencia del Decreto N° 7.520/44, se han advertido dificultades de interpretación del inc. 3°) in fine del artículo 2° de dicho decreto, que han dado lugar a la demora en la resolución de los recursos planteados, provocando tal retardo el consiguiente perjuicio, tanto para los administrados como para la misma Administración; Que lo resuelto en este decreto sobre la autoridad a la que corresponde decidir el recurso de revocatoria del Decreto N° 7.520/944, es, sin perjuicio de la potestad fiscalizadora que sobre los actos de sus inferiores jerárquicos compete a los Ministros y Secretarios de Estado (Ley 14.439, artículo 2°, inc. 8) y 3); Por ello,

*El Presidente de la Nación Argentina*

DECRETA:

Artículo 1°. El recurso de revocatoria a los efectos del Decreto número 7.520/944, será resuelto por las autoridades superiores de las entidades descen-

<sup>4</sup> Publicado en el B.O. del 7-IV-1961, p. 1.

tralizadas y por los funcionarios de la Administración Central con jerarquía inmediata inferior a la de Subsecretario de Ministro o Secretaría de Estado.

Contra las decisiones de las autoridades y funcionarios enumerados en el párrafo primero, y de los funcionarios de jerarquía superior en cada departamento, corresponderá directamente el recurso jerárquico, salvo las excepciones en las normas vigentes.

Art. 2°. El presente decreto será refrenado por los señores Ministros y firmado por los Secretarios de Estados.

Art. 3°. Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección General del Boletín Oficial e Imprentas y archívese.

*Ley 3952 (1900)*

*Con la modificación de la ley 11.634 (1932)*

Art. 1°. Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el P.E. y su denegación por parte de éste.<sup>5</sup>

Art. 2°. Si la resolución de la administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos.

Art. 3°. La demanda se comunicará por oficio al P.E., por conducto del Ministerio respectivo y al procurador fiscal, el cual deberá proceder previa consulta y con sujeción a las instrucciones que le transmita dicho Ministerio.

Art. 4°. El término para contestar será de treinta días, y el mayor que corresponda según las distancias con arreglo a las leyes vigentes si la demanda se dedujere fuera del territorio de la Capital de la República.

Dentro de igual término se deducirán las excepciones dilatorias que correspondan.

Si se interpusieren éstas, el término para contestar la demanda, una vez resueltas, serán de quince días.

<sup>5</sup> El texto originario de la ley 3952 decía: "Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el P.E., y su denegación por parte de éste."

Art. 5°. La Suprema Corte conocerá de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones definitivas de los jueces en los casos a que se refiere la presente ley, según el procedimiento señalado para la tramitación de las apelaciones concedidas libremente.

Art. 6°. Los jueces letrados de los territorios nacionales elevarán en consulta ante la Suprema Corte, aun cuando no se interponga apelación, todas las sentencias definitivas que pronuncien en los casos comprendidos en la presente ley.

Art. 7°. Las decisiones que se pronuncien en estos juicios, cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda.

Art. 8°. Comuníquese, etc.



### Bibliografía

- ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed.
- ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I y II, Milán, 1949/50.
- ALSINA, HUGO, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1956.
- ÁLVAREZ GENDÍN, SABINO, *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960.
- AMORTH, ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939.
- Voz “Ricorso Gerarchico,” en el *Nuovo Digesto Italiano*, t. XI, Turín, 1939, p. 668 y ss.
- ANDREOZZI, MANUEL, *La materia contenciosoadministrativa*, Tucumán, 1947.
- ARGAÑARÁS, MANUEL J., *Tratado de lo contenciosoadministrativo*, Buenos Aires, 1955.
- BACHOF, OTTO, “Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung,” en *Festschrift für Laforet*, 1952, p. 285 y ss.
- BALLBÉ, MANUEL, “La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa),” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª época, Madrid, 1957, p. 5 y ss.
- BECKER, FRANZ, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960.
- BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed.
- BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Procedimiento administrativo municipal*, Buenos Aires, 1946.
- BETTERMANN, KARL AUGUST, “Das Verwaltungsverfahren,” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 17, Berlín, 1959.
- BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1958.
- *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, 1950.
- *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1957.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional," *JA*, 1960-II, p. 627 y ss.

—"Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial," en *Rev. del Col. de Abogados de La Plata*, n° 6, La Plata, 1961, p. 343 y ss.

BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951.

—*El Procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953.

—"La institución del Attorney General en los EE.UU.," *LL*, 80: 913.

CALAMANDREI, PIERO, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1954.

CANASI, JOSÉ, "Los recursos jerárquico y de revocatorio y del decreto no 2126/61," *Anales de Legislación Argentina*, t. XXI-A, p. 441 y ss.

CANNADA BARTOLI, EUGENIO, *La tutela giuridizaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milán, 1956.

CAPITANT, HENRI, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1961.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, Buenos Aires, 1959.

COSTA, AGUSTIN A., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950.

COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, 3ª ed.

D'ALESSIO, FRANCESCO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, t. II, Turín, 1934.

DEBBASCH, CHARLES, *Procédure administrative contentieuse at procedure civile*, t.2, Aix-en-Provence, 1960.

DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed.

—*Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963.

DOMÍNGUEZ, ALBERTO, "El problema de la responsabilidad del Estado," *Anuario del Instituto de Derecho Público*, t. VIII, Rosario, 1948, p. 95 y ss.

DUEZ, PAUL y DEBEYRE, GUY, *Traité de droit administratif*, París, 1952.

FIORINI, BARTOLOMÉ, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963.

—"Inexistencia de acto administrativo jurisdiccional," *LL*, 101: 1027 y ss.

—*La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1952.

—*Teoría de la justicia administrativa*, Buenos Aires, 1944.

FLEINER, FRITZ, *Les principes généraux du droit administratif allémand*, París, 1933.

FONROUGE, GIULIANI y BELLO, JUAN E., *Procedimiento impositivo*, Buenos Aires, 1963.

FORSTHOFF, ERNST, *Tratato de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958.

—Comentario en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 17, Berlín, 1959, p. 222.

FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, 1958.

FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1948.

GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative*, París, 1960.

GARCIA DE ENTERÍA, EDUARDO, "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición," *Revista de Administración Pública*, n° 29, Madrid, 1960, p. 164 y ss.

GARRIDO FALLA, FERNANDO, "El interés para recurrir en agravios," *Revista de Administración Pública*, n° 9, Madrid, 1952, p. 157 y ss.

—*Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956.

—*Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1961.

GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952.

GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1952.

—"Programa de la ciencia jurídica como ciencia socio-dike-normológica," *Anuario del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*, t. I, La Plata, 1962.

—"Teoría tridimensional del mundo jurídico," *ED*, 11 de diciembre de 1962.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955.

—*Los recursos administrativos*, Madrid, 1960.

GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Madrid, 1943.

GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, reimpresión.

HAURIOU, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, París, 1929.

HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953.

HEREDIA, HORACIO H., "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1945, n° 2, p. 251 y ss.

—*Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942.

HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954.

IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, 3ª ed.

JEANNEAU, BENOIT, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954.

JÈZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1949.

KORNPROBST, BRUNO, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, París, 1959.

KRUGER, HERBERT, "Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung," en *Festgabe für Rudolf Smend*, 1952, p. 219 y ss.

LANGROD, GEORGES, "El procedimiento administrativo no contencioso," *LL*, 106: 1124 y ss.

LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1957.

LINARES, JUAN FRANCISCO, “Efectos suspensivos de los recursos ante la administración,” *LL*, 85: 906 y ss.

—“El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica,” *LL*, 24: 178 y ss., sec. doctr.

—“Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” *LL*, 54: 776 y ss.

—*Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, 1946.

—*Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958.

—*El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944.

LUQUI, JUAN CARLOS, “El recurso jerárquico,” *JA*, 1944-I, p. 29, sec. doctr.

MARIENHOFF, MIGUEL S., “Actividad «jurisdiccional» de la Administración,” *JA*, 1962-IV, p. 102 y ss., sec. doctr.

—“Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas,” *JA*, 1962-III, p. 77 y ss., sec. doctr.

—“Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad,” *JA*, 1961-VI, p. 62 y ss., sec. doctr.

—“Ley de demandas contra la nación. Su ámbito de aplicación,” *JA*, 1962-VI, p. 43 y ss.

—*Dominio público. Protección jurídica del usuario*, Buenos Aires, 1955.

MARTÍN, RETORTILLO, CIRILO, *Nuevas notas sobre lo contencioso administrativo*, Madrid, 1951.

MELICHAR, ERWIN, “Das Verwaltungsverfahren,” en *Veröffentlichungen...*, *op. cit.*

NAI, SIRO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milán, 1957.

NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959.

ODENT, RAYMOND, *Contentieux administratif*, t. II, París, 1958.

PEARSON, MARCELO MARIO, “El recurso de revocatoria en la administración nacional,” *Revista de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, año 5, n° 20, julio-agosto de 1950, p. 998 y ss.

—*Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1954.

PERA VERDAGUER, FRANCISCO, *Jurisprudencia administrativa y fiscal*, Barcelona, 1960.

PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949.

PODETTI, RAMIRO J., *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958.

PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938.

REAL, ALBERTO RAMÓN, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas.” *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, 1948, sec. 2 (doctrina), p. 47 y ss.

—“Recursos administrativos,” *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, 1962, t. 3, n° 1/4, p. 19.

—“Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo,” *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1963, t. 60, n° 2/3, p. 55 y ss.

—*Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958.

REDENTI, ENRICO, *Diritto processuale civile*, t. II, Milán, 1953.

RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO CÉSAR, *Relaciones de las entidades autárquicas con la administración central*, Mendoza, 1943.

ROYO VILLANOVA, A. y S. *Elementos de derecho administrativo*, t. II, Valladolid, 1955.

SANDULLI, ALDO M., *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1959, reimpresión.

SANGUINETTI, HORACIO L., *Régimen administrativo de la Universidad*, Buenos Aires, 1963.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Montevideo, 1953.

*Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo*, NACIONES UNIDAS, Buenos Aires, 31 de agosto al 11 de setiembre de 1959. (Mimeógrafo.)

SERRANO GUIRADO, ENRIQUE, “El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo,” *Revista de Administración Pública*, n° 4, Madrid, 1951, p. 129 y ss.

SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, 1950.

SPOTA, ALBERTO G., “La ley de demandas contra la Nación y la pretendida doble personalidad del Estado,” *Anales de Legislación Argentina*, t. 1889-1919, p. 490 y ss.

SCHWARZ, BÉRNARD, *Le droit administratif Américain*, París, 1952.

TÁCITO, CAIO, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959.

ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed.

VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961.

VILLAR y ROMERO, JOSÉ MARÍA, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1948, 2ª ed.

VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950.

VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959.

WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961.

WILLOUGHBY, WESTER WOODBURY, *The Constitutional Law of the United States*, t. III, Nueva York, 1929.

WOLFF, HANS J. *Verwaltungsrecht, I*, Munich y Berlín, 1959, 4ª ed.

WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act, analyzed and annotated*, Nueva York, 1957.

ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958.







Tratado de Derecho  
Administrativo  
y obras selectas

TOMO 5

**Primera edición**

**Libro IV**

**PROYECTO DE  
CÓDIGO ADMINISTRATIVO**



Tratado de Derecho  
Administrativo  
y obras selectas

TOMO 5

Primera edición

Libro IV

PROYECTO DE  
CÓDIGO ADMINISTRATIVO

1ª edición, Buenos Aires, 1964  
Reproducido en *Introducción al derecho administrativo*,  
Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed.

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS

TOMO V

Libro IV

PROYECTO DE CÓDIGO ADMINISTRATIVO

1ª edición, Buenos Aires, 1964

Reproducido en Introducción al derecho administrativo,

Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed.

Reimpresión como Libro IV del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. V, Buenos Aires, FDA, 2012

## PROYECTO DE CÓDIGO ADMINISTRATIVO

### SUMARIO

1. Distintas orientaciones.....	PCA-1
2. Tipo de codificación preferible.....	PCA-1
3. Un proyecto de Código Administrativo.....	PCA-2
4. Principales abreviaturas empleadas en el código .....	PCA-3
<i>Libro I. Régimen jurídico de la administración pública .....</i>	<i>PCA-4</i>
Título Preliminar .....	PCA-4
Sección I .....	PCA-4
Título I — De la competencia.....	PCA-4
Cap. 1º — De la competencia en general .....	PCA-4
Cap. 2º — De los conflictos de competencia dentro de una misma Secretaría.....	PCA-5
Cap. 3º — De los conflictos de competencia entre órganos de distintas Secretarías .....	PCA-5
Cap. 4º — Disposiciones comunes a los conflictos de competencia ..	PCA-6
Cap. 5º — De las cuestiones de competencia planteadas por los interesados.....	PCA-6
Cap. 6º — De la delegación de competencia .....	PCA-6
Cap. 7º — Delegación de competencia delegada .....	PCA-7
Cap. 8º — Revocación de la delegación de competencia .....	PCA-7
Cap. 9º — De la avocación .....	PCA-8
Título II — De la jerarquía administrativa.....	PCA-8
Cap. 1º — Del poder jerárquico.....	PCA-8
Cap. 2º — Del deber de obediencia .....	PCA-8
Título III — De los funcionarios públicos.....	PCA-9
Cap. 1º — Del concepto de funcionario público .....	PCA-9
Cap. 2º — De los funcionarios y los administrados.....	PCA-9
Cap. 3º — De la responsabilidad administrativa de los funciona-	

rios públicos .....	PCA-10
Cap. 4º — De la responsabilidad civil de los funcionarios públicos .....	PCA-11
Título IV — De la desconcentración y de la descentralización administrativa .....	PCA-13
Cap. 1º — De la desconcentración.....	PCA-13
Cap. 2º — De la descentralización .....	PCA-14
Cap. 3º — De la intervención al ente descentralizado.....	PCA-14
Cap. 4º — Del término de la intervención .....	PCA-15
Sección II.....	PCA-17
Título I — De los elementos y requisitos del acto administrativo .....	PCA-17
Cap. 1º — Del acto administrativo en general .....	PCA-17
Cap. 2º — Del objeto del acto .....	PCA-17
Cap. 3º — De la competencia .....	PCA-17
Cap. 4º — De los requisitos de la voluntad previos a la emisión del acto.....	PCA-17
Cap. 5º — De los requisitos de la voluntad en la emisión del acto.....	PCA-18
Cap. 6º — De los requisitos de la emisión de la voluntad en los órganos administrativos colegiados.....	PCA-19
Cap. 7º — De las formas de documentación .....	PCA-20
Cap. 8º — De la notificación del acto .....	PCA-21
Título II — De los vicios del acto administrativo.....	PCA-22
Cap. 1º — De los vicios en general.....	PCA-22
Cap. 2º — De los vicios del objeto .....	PCA-23
Cap. 3º — De los vicios de la competencia.....	PCA-24
Cap. 4º — De los vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto.....	PCA-25
Cap. 5º — De los vicios de la voluntad en la emisión del acto.....	PCA-25
Cap. 6º — De los vicios de forma.....	PCA-26
Título III — De las nulidades y de la inexistencia del acto administrativo .....	PCA-26
Cap. 1º — De las nulidades en general.....	PCA-26
Cap. 2º — De la anulabilidad .....	PCA-27
Cap. 3º — De la nulidad .....	PCA-27
Cap. 4º — De la inexistencia .....	PCA-27
Título IV — De la eficacia del acto administrativo.....	PCA-28
Cap. 1º — De la presunción de validez .....	PCA-28
Cap. 2º — De la ejecutividad.....	PCA-28
Cap. 3º — De la ejecutoriedad.....	PCA-29
Cap. 4º — De la ejecución directa por administración en la remo- ción de obstáculos en bienes de dominio público .....	PCA-29

Cap. 5º — De la ejecución directa por administración de otras obras o trabajos .....	PCA-30
Cap. 6º — De la ejecución directa por administración de las sanciones administrativas .....	PCA-31
Cap. 7º — De la ejecución subsidiaria por terceros.....	PCA-32
Título V — La extinción del acto administrativo.....	PCA-32
Cap. 1º — De la extinción del acto en general.....	PCA-32
Cap. 2º — De los efectos de la extinción .....	PCA-33
Cap. 3º — De la revocación en general .....	PCA-34
Cap. 4º — De la revocación por ilegitimidad.....	PCA-34
Cap. 5º — De la revocación por oportunidad.....	PCA-35
Cap. 6º — De la caducidad .....	PCA-36
Sección III .....	PCA-37
Título único — De los reglamentos administrativos.....	PCA-37
Cap. 1º — Del concepto y requisitos de los reglamentos .....	PCA-37
Cap. 2º — Del régimen jurídico de los reglamentos. Impugnación.	PCA-37
Cap. 3º — De las circulares e instrucciones .....	PCA-38
<i>Libro II. Del procedimiento administrativo .....</i>	<i>PCA-38</i>
Sección I .....	PCA-38
Título I — Del procedimiento administrativo en general.....	PCA-38
Cap. 1º — Del procedimiento administrativo en general .....	PCA-38
Cap. 2º — Del debido proceso.....	PCA-38
Cap. 3º — De la legalidad objetiva en el procedimiento administrativo.....	PCA-39
Cap. 4º — De la oficialidad en el procedimiento .....	PCA-40
Cap. 5º — Del informalismo en favor del administrado .....	PCA-41
Título II — De las actuaciones administrativas .....	PCA-42
Cap. 1º — De los expedientes administrativos.....	PCA-42
Cap. 2º — De la vista de las actuaciones.....	PCA-42
Cap. 3º — De la reserva de las actuaciones.....	PCA-43
Cap. 4º — De los traslados para la audiencia de los interesados...	PCA-44
Sección II. Instituciones del procedimiento administrativo.....	PCA-45
Título I — De las partes en el procedimiento administrativo.....	PCA-45
Cap. 1º — De la capacidad para ser parte.....	PCA-45
Cap. 2º — De los terceros en el procedimiento.....	PCA-46
Cap. 3º — De la sustitución de partes .....	PCA-46
Cap. 4º — De la representación de las partes .....	PCA-47
Cap. 5º — Del patrocinio de las partes .....	PCA-48
Cap. 6º — De la legitimación de las partes .....	PCA-48
Título II — Del administrador en el procedimiento administrativo..	PCA-49

Cap. 1° — De las facultades y deberes del administrador respecto al trámite .....	PCA-49
Cap. 2° — De las facultades y deberes respecto a la defensa de las partes y a la prueba.....	PCA-50
Cap. 3° — De las facultades y deberes respecto a la decisión sobre el fondo de los recursos .....	PCA-50
Cap. 4° — Disposiciones comunes.....	PCA-51
Cap. 5° — De la excusación y recusación de los funcionarios.....	PCA-52
Título III — De la publicidad de los actos en el procedimiento administrativo .....	PCA-52
Cap. 1° — De la publicidad en general .....	PCA-52
Cap. 2° — De la notificación .....	PCA-52
Cap. 3° — De la publicación .....	PCA-53
Título IV — De los términos administrativos .....	PCA-54
Cap. 1° — De los términos en general .....	PCA-54
Cap. 2° — De la interrupción de los términos .....	PCA-55
Cap. 3° — De la suspensión de los términos .....	PCA-56
Cap. 4° — De los términos en particular .....	PCA-57
Título V — De la intervención de las partes en el procedimiento administrativo y de los recursos en general .....	PCA-58
Cap. 1° — De la intervención verbal de las partes.....	PCA-58
Cap. 2° — De los escritos presentados por los interesados.....	PCA-58
Cap. 3° — De los recursos y reclamaciones en general, y sus requisitos. De las denuncias .....	PCA-60
Cap. 4° — De la documentación acompañada .....	PCA-61
Cap. 5° — De los actos impugnables mediante recurso.....	PCA-63
Cap. 6° — De los efectos de la interposición del recurso.....	PCA-63
Título VI — De los recursos y reclamaciones en particular .....	PCA-64
Cap. 1° — Del recurso jerárquico menor .....	PCA-64
Cap. 2° — Del recurso jerárquico mayor .....	PCA-64
Cap. 3° — Del recurso de queja.....	PCA-64
Cap. 4° — De las reclamaciones y denuncias .....	PCA-65
Título VII — De la prueba.....	PCA-65
Cap. 1° — De la apertura de la prueba.....	PCA-65
Cap. 2° — Del gobierno y producción de la prueba .....	PCA-66
Cap. 3° — Nuevas pruebas .....	PCA-66
Título VIII — De la decisión de los recursos y reclamaciones de las partes .....	PCA-67
Cap. 1° — Del trámite previo a la decisión.....	PCA-67
Cap. 2° — De los caracteres de la decisión .....	PCA-68
Sección III. De la fiscalía municipal .....	PCA-68

Título I — Del recurso de apelación ante la fiscalía municipal.....	PCA-68
Cap. 1º — De los actos impugnables mediante el recurso de apelación .....	PCA-68
Cap. 2º — Del término para interponerlo.....	PCA-68
Cap. 3º — Del trámite del recurso .....	PCA-69
Cap. 4º — De la aplicación del Libro II.....	PCA-69
Cap. 5º — De la decisión del recurso de apelación.....	PCA-69
Cap. 6º — De los recursos contra la decisión de la Fiscalía en el recurso de apelación .....	PCA-70
Cap. 7º — De los alcances de la decisión y la observación del Intendente Municipal.....	PCA-71
Título II — De la fiscalía municipal .....	PCA-71
Cap. 1º — De la organización de la Fiscalía Municipal .....	PCA-71
Cap. 2º — De la competencia y atribuciones de la Fiscalía Municipal .....	PCA-72
Cap. 3º — Del nombramiento y remoción del Fiscal Municipal.....	PCA-72
Cap. 4º — De la jurisprudencia de la Fiscalía Municipal.....	PCA-73



## PROYECTO DE CÓDIGO ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>

### 1. *Distintas orientaciones*

La codificación del derecho administrativo es vista en general por la doctrina tradicional desde puntos de vista diversos: Mientras algunos autores se oponen a toda codificación, otros proponen la codificación parcial por materias. Esta última tendencia ha cristalizado ya en diversos códigos de determinadas materias administrativas: Códigos de Aguas, Códigos Contenciosoadministrativos, y algunos códigos municipales menores: Código de la Edificación, Código de Tránsito, Código Bromatológico, etc.; también hay en muchos casos leyes orgánicas que tienen ciertas características comunes con los códigos anteriormente citados.

### 2. *Tipo de codificación preferible*

Sin embargo, la tendencia más reciente, propugnada por las “Jornadas Jurídicas Alemanas” (nº 43), realizadas en Múnich en 1960, se inclina a la regulación de la parte general del derecho administrativo y del procedimiento administrativo. (Ver *Verhandlungen des Dreiundvierzigsten Deutschen Juristentages*, t. I y II, ed. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1960.) Creemos que es una tendencia acertada, y la orientación que cabe seguir por el momento: Una vez codificada y probada en la experiencia esta regulación de la parte general del derecho administrativo, y del procedimiento administrativo, podrá tal vez encararse la obra de la codificación total.

Consideramos que esta codificación es posible y conveniente: La diversidad de opiniones existentes en el derecho administrativo, antes que objeción, es una prueba más de la necesidad de dictar un conjunto orgánico y sistemático de disposiciones que adopte alguno de tales criterios opuestos y termine con ciertas discusiones estériles y alejadas de la realidad que aquejan en algunos casos a esta rama del derecho. Lo más importante, tal vez, es prever y resolver una serie

<sup>1</sup>Se reproduce aquí el capítulo IX de *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., pp. 205-306.

numerosa de situaciones que la práctica administrativa presenta y que carecen de soluciones fijas o aceptables, por falta de regulación normativa.

### *3. Un proyecto de Código Administrativo*

Considerando que la mejor forma de probar la conveniencia o la inconveniencia de la codificación, cuando aún no hay código alguno que juzgar, es precisamente hacer uno, nos hemos abocado a dicha tarea, cuyo resultado es el trabajo que más adelante se incluye en este mismo capítulo. El proyecto que hemos hecho, y que actualmente tiene a consideración la Municipalidad de General Pueyrredón (Mar del Plata) para su eventual sanción<sup>2</sup> toma como referencia la ley orgánica de municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, intentando ser coherente con ella pero al mismo tiempo buscando tener vida autónoma con respecto a la misma, para no caer en desuso o exigir una modificación sustancial cada vez que la legislación provincial sea alterada; esa es la razón por la que el Código no incluye previsiones sobre contratos administrativos, que ya cuentan con buena cantidad de normas en el ámbito provincial y municipal, y cuya sistematización debiera hacerse en forma integral pero a nivel de legislación provincial.

Al establecer las fuentes, no hemos hecho sino una referencia esquemática, mencionando las disposiciones más conocidas en nuestro medio (particularmente las leyes españolas de régimen jurídico de la administración pública, y de procedimiento administrativo), y los proyectos de los profesores Dr. BARTOLOMÉ FIORINI (de las Universidades de La Plata y Buenos Aires) y Dr. GUILLERMO SARAVIA (de la Universidad Nacional de Córdoba). Con todo, es de señalar que en cerca de un veinte por ciento de artículos hemos tenido como fuente de referencia normas positivas o proyectadas; ello da una idea de la novedad y por ende relativa dificultad del trabajo. Además de lo señalado, algunos otros artículos han sido tomados de los principios elaborados por la doctrina, la jurisprudencia o los dictámenes administrativos; pero la mayor parte es producto de la elaboración directa de los principios necesarios para solucionar problemas que la experiencia administrativa sugiere y presenta con cierta frecuencia.

Muy apreciable, sin embargo, ha sido la ayuda y colaboración que nos prestaron muchos colegas en la corrección del trabajo, sugiriendo modificaciones, críticas, artículos nuevos, etc.: En la primera edición, aparecida en 1964, nos dieron su aporte el profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Dr. JORGE ALBERTO SÁENZ, y los abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación, Dres. RAÚL DE ZUVIRÍA Y ZAVALETA, RAÚL CORONADO, ORLANDO DE SIMONE y MARIO BANDÍN; en la actual versión hemos incorporado el invaluable aporte de las críticas y sugerencias del profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Dr. MANUEL MARÍA DIEZ, y del Profesor Asociado de la misma materia y Facultad, Dr. JORGE

<sup>2</sup> Los derechos de la primera edición (1964) fueron adquiridos por dicha Municipalidad con el fin indicado.

TRISTÁN BOSCH, además del dictamen producido por la comisión de abogados de la Municipalidad de Mar del Plata, Dres. César Casakin, Camilo Ricci, Francisco Martino, Hugo Pérez Rojas y procurador Juan Carlos Gutiérrez, y de las nuevas sugerencias de los mencionados en primer lugar. A todos ellos deseamos expresar aquí nuestro público agradecimiento, dejando constancia de que muchos de los aciertos que el trabajo pueda contener se deben a su colaboración, mientras que los errores nos son exclusivamente imputables, dado que no siempre hemos adoptado las sugerencias que se nos efectuaran.

#### 4. Principales abreviaturas empleadas en el código

*Acto*: El acto administrativo, obra del autor, Buenos Aires, 1963.

*BBG*: Bundesbeamten-gesetz. (Ley para los agentes públicos, de la República Federal Alemana, 1957.)

*Catamarca*: Ley de procedimiento administrativo.

*Comentario*: La reforma jurídica de la administración. Comentario al proyecto de ley de procedimiento administrativo del Dr. BARTOLOMÉ FIORINI, artículo del autor publicado en la "Revista de Administración Pública" (Buenos Aires), n° 7, p. 58 y ss.

*C.C.*: Código Civil.

*C.P.*: Código Penal.

*Estatuto*: Estatuto del personal civil de la administración nacional, decreto-ley 6.666/57.

*Estudios*: Estudios de derecho administrativo (Poder de policía. Servicios Públicos. Responsabilidad de los funcionarios públicos. Vista de las actuaciones administrativas), obra del autor, Buenos Aires, 1963.

*Fiorini*: Proyecto de ley de procedimiento administrativo para la Provincia de Buenos Aires, del profesor Dr. BARTOLOMÉ FIORINI.

*INC*: Ley nacional de contabilidad, decreto-ley 23.252/56.

*LPA*: Ley de procedimiento administrativo de España, 1958.

*LBJ*: Ley de régimen jurídico de la administración del Estado, España, 1957.

*PEN*: Poder Ejecutivo nacional.

*Santiago del Estero*: Ley del procedimiento administrativo n° 2296.

*Saravia*: Proyecto de código administrativo provincial, para la Provincia de Córdoba, del profesor Dr. GUILLERMO SARAVIA.

*Procedimiento*: Procedimiento y recursos administrativos, obra del autor, Buenos Aires, 1964.

*VVG*: Verwaltungsverfahrensgesetz. (Ley austriaca de procedimiento administrativo.)

*Libro I**Régimen jurídico de la administración pública**Título Preliminar*

Art. 1. La administración pública municipal, centralizada y descentralizada, ajustará su funcionamiento a las disposiciones de este código.

Art. 2. Las disposiciones del presente código son complementarias y supletorias de las que establezca la Provincia en la ley orgánica de municipalidades o en otras leyes que sean de aplicación obligatoria para la Comuna.

*Sección I**Título I — De la competencia**Cap. 1° — De la competencia en general*

Art. 3. La competencia es irrenunciable y será ejercida directa y exclusivamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, avocación y sustitución expresamente previstos por el ordenamiento jurídico.

LPA, 4°; SARAVIA, 49°; FIORINI, 6.

Art. 4. Además de la que otras disposiciones les confieran, los órganos inferiores en la jerarquía administrativa tienen competencia para producir aquellos actos que consistan en la simple confrontación de hechos o en la aplicación automática de normas, tales como libramientos de certificados, anotaciones e inscripciones, instrucción de expedientes, cumplimiento y traslado de las resoluciones de autoridades administrativas superiores, devolución de documentos, recepción de escritos y pruebas, etc.

Cfr. LPA, 6°; SARAVIA, 53°.

Art. 5. Los órganos inferiores en la jerarquía administrativa no podrán rechazar escritos ni pruebas presentadas por los interesados, ni negar el acceso de éstos y sus representantes o letrados a las actuaciones administrativas en cualquier estado en que se encuentren, salvo los casos de excepción que se establecen en el libro segundo; ni remitir al archivo expedientes sin decisión expresa emanada de autoridad superior competente, notificada al interesado y firme, que así lo ordene.

Cfr. FIORINI, 16.

Art. 6. La incompetencia de un órgano administrativo para intervenir en la resolución de un asunto podrá ser declarada en cualquier momento por el mismo órgano o sus superiores jerárquicos, a pedido de parte o de oficio.

Cfr. LPA, 8°; FIORINI, 7°; SARAVIA, 50°. Lo referente a las cuestiones de competencia se aplica sólo a los órganos con facultades de decisión, no a aquellos meramente asesores, etc.

*Cap. 2° — De los conflictos de competencia dentro de una misma Secretaría*

Art. 7. El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones dentro de los cinco días de recibidas y con un informe fundado, al órgano que considere competente, si depende de la misma Secretaría.

Cfr. LPA, 8°, inc. 2.

Art. 8. Si el órgano que recibe las actuaciones se considera igualmente incompetente, deberá elevarse el expediente al inmediato superior jerárquico común, quien decidirá a quien toca intervenir en la resolución de la causa.

LPA, 18°; SARAVIA, 51°.

Art. 9. El órgano que se estime competente para la resolución de un asunto en que entiende otro de igual o inferior jerarquía dentro de una misma Secretaría, requerirá de inhibición al que conozca de la causa. Si éste se considerara incompetente, remitirá las actuaciones al que las solicitara; si se considerara competente, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8°.

Art. 10. Ningún órgano podrá requerir de incompetencia a otro jerárquicamente superior.

LPA, 8°, inc. 5.

*Cap. 3° — De los conflictos de competencia entre órganos de distintas Secretarías*

Art. 11. El órgano administrativo que se estime competente para la resolución de un asunto del que entiende un órgano de otra Secretaría; o que se estime incompetente para la resolución del que le ha sido sometido, y considere competente a un órgano de otra Secretaría, remitirá las actuaciones o requerirá de inhibición según el caso, al órgano de que se trate.

Art. 12. En todos los casos se acompañará un informe fundado, explicando las razones de hecho y de derecho que determinan la competencia o incompetencia de ambos órganos.

Art. 13. Planteado el conflicto positivo o negativo de competencia, por considerarse competente el órgano de la otra Secretaría en el primer caso, o incom-

petente en el segundo, se elevarán las actuaciones al Secretario de Gobierno, quien decidirá en definitiva.

Art. 14. Cuando el conflicto de competencia estuviere planteado entre distintas Secretarías, o entre un ente descentralizado y un órgano central, su decisión corresponderá al Intendente.

FIORINI, 8°.

#### *Cap. 4° — Disposiciones comunes a los conflictos de competencia*

Art. 15. El órgano que recibe las actuaciones de otro que lo considera competente o lo requiere de inhibición, deberá pronunciarse dentro de los cinco días acerca de su competencia. Si su pronunciamiento planteara un conflicto positivo o negativo de competencia, enviará las actuaciones al superior correspondiente de acuerdo a lo dispuesto en los artículos procedentes, con el informe que señala el artículo 12.

Art. 16. La decisión que adopte este último será recurrible sólo por los administrados.

Cfr. LPA, 18°; SARAVIA, 51°.

#### *Cap. 5° — De las cuestiones de competencia planteadas por los interesados*

Art. 17. Cuando un interesado estime incompetente a un órgano administrativo para intervenir en la resolución de un asunto del que está conociendo, podrá requerirle en cualquier momento que declare su incompetencia.

Nota: Ver el comentario al artículo 6.

Art. 18. El órgano requerido de incompetencia deberá pronunciarse dentro de los cinco días. Si se estimara incompetente procederá de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 7 y 11, según el caso; si se estimara competente, su decisión será recurrible en la vía jerárquica. La falta de decisión en término se considerará como denegación tácita del requerimiento de incompetencia.

#### *Cap. 6° — De la delegación de competencia*

Art. 19. Son delegables, con arreglo a las disposiciones del presente título, las atribuciones que están conferidas al Intendente Municipal en el artículo 108, incisos 3, 4, 5 primera parte, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y 16 de la ley orgánica de municipalidades; también son delegables en iguales condiciones las atribuciones que otras normas confieren a distintos organismos o funcionarios municipales, salvo expresa mención en contrario.

Cfr. FIORINI, 5°; LRJ, 22°.

Art. 20. No podrá delegarse la facultad de dictar disposiciones reglamentarias que establezcan obligaciones para los administrados, en materia alguna; tam-

poco podrán delegarse las atribuciones privativas y esencialmente inherentes al carácter político de la autoridad.

Art. 21. La delegación debe ser expresa y contener en el mismo acto una concreta descripción de cuáles son las tareas, facultades y deberes que comprende la delegación que se efectúa al órgano.

Art. 22. Toda delegación de facultades debe publicarse de la misma forma que las ordenanzas, e incluirse en el Digesto Municipal mientras esté en vigencia.

Art. 23. El delegante es responsable por la ejecución de la tarea delegada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47. El órgano delegante debe mantener la coordinación y el control de la actividad delegada.

Art. 24. El delegado es personalmente responsable por el ejercicio de sus facultades delegadas tanto frente a la administración pública como frente a los administrados.

Art. 25. Los actos del delegado son siempre recurribles ante el delegante; si hubiera subdelegación, el recurrente podrá a su elección seguir el orden jerárquico de las respectivas delegaciones, o acudir directamente ante el primer delegante, en el tiempo y forma previsto en el libro segundo.

#### *Cap. 7° — Delegación de competencia delegada*

Art. 26. El órgano que confiere la delegación de facultades podrá facultar al delegado a delegar a su vez todo o parte de esas facultades, en organismo o funcionario expresamente designado; sin dicha expresa autorización y designación, no podrán delegarse las facultades delegadas. Toda sucesiva delegación de facultades deberá también ser expresamente autorizada por el primer delegante.

Art. 27. En todos los casos se acumularán las responsabilidades de los sucesivos delegantes por el ejercicio que el último delegado haga de la facultad a él atribuida.

#### *Cap. 8° — Revocación de la delegación de competencia*

Art. 28. El delegante puede en cualquier momento revocar total o parcialmente la delegación; en el acto que así lo establezca deberá disponer expresamente qué órganos continuarán con la tramitación y decisión de los asuntos que en virtud de la delegación conocía el delegado.

Desde luego, en el acto de revocación puede decidirse que el inferior continuará con el conocimiento y decisión de los asuntos que tramitaban ante él antes de la revocación, y hasta su total terminación.

Art. 29. Si el delegante revoca la delegación sin especificar su alcance, quedan sin efecto todas las sucesivas delegaciones que hubiera autorizado, y las

facultades respectivas quedan nuevamente reunidas en el órgano que dicta el acto de revocación.

Art. 30. La revocación surte efecto para el delegado desde su notificación y para los administrados a partir de su publicación, la que se efectuará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 para el acto de delegación.

### *Cap. 9° — De la avocación*

Art. 31. El órgano delegante puede avocarse al conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda decidir al inferior en virtud de la delegación.

## *Título II — De la jerarquía administrativa*

### *Cap. 1° — Del poder jerárquico*

Art. 32. Los órganos superiores con competencia en razón de la materia tienen sobre sus órganos dependientes poder jerárquico, el que:

1°) Implica la facultad de dar órdenes particulares o instrucciones generales respecto al modo de ejercer las funciones respectivas;

2°) se presume siempre dentro de la organización centralizada; sólo se excluye cuando una norma así lo disponga expresamente;

3°) abarca toda la actividad de los órganos dependientes y se refiere tanto a la legitimidad como a la oportunidad o conveniencia de las decisiones de éstos.

Art. 33. Cuando el órgano inferior ejerce atribuciones que le fueron conferidas por desconcentración, el superior puede dar instrucciones generales pero no órdenes particulares acerca de cómo resolver un asunto concreto de los que entran dentro de las atribuciones desconcentradas; pero puede no obstante avocarse al conocimiento y decisión de un acto de competencia del inferior salvo el supuesto en que las atribuciones de éste le hayan sido expresamente conferidas por ley.

### *Cap. 2° — Del deber de obediencia*

Art. 34. Todos los funcionarios públicos tienen deber de obediencia respecto a los actos de sus superiores, siempre que ellos carezcan de vicios determinantes de nulidad o inexistencia.

Art. 35. El funcionario que recibiera orden de ejecutar un acto que adolezca de un vicio grave, deberá hacer constar por escrito su oposición a ejecutar el acto, fundada en la nulidad de éste; el superior tiene la obligación de darle un recibo, o firmarle la copia con la constancia "Recibí el original".

Art. 36. Cuando no fuera materialmente posible, por razones de necesidad o urgencia, consignar la oposición por escrito, ella será hecha verbalmente, pero

se requerirá la presencia de al menos dos testigos, labrándose acta en la primera oportunidad posible.

Art. 37. Si el superior insistiera por escrito y bajo su firma en obtener el cumplimiento del acto, el funcionario procederá a ejecutarlo. La insistencia deberá siempre ser hecha por escrito, aunque en el caso del artículo anterior cualquier medio de escritura será admisible si reúne suficiente seriedad.

Cfr. LNC, 95°.

Art. 38. No procede la insistencia respecto de los actos:

- 1°) inexistentes;
- 2°) por incompetencia manifiesta;
- 3°) que no tengan por objeto la realización de actos de servicio.

Cfr. *Estatuto*, 6°, inc. d).

### *Título III — De los funcionarios públicos*

#### *Cap. 1° — Del concepto de funcionario público*

Art. 39. A efectos de este código considérase funcionario público a toda persona que remunerada o gratuitamente, en forma permanente o accidental, actúa en ejercicio de la función administrativa en virtud de nombramiento emanado de autoridad competente. Considéranse equivalentes los términos “funcionario público,” “funcionario,” “empleado público,” “agente,” y similares.

Cfr. CP, 77°; *Estatuto*, 1°; CC, 1112.

#### *Cap. 2° — De los funcionarios y los administrados*

Art. 40. El funcionario público debe desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

Art. 41. En la apreciación del interés público se tendrán en cuenta en primer lugar los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. El interés público prevalece sobre el interés de la administración pública cuando puedan estar en colisión.

Sobre estos dos artículos: *Estudios*, cap. II, par. IV.

Art. 42. El funcionario público es un servidor de los administrados en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado debe ser considerado en

el caso individual como el representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar.

*Estudios*, cap. II, par. IV.

Art. 43. Sin perjuicio de lo que otras normas establezcan para el funcionario, considérase en especial irregular desempeño de su función todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados.

*Cap. 3º — De la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*

Art. 44. Los funcionarios públicos son responsables administrativamente cuando por su dolo, culpa o negligencia cometan un acto, hecho u omisión que comporte un irregular cumplimiento de sus funciones.

Cfr.: *Estudios*, cap. III, párrafos, V, VII, VIII y IX.

Art. 45. Los funcionarios públicos son responsables de acuerdo al artículo anterior no sólo por los actos, hechos u omisiones que personalmente realicen, sino también por los de sus dependientes, cuando éstos hayan obrado irregularmente por defectuosa dirección, vigilancia u organización imputable al superior.

Art. 46. Cuando exista más de un responsable directo o indirecto por un mismo acto, hecho u omisión, deberá deslindarse la participación de cada uno de ellos y su grado de culpabilidad.

Art. 47. Cuando el irregular cumplimiento de la función se haya realizado en ejercicio de una facultad delegada, el delegante es responsable si concurren las circunstancias del artículo 45; también es responsable si ha tenido grave culpa o negligencia en la elección del delegado.

Art. 48. Serán responsables los funcionarios que con culpa o negligencia:

- 1º) Dictaren, mandaren ejecutar o ejecutaren un acto inexistente;
- 2º) dictaren, insistieren, mandaren ejecutar o ejecutaren sin insistencia un acto nulo;
- 3º) dictaren un acto anulable.

Art. 49. No es responsable el funcionario:

- 1º) Que ejecuta un acto nulo en virtud del deber de obediencia, si ha mediado insistencia escrita del superior, ajustada a lo establecido en los artículos 37 y 38;
- 2º) que ejecuta un acto anulable.

Art. 50. Será responsable el funcionario que con grave culpa o negligencia hiciera constar por escrito su oposición a la ejecución de un acto, haciendo de tal manera necesaria la insistencia, si el acto resultara en definitiva válido; igualmente será responsable si en iguales condiciones se negara a ejecutar un acto que reputa inexistente, y éste no fuera tal.

Art. 51. A efectos de determinar la existencia y el grado la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberán tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas. Se entenderá que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.

Art. 52. Los funcionarios públicos son responsables también frente a los administrados por el irregular cumplimiento de sus funciones, y por la violación o irregular cumplimiento de las órdenes, circulares o instrucciones internas que les fijaren obligaciones respecto a sus funciones, en relación a dichos administrados.

*Estudios, cap. III, par. IX.*

*Cap. 4º — De la responsabilidad civil de los funcionarios públicos*

Art. 53. Los funcionarios públicos son responsables civilmente frente a la administración y a los terceros, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil, con las siguientes limitaciones:

1º) Cuando la Municipalidad deba indemnizar a terceros el daño ocasionado por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, éstos serán responsables frente a aquélla sólo si hubieran obrado con dolo o culpa grave;

2º) La Municipalidad no exigirá administrativa ni judicialmente, reparaciones pecuniarias a sus agentes cuando éstos hubieran obrado sólo con culpa leve.

BBG, 78º, inc. 1º y 2º; en lo que respecta a los caracteres de la responsabilidad civil de acuerdo al artículo 1112 del Código Civil: *Estudios, cap. III.*

Si bien el artículo 241 y siguientes de la ley orgánica no establece la distinción entre culpa grave y leve, ella es la única garantía práctica de que el funcionario sea responsabilizado; de no hacerse tal distinción, la injusticia notoria de responsabilizar a un funcionario que con sólo culpa leve comete un daño en su función lleva a que de hecho no se lo responsabilice a él ni tampoco al que actúa con culpa grave. Por ello hemos adoptado tal distinción, que proviene de la legislación alemana; de tal modo se otorga respaldo al funcionario diligente que por cumplir todas sus tareas pueda cometer algunos perjuicios sin culpa grave, y se concentra todo el esfuerzo de la administración en sancionar sólo a los más negligentes, lo cual resultará también eficiente.

Art. 54. Las limitaciones precedentemente establecidas a la responsabilidad civil frente a la administración, lo son sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los agentes, que subsiste plenamente incluso aunque hubieran obrado con culpa leve.

Art. 55. Cuando el Tribunal de Cuentas haya hecho efectiva la responsabilidad del funcionario, imponiéndole un cargo pecuniario de acuerdo al artículo 243 de la ley orgánica de municipalidades, éste será computado al dirimirse el total de su responsabilidad, descontándose la parte pertinente y haciéndose cargo sólo por el resto.

En efecto, no podría cobrarse al funcionario dos veces la indemnización por el mismo daño; por lo demás, se deduce de esto que el Tribunal de Cuentas juzga sólo un aspecto parcial de

la responsabilidad por daños, correspondiendo a la administración municipal el juzgamiento de resto.

Art. 56. La municipalidad no hará reclamaciones a sus agentes por daños y perjuicios pasados tres años desde que se tome conocimiento del hecho dañoso, aun que la acción no estuviere prescripta.

BBG, 78°, inc. 3°; por lo que hace a la aplicación de la prescripción decenal: *Estudios*, cap. III, par. II.

Art. 57. Cuando se entablen acciones judiciales contra la Municipalidad por indemnización de daños y perjuicios originados por hechos o actos ilícitos de sus agentes, el representante judicial respectivo de la comuna lo comunicará al Secretario del cual dependen los agentes presuntamente autores del hecho. Este ordenará la instrucción del sumario pertinente, a fin de individualizar a los funcionarios responsables y determinar su grado de culpabilidad.

De igual modo se procederá cuando se inicien reclamaciones ante la misma administración por indemnización de daños y perjuicios.

1°) El Jefe de Despacho o funcionario que haga sus veces deberá hacer la comunicación a que se refiere la primera parte de este artículo, dejando constancia en el expediente;

2°) si esta constancia no obrara en las actuaciones, los funcionarios que posteriormente intervengan en su tramitación estarán obligados a señalar tal omisión y hacer la comunicación correspondiente;

3°) dicha obligación cesa cuando otro funcionario hubiere dejado constancia en el expediente de haber efectuado tal comunicación.

Art. 58. El sumario a que se refiere el artículo 57 se realizará con pleno respeto para la garantía de la defensa del funcionario; debe completarse dentro del plazo de un año, prorrogable por seis meses más, dentro del cual el Secretario debe adoptar una decisión expresa acerca del grado de culpabilidad del o los agentes de que se trate, y de sus superiores jerárquicos.

Art. 59. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, si la Municipalidad resultara condenada judicialmente a pagar indemnizaciones a resultas de tales hechos o actos ilícitos, o debiera pagados ante la reclamación administrativa, deberá hacerse cargo al agente por el perjuicio ocasionado, si concurren las circunstancias indicadas en el artículo 53.

Art. 60. Si existieran presunciones graves, precisas y concordantes que permitan suponer que todo o parte de los bienes del agente provienen directa o indirectamente del hecho dañoso, la totalidad del cargo será exigible inmediatamente, a cuyo efecto se iniciarán las acciones judiciales pertinentes. En caso contrario, el cargo no será superior a lo que resulte de descontar de la retribución total mensual del funcionario hasta un veinticinco por ciento durante dos años, y se hará efectivo en dicha proporción.

Art. 61. Las compensaciones que el funcionario reciba en concepto de riesgo profesional o de seguro contra daños, pérdidas, etc., no le eximen de responsabilidad por el pago de los daños y perjuicios ocasionados, pero se contarán como parte del sueldo a efecto de computar el porcentaje de éste que se afectará a la indemnización.

Art. 62. En caso de que el funcionario expresara su oposición a que el cargo le sea descontado de sus haberes, la Municipalidad le iniciará acción judicial por la totalidad de lo adeudado.

Si el funcionario autor del hecho no integrara ya la administración comunal, o dejara de integrarla antes de satisfacer completamente el cargo, se hará exigible la totalidad de lo adeudado y deberán iniciarse las acciones judiciales pertinentes; si el ex funcionario resultare insolvente, deberán embargarse sus ingresos en otras actividades en los montos permitidos por la ley y hasta la total satisfacción de la deuda.

Art. 63. Cuando haya responsabilidad penal presunta, la Municipalidad deberá presentarse en el proceso reclamando la indemnización civil pertinente, sin perjuicio de reclamarla ante la jurisdicción civil cuando así corresponda.

Art. 64. A efectos del cómputo a que se refiere el artículo 60, se considerará “retribución total mensual del agente” los ingresos que por todo concepto correspondan, al momento de efectuarse el cómputo, al cargo que ejercía el funcionario cuando cometió el hecho dañoso.

Art. 65. El Secretario del cual depende el agente, o que esté a cargo de la Secretaría en que aquél se desempeñara en el momento de cometer el hecho, es personalmente responsable, civil y administrativamente, por el pleno cumplimiento de lo dispuesto en los artículos precedentes.

#### *Título IV — De la desconcentración y de la descentralización administrativa*

##### *Cap. 1° — De la desconcentración*

Art. 66. Considérase desconcentrada toda facultad o función que el ordenamiento jurídico atribuye en forma regular y permanente a un órgano administrativo diferenciado del Intendente y Secretarios municipales, que integra la administración municipal y está sometido al poder jerárquico de ésta, actuando en nombre de ella sin personalidad jurídica propia.

Art. 67. Tanto el Concejo Deliberante como el Departamento Ejecutivo pueden desconcentrar facultades administrativas; pero las facultades que no pueden ser delegadas tampoco pueden ser desconcentradas.

Art. 68. Los superiores jerárquicos de los órganos desconcentrados tienen sobre éstos todas las atribuciones que dimanen del poder jerárquico, con las limitaciones establecidas en el artículo 33.

Art. 69. El Departamento Ejecutivo o los Secretarios por sí solos pueden disponer la intervención del órgano desconcentrado.

1º) La intervención puede fundarse en el irregular cumplimiento de las funciones atribuidas al órgano, o en razones de oportunidad o conveniencia;

2º) el interventor tendrá todas las atribuciones correspondientes al órgano intervenido.

### *Cap. 2º — De la descentralización*

Art. 70. Considérase descentralizada toda facultad o función que el ordenamiento jurídico atribuye en forma regular y permanente a organismos municipales dotados de personalidad jurídica, que actúan en nombre y cuenta propios, bajo el control de la Municipalidad.

Art. 71. Los entes municipales descentralizados están sometidos al control administrativo del Departamento Ejecutivo; los demás órganos de la administración municipal centralizada carecen de facultades propias de control sobre aquéllos, a menos que una norma se las otorgue expresamente.

Art. 72. El control administrativo es de excepción y existe sólo en la medida en que una norma lo establezca expresamente; se ejerce únicamente por motivos de legitimidad.

Art. 73. Las facultades regladas y discrecionales deben ser legítimamente ejercidas. El concepto de legitimidad comprende, a todos los efectos de este código, la desviación de poder, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, equidad y todo otro vicio en la competencia, voluntad, forma y objeto del acto.

Art. 74. El control administrativo comprende la facultad de dar instrucciones generales al ente, intervenirlo, decidir en los recursos y denuncias que se interpongan contra sus actos, nombrar y remover sus autoridades superiores en los casos y condiciones previstos por el ordenamiento jurídico, y realizar investigaciones preventivas.

### *Cap. 3º — De la intervención al ente descentralizado*

Art. 75. La intervención al ente municipal descentralizado puede ser solicitada por el Departamento Ejecutivo al Consejo Deliberante y será acordada por éste en los siguientes casos:

1º) Suspensión grave e injustificada de la función o servicio público a cargo del ente;

2º) comisión de graves o continuadas irregularidades administrativas;

3º) existencia de un conflicto institucional insoluble dentro del ente.

Cfr. *Comentario*, 69; FIORINI, 69º.

Decimos que la suspensión sea grave e injustificada, pues si faltara este último requisito nada solucionaría la intervención: Si el servicio está paralizado por una epidemia, una huelga general, etc., la suspensión es justificada y no puede razonablemente intervenir al ente.

Por lo demás, el artículo implica una reglamentación del artículo 206 de la ley orgánica de municipalidades; ésta da amplias atribuciones al Consejo Deliberante para determinar en qué casos acordará la intervención solicitada, y el Consejo Deliberante sienta en el presente código el criterio con el cual procederá al acordar tales intervenciones.

**Art. 76.** La intervención no presupone la caducidad de las autoridades superiores del ente. La separación de éstas de sus funciones deberá ser resuelta expresamente por el Departamento Ejecutivo a propuesta del interventor y previa instrucción del sumario pertinente con la debida audiencia de los interesados.

Cfr. *Comentario*, 69.

La intervención al ente descentralizado es un medio *excepcional* de corregir vicios *no usuales* dentro de la administración; en modo alguno debe constituir un medio más o menos ordinario o normal de administrar. Por ello limitamos, en este artículo y el siguiente, las atribuciones del interventor y las consecuencias que la intervención produce, para evitar que la intervención constituya una corruptela administrativa más, en lugar de un medio de corregir corruptelas.

**Art. 77.** El interventor tiene sólo aquellas facultades que sean imprescindibles para solucionar la causa que ha motivado la intervención. En ningún caso tiene mayores atribuciones que las que correspondían normalmente a las autoridades superiores del ente.

Cfr. *Comentario*, 69.

**Art. 78.** Las autoridades superiores del ente pueden recurrir del acto de intervención como así también de las medidas que adopte el interventor en detrimento de su competencia, ante el Fiscal Municipal.

Cfr. *Procedimiento*, IV.

**Art. 79.** Los actos del interventor en el desempeño de sus funciones se considerarán realizados por el órgano intervenido, con respecto a terceros.

#### *Cap. 4º — Del término de la intervención*

**Art. 80.** La intervención podrá tener un término de hasta seis meses, prorrogable por tres meses más. Si en el acto de intervención no se le ha fijado el término, se entenderá que ha sido establecido en seis meses.

En casi todos los casos que en este código se hace referencia a intervalos de tiempo, hemos empleado la expresión “término” antes que la de “plazo,” sin desconocer la autoridad y la prudencia del razonamiento que llama *término* al vencimiento del plazo, y utiliza esta última expresión para referirse a todo lapso o intervalo de tiempo (terminología propuesta por PODETTI, RAMIRO J., *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, II, *Tratado de actos procesales*, Buenos Aires, 1955, p. 235 y ss., y adoptada por COLOMBO, CARLOS J., *Código de procedimientos civil y comercial de la Capital*, Buenos Aires, 1964, p. 124 y ss., por CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario de derecho usual*, t. III, Buenos Aires, 1954, p. 675.), hemos preferido utilizar la primera expresión y no la de *plazo* por diferentes razones: 1º) Que ya la legislación procesal se inclina en su mayor parte

por emplear dicho vocablo, como lo señala el mismo PODETTI, a raíz de lo cual la expresión es identificada usualmente en el lenguaje forense con los tiempos del derecho procesal, reservándose la palabra “plazo” para referirse a los tiempos del derecho civil; 2°) que lingüísticamente aquella interpretación limitada del alcance de la expresión “término” es tal vez demasiado sutil y no se ajusta de todos modos a la significación que le acuerda la Real Academia Española, como puede verse en la 18° edición de su diccionario, Madrid, 1956, p. 1253 y ss., en que además del significado limitado (acepción 2°) le otorga varios significados amplios, equivalentes a “plazo.” (Acepciones 22 y siguientes, “término extraordinario,” “término fatal,” “término probatorio,” etc.) Por lo demás, la Real Academia define al *plazo* como “*Término o tiempo señalado para una cosa. 2. — Vencimiento del término*” p. 1039, con lo cual se advierte no sólo la sinonimia, sino también que el propio vocablo “plazo” es susceptible de ser interpretado como “último día,” o sea, como “término” en sentido restringido. 3°) Que en otros idiomas el equivalente existe con referencia a “término” antes que a “plazo,” expresión esta última más propia del español; encontramos así en el francés “*terme*,” en el inglés “*term*,” en el italiano “*termine*.”

Por último, es de señalar que una parte mayor y quizá más importante de la doctrina procesal prefiere utilizar el vocablo “término” antes que el de “plazo,” como puede apreciarse en CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de derecho procesal civil*, t. III, Buenos Aires, 1944, p. 500; CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Ensayos de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1949, p. 447 y ss.; ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, p. 733 y ss.; PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 319 y ss., etc.

No se nos oculta que al adherir a la orientación tradicional y no a la más reciente, corremos el riesgo de que en pocos años la terminología empleada pase por obviamente antigua; pero, a la inversa, adoptar una terminología novedosa que no tiene en su respaldo el uso forense ni doctrinario puede resultar también criticable si ella no se impone en definitiva.

Art. 81. Vencido el término de seis meses o su prórroga cuando hubiera sido dispuesta, la intervención caducará automáticamente, reasumiendo de pleno derecho sus atribuciones las autoridades superiores del ente, si no hubieran sido separadas de sus cargos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 76.

Art. 82. En el caso del artículo anterior, si tratándose de un órgano colegiado sólo quedara parte de sus miembros, a ellos corresponderá no obstante la dirección del ente hasta tanto se integre el cuerpo en forma plena. Sus actos no estarán viciados por la falta del número legal de miembros, pero sus decisiones deben ser adoptadas por unanimidad.

Art. 83. Si al vencer el término de la intervención no hubiera ninguna de las autoridades superiores del ente que puedan asumir su dirección, ni se las nombrara en ese momento, el interventor lo hará saber al Departamento Ejecutivo y al H. Concejo Deliberante, y continuará interinamente en el desempeño de sus funciones hasta tanto se resuelva en definitiva la integración de las autoridades superiores.

*Sección II**Título I — De los elementos y requisitos del acto administrativo**Cap. 1º — Del acto administrativo en general*

Art. 84. El acto administrativo deberá satisfacer todos los requisitos relativos al objeto, competencia, voluntad y forma que aquí se establecen, y producirse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo.

Cfr. LRJ, 31º.

Consideramos acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. Ver *Acto*, cap. II.

*Cap. 2º — Del objeto del acto*

Art. 85. El objeto o contenido del acto es aquello que éste decide, certifica u opina; 1º) debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico y dictarse sólo ante las circunstancias de hecho para las que aquél lo autorizó;

2º) debe ser preciso e inequívoco en cuanto a qué especie de acto es, qué personas o cosas afecta, en qué tiempo y lugar habrá de producir sus efectos.

En lo que respecta a este artículo, y los demás referentes a elementos y vicios, ver *Acto*, cap. IV, salvo mención diversa.

Art. 86. El objeto del acto no podrá contravenir en el caso particular las normas de carácter general dictadas por autoridad competente, sea que éstas provengan de una autoridad de igual, inferior o superior jerarquía; o de la misma autoridad que dicta el acto, sin perjuicio de sus atribuciones de derogar en este caso la norma general, mediante otro acto general.

LRJ, 30º; FIORINI, 21º; Cfr. SARAVIA, 21º.

Art. 87. El acto debe decidir expresamente todos los puntos propuestos por las partes, pero puede conocer y decidir cuestiones no propuestas previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.

LPA, 93º y 119º.

*Cap. 3º — De la competencia*

Art. 88. Entiéndese por competencia el conjunto de atribuciones que un órgano puede legítimamente ejercer. Al respecto son de aplicación los artículos 3º y siguientes.

*Cap. 4º — De los requisitos de la voluntad previos a la emisión del acto*

Art. 89. El acto debe provenir de funcionario regularmente designado y en funciones al momento de dictarlo.

Art. 90. Cuando el acto a dictarse afecte o pueda afectar los derechos o intereses de un individuo determinado, debe dársele a éste previamente oportunidad de hacer su defensa.

1º) A tal efecto se le notificará de la existencia del procedimiento en que pueden verse afectados sus derechos o intereses; el interesado tomará vista de las actuaciones y hará los descargos que crea necesarios, produciendo la prueba que sea pertinente.

2º) Una vez efectuado este procedimiento de acuerdo a las formalidades y requisitos establecidos en el libro segundo, podrá ya dictarse el acto si no faltare ningún otro trámite sustancial.

Estudios, cap. IV.

Art. 91. Antes de dictarse el acto administrativo deben cumplirse todos los trámites sustanciales previstos expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de los que establezcan otras normas, considérase trámite sustancial la emisión de dictamen jurídico, proveniente de organismos permanentes de asesoramiento letrado, cuando el acto afecte los derechos de terceros, verbigracia si establece sanciones, resuelve recursos, etc., y cuando implique la disposición de fondos de la hacienda pública.

#### *Cap. 5º — De los requisitos de la voluntad en la emisión del acto*

Art. 92. Durante la formación del acto la voluntad administrativa debe ajustarse a los siguientes requisitos:

1º) Cuando el acto requiere autorización de otro órgano administrativo, ésta debe ser previa al acto y no puede otorgarse después de haber él sido emitido;

2º) cuando el acto requiere aprobación de otro órgano administrativo, él no podrá ejecutarse mientras ésta no haya sido otorgada.

Art. 93. La voluntad del acto debe también adecuarse a los siguientes requisitos:

1º) Los funcionarios y la administración deben actuar con la finalidad de cumplir el objetivo de la norma que otorga las facultades pertinentes, sin poder perseguir con el dictado del acto otros fines, públicos o privados, que aquéllos para los cuales el ordenamiento jurídico les reconociera esas atribuciones;

2º) al dictar el acto deben tomarse en cuenta todos los hechos existentes y el derecho aplicable, y valorarlos razonablemente, sin poder adoptarse una decisión tan sólo en base a la voluntad arbitraria del funcionario, sin sustento lógico y real;

3º) al valorarse las circunstancias de hecho para adoptar una decisión, las medidas a adoptarse deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico en el caso concreto.

Se trata de los requisitos que hemos llamado “subjetivos” de la voluntad: En el inciso primero la “desviación de poder” y en los incisos segundo y tercero la “arbitrariedad.” *Acto*, cap. IV.

*Cap. 6º — De los requisitos de la emisión de la voluntad en los órganos administrativos colegiados*

Art. 94. En cada órgano colegiado el Presidente del mismo tendrá como función propia la de asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la regularidad de las deliberaciones, que podrá suspender en cualquier momento por causa justificada.

1º) La convocatoria de los órganos colegiados corresponderá al Presidente, que deberá comunicarla con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, salvo los casos de urgencia, y la acompañará con el orden del día;

2º) el orden del día será fijado por el Presidente teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros que fueran formuladas con una antelación de al menos tres días respecto a la fecha en que se lo establece;

3º) quedará válidamente constituido el órgano colegiado, aunque no se hubieran cumplido todos los requisitos de la convocatoria, cuando se hallen formalmente reunidos todos sus miembros al efecto, y así lo acuerden por unanimidad.

LPA, 9º y 10º.

Art. 95. Cuando se hubieran reunido los requisitos de la convocatoria, el quórum para la válida constitución del órgano colegiado será el de la mayoría absoluta de sus componentes. Si no existiera quórum, el órgano se constituirá en segunda convocatoria veinticuatro horas después de la señalada para la primera; para ello será suficiente la asistencia de la tercera parte de sus miembros, y en todo caso, en número no inferior a tres.

LPA, 11º.

Art. 96. Las decisiones serán adoptadas por mayoría absoluta de los miembros presentes y dirimirá los empates el voto del Presidente.

No podrá ser objeto de decisión ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que haya quórum y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros presentes.

Cfr. LPA, 12º.

Art. 97. Ninguna decisión podrá ser adoptada por el órgano colegiado sin haber sometido la cuestión a la deliberación de sus miembros, otorgándoles una razonable oportunidad de expresar su opinión. Los miembros podrán hacer constar en el acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen. Cuando voten en contra y hagan constar su oposición motivada, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de las decisiones del órgano colegiado.

Cfr. LPA, 14º.

*Cap. 7º — De las formas de documentación*

Art. 98. La forma es el modo en que se documenta y da a conocer la voluntad administrativa. Los actos administrativos se documentarán por regla general por escrito, y contendrán lugar y fecha de emisión, el órgano de quien emanan, funcionario interviniente y su firma.

Cfr. FIORINI, 20º; SARAVIA, 7.

Art. 99. Podrá prescindirse de la forma escrita cuando mediare urgencia o imposibilidad de hecho. En tal caso, sin embargo, deberá documentarse por escrito el acto en la primera oportunidad posterior en que sea posible, salvo que se trate de actos cuyos efectos se hayan agotado y respecto de los cuales la constatación no tenga razonable justificación, caso en el cual tal documentación no será necesaria.

La excepción de que trata la última parte del artículo se refiere sólo a los casos en que es de toda evidencia que no es necesaria la documentación, por ejemplo órdenes de los agentes de tránsito para indicar la circulación de los vehículos, etc.

Art. 100. Las órdenes de servicio dadas por los funcionarios a sus dependientes no requerirán forma escrita cuando se refieran a cuestiones ordinarias y se transmitan personalmente, salvo lo dispuesto en el artículo 37.

Art. 101. Cuando las órdenes de servicio y demás comunicaciones administrativas de los funcionarios a sus dependientes o a otros organismos administrativos, no se transmitan a éstos directa y personalmente, podrán:

1º) Ser documentadas por escrito y otorgarse traslado directo al órgano respectivo; en este caso no será admitido traslado o reproducción alguna a través de órganos intermedios;

2º) emitirse verbalmente a un órgano que luego la transmitirá directamente por escrito al destinatario, expresando la autoridad de que procede; en este caso no será admisible otro traslado o reproducción a través de organismos intermedios que el expresamente contemplado;

3º) emitirse y transmitirse verbalmente por otro funcionario, cuando este es el superior jerárquico competente del que debe ejecutar el acto.

Cfr. LPA, 78º, inc. 1º que en igual forma limita las repeticiones de traslados a través de distintos órganos.

Art. 102. En los órganos colegiados se levantará un acta de cada sesión, la que contendrá la indicación de las personas que hayan intervenido, así como las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos. Las actas serán firmadas por el Secretario del órgano con el visto bueno del

Presidente, y se aprobarán en la misma o en posterior sesión; la aprobación del acta será requisito previo a la eficacia de la decisión aprobada.

LPA, 13°.

Art. 103. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, permisos, licencias, etc., éstos podrán refundirse en un único documento, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen cada uno de los actos. Sólo dicho documento llevará la firma del titular de la competencia, debiendo reunir todos los requisitos propios del acto administrativo.

LPA, 42°; SARAVIA, 8°.

Art. 104. Los actos a que se refiere el artículo anterior serán considerados a todos sus demás efectos, tales como notificación, impugnación, etc., como actos administrativos diferenciados.

Art. 105. Cuando el acto administrativo sea susceptible de afectar los derechos de los administrados o de funcionarios públicos, deberá consignar en su parte dispositiva los recursos de que puede ser objeto y el término que existe para interponerlos, o simplemente expresar que es recurrible dentro de los términos que establece el Código Administrativo.

Cfr. *Comentario*, 20°; LPA, 79° inc. 2; FIORINI, 43°.

Art. 106. Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No serán admisibles fórmulas generales de motivación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada.

Cfr. LPA, 43°, SARAVIA, 9°; FIORINI, 20°.

Art. 107. Cuando el acto administrativo se dicte por delegación, se hará constar expresamente esta circunstancia en sus considerandos, mencionando las normas que confieren la delegación.

LRJ, 32, inc. 1; FIORINI, 20°, inc. 2.

### *Cap. 8° — De la notificación del acto*

Art. 108. La forma del acto se integra con su notificación al interesado. Los actos no notificados regularmente carecen de ejecutividad y no corren los términos para recurrir de ellos; pueden ser revocados en cualquier momento por la autoridad que los dictó o sus superiores sin incurrir en responsabilidad.

Art. 109. La notificación debe ser personal y fehaciente, pudiéndose efectuar mediante:

- 1º) Acceso directo del interesado o sus representantes al expediente y el acto que lo afecta, dejándose constancia expresa de la notificación del acto pertinente;
- 2º) entrega personal de copia auténtica del acto al interesado, dejándose constancia de ello; en caso de no encontrarse el interesado en su domicilio, se procederá de acuerdo al artículo 64 del Código de Procedimiento Civil y Comercial;
- 3º) presentación espontánea del particular, dándose expresamente por notificado del acto que lo afecta.

Art. 110. En todos los casos el instrumento de la notificación contendrá copia íntegra y auténtica del acto que se notifica, la que se entregará al interesado o su representante. El acta de notificación deberá expresar asimismo la oficina en que se encuentra el expediente respectivo y en la cual puede ser consultado.

Art. 111. Cuando el acto sea escrito, no será admisible la notificación sin entrega de copia del mismo al interesado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior; cuando el acto válidamente no esté documentado por escrito, se admitirá la notificación verbal.

Art. 112. En la notificación de actos de órganos colegiados deberá constar que se ha cumplido el requisito de la aprobación de las actas, a que se refiere el artículo 102.

Art. 113. La publicación del acto no suple la falta de notificación salvo cuando el destinatario fuere de domicilio desconocido.

Ver también los artículos 371 y siguientes, sobre la publicación de edictos.

## *Título II — De los vicios del acto administrativo*

### *Cap. 1º — De los vicios en general*

Art. 114. La infracción o incumplimiento de algún requisito expresa o implícitamente exigido por el orden jurídico para el acto administrativo, constituye un vicio de éste.

Destacamos que el artículo expresa que el incumplimiento de un requisito exigido aunque sea *implícitamente* por el orden jurídico, constituye un vicio del acto a graduarse según su importancia. Por ello, la falta de norma expresa que prohíba determinada conducta administrativa no es óbice para el pronunciamiento de su ilegitimidad, si ella resulta de los principios del derecho administrativo o de una exigencia tácita de normas positivas.

Art. 115. La enumeración que en este código se hace de los vicios del acto administrativo no es taxativa, pudiendo la administración declarar la existencia de otros vicios de acuerdo al principio del artículo anterior y con la extensión que del concepto de legitimidad señala el artículo 73.

Art. 116. Los vicios se clasifican, de acuerdo a su gravedad, en: Muy leves, leves, graves y groseros. La mayor o menor gravedad del vicio determina el grado de nulidad que corresponde al acto.

Art. 117. La calificación del vicio se determinará solamente por la gravedad e importancia que reviste la antijuridicidad en el caso concreto.

Dos consecuencias se desprenden de este artículo: Que la calificación del vicio no se determina en razón de cuál sea el elemento que esté afectado (por ejemplo, que el vicio de incompetencia sea determinante de nulidad en todos los casos, etc.) sino, como el texto indica, en razón de la sola gravedad de la infracción. Por otra parte, se deduce también del artículo que es necesaria una investigación de hecho para poder determinarse el grado de gravedad que el vicio reviste.

En este capítulo, así como en los siguientes en materia de vicios y nulidades, seguimos en general los principios enunciados en: *Acto*, cap. III y IV. En lo que hace al orden de exposición hemos puesto en primer lugar los vicios y luego las nulidades (a diferencia del trabajo citado, en que lo hacíamos a la inversa), siguiendo así la crítica que nos efectuara JUAN FRANCISCO LINARES en su prólogo a nuestro libro, e igualmente ALBERTO RAMÓN REAL en su nota bibliográfica en JA, 1963-IV, p. 17, sec. bibl.

Art. 118. La calificación que de algunos vicios del acto se da en este código no es rígida, y la autoridad administrativa a quien corresponda declarar la nulidad, puede apartarse excepcionalmente de la calificación que aquí se establece, mediante resolución fundada que analice cuáles son las circunstancias particulares del caso que hacen razonable adoptar en él otra calificación que la legalmente pre establecida.

### *Cap. 2º — De los vicios del objeto*

Art. 119. El acto está groseramente viciado si su objeto:

- 1º) Es clara y terminantemente absurdo, o
- 2º) es imposible de hecho, sea por falta de sustrato material, personal o jurídico.

Ejemplos de imposibilidad de hecho a) por falta de sustrato personal: El nombramiento como empleado de una persona fallecida; b) por falta de sustrato material: Cuando la cosa a que el acto se refiere no existe; o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible; c) por falta de sustrato jurídico: Revocación de un acto administrativo anulado, etc. Ver *Acto*, cap. IV, p. 146.

Art. 120. El vicio de oscuridad o imprecisión en el objeto del acto será considerado grosero si aquélla es esencial e insuperable mediante un razonable esfuerzo de interpretación; si es superable, el vicio es muy leve. Si la oscuridad o imprecisión no es esencial y recae sobre un aspecto separable del acto, lo vicia sólo en ese aspecto.

Art. 121. El vicio será grave o grosero según la importancia que en los casos concretos asuma la transgresión:

- 1º) Si el objeto del acto transgrede una prohibición del orden jurídico;
- 2º) o no es el objeto previsto y autorizado por el ordenamiento jurídico para las circunstancias de hecho ante las que se lo dicta;

3º) o es el objeto autorizado por el orden jurídico, pero se dicta ante distintas circunstancias de hecho que las previstas por éste.

Art. 122. El vicio del acto es grave si su objeto:

- 1º) Viola el principio de la irrevocabilidad de un acto administrativo anterior, o
- 2º) transgrede una norma reglamentaria emanada de autoridad competente.

Art. 123. El vicio del acto es leve cuando éste no decide expresamente todos los puntos propuestos por las partes.

### *Cap. 3º — De los vicios de la competencia*

Art. 124. La competencia puede estar viciada en razón del grado, la materia, el territorio y el tiempo. La calificación del vicio no se determina en razón del tipo genérico que éste asuma, sino de acuerdo a los artículos siguientes y lo dispuesto en el artículo 114 y siguientes.

Art. 125. El vicio del acto es grave o grosero si ha sido dictado por un órgano incompetente en razón del grado en virtud de haberse ejercido facultades irregularmente atribuidas al que las ejerce y que eran de competencia de otro órgano superior o inferior, cuando el acto que irregularmente atribuyó la competencia careciera de presunción de legitimidad; si la tuviera, el vicio del acto será leve o muy leve.

A su vez, el acto que irregularmente atribuyó la competencia carecerá de presunción de legitimidad cuando su vicio sea grave o grosero, según lo disponen los artículos 149 y 152.

Art 126. El vicio del acto es leve o, excepcionalmente, grave, si éste es dictado por un órgano incompetente en razón del grado, por haber ejercido facultades atribuidas a un órgano superior o inferior del que lo dictó, y no existir disposición expresa que le autorizara su ejercicio.

Art. 127. El vicio del acto es grave o grosero si éste adolece de incompetencia en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones judiciales o legislativas.

El vicio del acto no es necesariamente grosero, pues existen muchos casos en que se puede dudar acerca de si la invasión de competencia legislativa existe o no, en virtud de la controversia acerca de la extensión de las facultades reglamentarias de la administración. Ver *Acto*, cap. IV, p. 113 y ss.

Art. 128. El vicio es leve o grave si la incompetencia surge de haberse ejercido atribuciones de índole administrativa de otros órganos, o que no han sido conferidas al órgano que las ejerce ni a otros órganos administrativos.

Art. 129. El vicio del acto es grave si éste adolece de incompetencia en razón del territorio.

Art. 130. El vicio del acto es grave si ha sido dictado por un órgano incompetente en razón del tiempo, por haber ejercido una facultad limitada temporalmente luego de agotado el plazo durante el cual estuvo concedida.

*Cap. 4º — De los vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto*

Art. 131. Es grosero el vicio del acto emanado de un usurpador. Es leve o muy leve el vicio del acto emanado de un funcionario de hecho, que ejerce efectivamente un cargo jurídicamente existente, y que lo hace bajo una apariencia de legitimidad de título.

Art. 132. Es grave el vicio, cualquiera sea el procedimiento, materia o tipo de acto de que se trate, cuando ha sido dictado sin haberse dado previamente al interesado oportunidad de conocer las actuaciones respectivas, hacer oír sus razones, y producir la prueba de descargo que sea pertinente. Es leve en cambio el vicio del acto si se ha dado oportunidad de defensa, pero en forma imperfecta.

Este artículo no es de aplicación cuando las actuaciones han sido declaradas *reservadas*, en los supuestos que autoriza el artículo 261 y siguientes. (Por ejemplo, cuando se trata de medidas cautelares en las que la reserva es necesaria para evitar que su anticipado conocimiento por el interesado permita “ocultar o destruir pruebas, o eludir la posible aplicación de una sanción:” inciso 1º del artículo 261.)

Art. 133. 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.

*Cap. 5º — De los vicios de la voluntad en la emisión del acto*

Art. 134. El vicio del acto es grave si:

1º) Es dictado sin haberse obtenido la previa autorización del órgano pertinente, cuando ella es exigida por el ordenamiento jurídico; o

2º) ordena la ejecución de otro que no ha sido aún aprobado cuando el orden jurídico lo exige.

Art. 135. El vicio del acto es grave si éste:

1º) Ha sido dictado con una finalidad distinta de la prevista por el orden jurídico para el caso concreto; o

2º) no ha tomado en cuenta y valorado en forma razonable los hechos y el derecho aplicable, o

3º) no obstante perseguir el mismo fin que el orden jurídico estableció para el caso concreto, se excede en el mismo, y adopta medidas que no están proporcionalmente adecuadas a ese fin.

Art. 136. El vicio de error se considera leve o grave y los vicios de dolo y violencia graves o groseros, de acuerdo a la mayor o menor importancia que revistan según las circunstancias de cada caso.

Art. 137. Las decisiones de órganos colegiados, dictadas sin haberse cumplido regularmente el requisito de la convocatoria o sin haberse sometido la cuestión a la deliberación de sus miembros, adolecen de un vicio leve o grave; las decisiones adoptadas sin quórum o sin la mayoría necesaria, adolecen de un vicio grosero.

Art. 138. Si falta la firma del funcionario que adopta la decisión, ello no constituye vicio de forma sino ausencia de la voluntad administrativa; en tal caso el vicio se reputa grosero.

### *Cap. 6º — De los vicios de forma*

Art. 139. Es grave el vicio del acto que no ha sido documentado por escrito, salvo lo dispuesto en los artículos 99 y 100.

Art. 140. Constituyen vicios graves:

- 1º) La falta de motivación escrita a que se refiere el artículo 106;
- 2º) la falta de notificación, o la notificación que no se efectúa mediante entrega de copia íntegra del acto, o que no se adecúa en su caso a lo establecido en el artículo 112.

Art. 141. El vicio del acto es leve:

- 1º) Si la motivación es genérica o vaga;
- 2º) si omite hacer la constancia a que se refiere el artículo 107
- 3º) si el acto no menciona los recursos de que puede ser objeto o no expresa que es recurrible, de acuerdo a lo establecido en el artículo 105;
- 4º) si la notificación no expresa en qué oficina se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo.

Art. 142. Son leves o muy leves los vicios relativos a la fecha de emisión del acto.

Art. 143. Constituyen vicios muy leves la falta de aclaración de la firma del funcionario interviniente, o de la mención del órgano del cual emana el acto, o del lugar de emisión de éste. Si alguna de estas omisiones afecta la claridad o precisión del acto, podrá constituir un vicio de oscuridad, regido por el artículo 120.

### *Título III — De las nulidades y de la inexistencia del acto administrativo*

#### *Cap. 1º — De las nulidades en general*

Art. 144. Las consecuencias jurídicas de los vicios del acto administrativo se gradúan, según su gravedad, en: Anulabilidad, nulidad e inexistencia. La anulabilidad corresponde al vicio leve, la nulidad al vicio grave y la inexistencia al vicio grosero. El vicio muy leve no afecta la validez del acto.

Art. 145. En caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo, debe estarse a la consecuencia más favorable a éste.

*Cap. 2° — De la anulabilidad*

Art. 146. El acto anulable se considera como acto regular a los efectos de este código; goza de presunción de legitimidad y ejecutividad. Tanto los funcionarios públicos como los particulares tienen obligación de cumplirlo.

Art. 147. El vicio del acto anulable es subsanable mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la validez del acto. El saneamiento del acto anulable produce efecto retroactivo, y el acto se considerará como si siempre hubiera sido válido.

Art. 148. La extinción del acto anulable, dispuesta en razón del vicio que lo afecta, produce efectos sólo para el futuro.

*Cap. 3° — De la nulidad*

Art. 149. El acto administrativo nulo no se considera como acto regular a los efectos de este código; no goza de presunción de legitimidad ni de ejecutividad. Los particulares no tienen la obligación de cumplirlo; los funcionarios públicos procederán de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 y siguientes.

Cfr. FIORINI, 22.

Art. 150. El vicio del acto nulo no es subsanable, sin perjuicio de que por medio de la conversión pueda transformarse el acto en uno nuevo válido; la declaración de su nulidad produce efectos retroactivos.

*Cap. 4° — De la inexistencia*

Art. 151. Denomínase inexistente a todo acto o hecho de cualquier naturaleza que fuera, que no constituya jurídicamente un acto administrativo, aunque posea eventualmente su apariencia, tales los que adolezcan de un vicio grosero o no emanen de una autoridad administrativa.

En otras palabras, aunque una declaración reúna algunos elementos que la hagan externamente similar a un acto administrativo, no será considerado como tal si no emana de una autoridad u órgano administrativo, o si emanado de uno de ellos, adolece no obstante de un vicio grosero. En lo que hace al problema terminológico, ver *Acto*, cap. III, p. 97.

Art. 152. El acto inexistente no se considera acto regular; no tiene presunción de legitimidad ni ejecutividad; los particulares no están obligados a cumplirlo y los funcionarios públicos tienen el deber de no cumplirlo ni ejecutarlo.

Art. 153. El vicio que determina la inexistencia del acto no puede ser subsanado; la declaración de la inexistencia del acto produce efectos retroactivos.

*Título IV — De la eficacia del acto administrativo**Cap. 1º — De la presunción de validez*

Art. 154. El acto administrativo regular se presume válido hasta tanto su posible invalidez no haya sido declarada por autoridad competente.

Se considera acto “regular” no sólo el acto válido, sino también el acto anulable, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 146; en cambio, el acto nulo e inexistente no se consideran regulares.

*Cap. 2º — De la ejecutividad*

Art. 155. El acto administrativo regular es ejecutivo y su cumplimiento es exigible a partir de la notificación regularmente efectuada.

Art. 156. Exceptúase de lo dispuesto en el artículo anterior el acto administrativo por el cual se otorgue un beneficio al administrado, caso en el cual su cumplimiento es exigible por éste a la administración desde la fecha en que se dictó.

Art. 157. Si el acto requiere aprobación tendrá ejecutividad sólo una vez que aquélla se produzca.

Cfr. LRJ, 33º. Se aplican, aquí también, los principios enunciados por los artículos precedentes.

Art. 158. La interposición de un recurso formalmente procedente suspende la ejecutividad del acto administrativo impugnado, pero la autoridad que lo dictó o la que debe resolver el recurso pueden disponer mediante resolución expresa la ejecución del acto.

*Procedimiento, cap. V.*

Art. 159. Si el recurrente lo solicita expresamente, su recurso no suspenderá la ejecutividad del acto impugnado, y no será necesario en tal caso una resolución expresa para proseguir con su ejecución.

Art. 160. Para que pueda disponerse la ejecución del acto no obstante la interposición del recurso, será necesario:

- 1º) Que la suspensión causara graves perjuicios a la administración o al público,
- 2º) que asimismo el acto pueda considerarse *prima facie* válido;
- 3º) que con ello no se cause un daño de difícil o imposible reparación al recurrente, o un daño proporcionalmente mayor que los perjuicios que la suspensión acarrearía a la administración.

Art. 161. La impugnación del acto que ordena la ejecución de un acto recurrido no tiene efecto suspensivo, y debe procederse a la ejecución del primer acto; pero la autoridad superior tiene la facultad de disponer también la suspensión del acto que ordena la ejecución, si considera que no se reúnen las condiciones establecidas en el artículo anterior.

Art. 162. También podrá disponerse la ejecución del acto no obstante la interposición del recurso cuando se trate del cobro de multas y obligaciones fiscales, procediéndose en tal caso con la limitación contenida en el artículo 187.

*Cap. 3º — De la ejecutoriedad*

Art. 163. El acto administrativo regular es ejecutorio cuando el ordenamiento jurídico reconoce a la administración la facultad de obtener su cumplimiento mediante el uso de medios directos o indirectos de coerción.

Art. 164. Los medios de coerción directa que el ordenamiento jurídico puede reconocer a la administración para conferir ejecutoriedad a sus actos se dividen en:

1º) Ejecución directa del acto por la administración;

2º) ejecución subsidiaria por terceros con cargo al que estaba obligado a cumplir el acto.

Art. 165. No podrá ejercerse coerción directa sobre la persona, salvo que una norma legal lo autorice expresamente.

SARAVIA, 157; Cfr. FIORINI. 52º.

Art. 166. Los medios de coerción indirecta que confieren ejecutoriedad al acto son las sanciones administrativas, tales como multa, inhabilitación, etc.

Art. 167. Tanto los medios de coerción directa como las sanciones u otros medios de coerción indirecta deben estar expresamente contemplados y autorizados por las leyes, este código u otras ordenanzas municipales, para el caso concreto. La administración no puede aplicar otros medios de coerción directa o indirecta a los administrados que aquellos que el ordenamiento jurídico expresamente le autorice en el caso concreto.

*Cap. 4º — De la ejecución directa por administración en la remoción de obstáculos en bienes de dominio público*

Art. 168. La ejecución directa del acto por la administración será admisible cuando se trate de retirar obstáculos, vehículos o animales irregularmente colocados o detenidos en bienes del dominio público.

Art. 169. En estos casos deberá hacerse una previa intimación verbal al propietario o tenedor de la cosa, si éste se hiciera presente en el lugar en tal momento, para que la retire con sus propios medios; si éste no se hiciera presente, o si estándolo se negara a cumplir el acto o no lo cumpliera dentro de un plazo razonable que se le fijará al efecto, podrá procederse a la ejecución directa del acto que ordena la remoción.

Art. 170. Cuando la ejecución directa del acto ha sido regularmente efectuada, el propietario o tenedor de la cosa removida tiene la obligación de abonar

los gastos ocasionados, a cuyo efecto el H. Concejo Deliberante fijará las tasas pertinentes.

Art. 171. El pago de la tasa a que se refiere el artículo anterior es independiente de la multa que pueda corresponder y deberá ser efectuado previamente a la restitución de la cosa.

Art. 172. Cuando la ejecución del acto por la administración ha sido irregularmente efectuada, por no haberse seguido el procedimiento establecido en los artículos precedentes, no corresponderá el pago de los gastos ocasionados, y si éstos hubieran sido pagados deberán ser restituidos a quien le hubieren sido cobrados.

Art. 173. Cuando el acto que se ejecuta directamente fuera luego invalidado por autoridad competente, corresponderá que se restituya lo que se hubiera cobrado en concepto de gastos de ejecución directa.

*Cap. 5° — De la ejecución directa por administración de otras obras o trabajos*

Art. 174. También será admisible la ejecución directa por administración cuando se trate de obras o trabajos que correspondiera hacer al particular, y que éste no haya ejecutado. En tal caso deberá intimarse previamente al propietario o persona que resultare obligada a efectuar el trabajo, a fin de que haga su descargo dentro de un término de cinco días. Este término podrá ampliarse hasta quince días en caso de no existir razones de urgencia.

Art. 175. Una vez efectuado el descargo y producida la prueba eminente, en el término que se fije y que no será menor de diez días, o vencido el plazo para efectuarlo, la administración decidirá si justifica o no el incumplimiento, pudiendo al efecto otorgar nuevo plazo a fin de que se ejecuten los trabajos, si estima que concurren causales que eximen su responsabilidad y no median razones de urgencia.

Art. 176. En caso de no existir causales que excluyan su responsabilidad, o vencido el plazo del artículo anterior sin que se hayan ejecutado los trabajos, o mediando razones de urgencia, la administración procederá directamente a la ejecución de los trabajos, con notificación del día y hora en que se realizarán.

Art. 177. Cuando los trabajos deban realizarse en el domicilio del interesado, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 108, inciso 5°, segunda parte, de la ley orgánica de municipalidades.

Art. 178. Los gastos de ejecución directa de los trabajos deberán ser abonados por los obligados al cumplimiento del acto, de acuerdo a las tasas que fije el Honorable Concejo Deliberante; en ausencia de esta fijación la administración

abrirá un procedimiento administrativo, dando plena intervención al interesado, a fin de establecer el valor de los trabajos efectuados.

Art. 179. Cuando la fijación del valor sea efectuada por la administración, se procederá de acuerdo al siguiente criterio: Si el costo del trabajo fuera para la administración menor que el de plaza para similares obras, aquél será el que deberá abonarse; si fuera mayor, sólo deberá pagarse el valor de plaza.

El prohibir cobrar por el trabajo más que el valor de plaza tiene por fin evitar que bajo dicho cobro de gastos se encubra una sanción de multa, como a veces ha ocurrido en otras municipalidades. (Caso típico: El gasto de grúa por llevar un coche mal estacionado.)

Art. 180. En ningún caso el administrado estará obligado a pagar los gastos de ejecución directa, si no se siguió regularmente el procedimiento establecido en el artículo 174 y siguientes a fin de ordenar la ejecución por administración, o si no mediando razones de urgencia se confirió un plazo irrazonablemente reducido para realizar las obras.

La exención de pagar los gastos no configura un enriquecimiento sin causa, porque el gasto efectuado por la administración estaría viciado de ilegitimidad: Si el gasto es ilegítimo, mal puede reclamarse su reembolso al particular afectado.

Art. 181. La ejecución por administración deberá realizarse de acuerdo a las reglas de la técnica, y cualquier daño que irregularmente se cometa en los bienes del administrado deberá serle indemnizado.

*Cap. 6° — De la ejecución directa por administración de las sanciones administrativas*

Art. 182. Cuando una norma expresamente autorice el decomiso de materiales o mercaderías, el acto que lo ordene deberá ser ejecutado directamente por la administración.

Art. 183. A pedido del interesado deberán tomarse dos muestras del producto, entregándosele una de ellas, debidamente sellada por el funcionario interviniente; la otra quedará como constancia administrativa, debiéndosela sellar de la misma manera y además con la firma del interesado, si éste lo solicitare.

Art. 184. La negativa de la administración a entregar una muestra al interesado, en caso de ser seguida de la total destrucción de la cosa, funda una presunción grave de que el producto decomisado estaba en buenas condiciones y el decomiso fue irregular. Si el acto que ordena el decomiso fuera invalidado, deberán indemnizarse los daños ocasionados.

Art. 185. El acto que ordene regularmente la clausura de un local o establecimiento podrá también ser ejecutado directamente por la administración, mediante el auxilio de la fuerza pública. Una vez notificado y firme el acto que ordena la clausura, puede procederse directamente a su ejecución sin necesidad

de intimación o procedimiento alguno. Si el administrado impugnara el acto se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158 y siguientes.

Art. 186. Aunque no haya transcurrido aún el plazo durante el cual el acto de clausura puede ser impugnado, y no haya sido interpuesto recurso alguno, la autoridad administrativa que lo dictó puede ordenar su ejecución inmediata, si concurren las circunstancias enunciadas en el artículo 160; esta medida puede también ser dispuesta al dictarse el acto de clausura.

Art. 187. Cuando el monto de la multa afecte sustancialmente el patrimonio o la actividad del individuo y aquélla haya sido recurrida, deberá dejarse en suspenso su cobro y la aplicación de nuevas penalidades hasta tanto la autoridad competente se pronuncie en definitiva sobre su validez.

#### *Cap. 7º — De la ejecución subsidiaria por terceros*

Art. 188. Puede también la administración, en los casos en que está autorizada a ejecutar directamente el acto de acuerdo a lo dispuesto en los capítulos cuarto y quinto del presente título, hacerlo ejecutar por terceros, con cargo al responsable del incumplimiento del acto. Las disposiciones de tales capítulos son aplicables a la ejecución por terceros, además de lo que a continuación se establece.

Art. 189. La ejecución por terceros deberá realizarse por medio de contratos celebrados en las mismas condiciones previstas por la ley orgánica de municipalidades y sus disposiciones complementarias y supletorias. Antes de iniciar las tratativas de contratación con terceros deberá seguirse el procedimiento establecido en el artículo 174 y siguientes.

Art. 190. El responsable será parte en el procedimiento de contratación y ejecución, pudiendo controlar sus distintas etapas y cuestionar los gastos o pagos que considere antijurídicos.

Art. 191. Terminada la ejecución por el tercero, la administración determinará el costo total de lo invertido, y requerirá su pago al responsable.

### *Título V — La extinción del acto administrativo*

#### *Cap. 1º — De la extinción del acto en general*

Art. 192. El acto administrativo se extingue de pleno derecho por:

- 1º) Cumplimiento del objeto;
- 2º) expiración del plazo;
- 3º) acaecimiento de una condición resolutoria;
- 4º) renuncia del interesado, cuando el acto ha sido dictado en exclusivo beneficio de éste y se trate de un interés privado y no público.

Art. 193. La administración puede también disponer la extinción del acto administrativo por revocación por ilegitimidad, revocación por oportunidad, y caducidad.

La extinción puede ser dispuesta por la misma autoridad que el acto, siempre que no se hubiera agotado su competencia, y por las autoridades superiores competentes en razón del grado y la materia.

Art. 194. En caso de avocación el inferior no tiene facultad de extinguir el acto dictado por el superior.

Art. 195. En el caso de delegación de facultades, y mientras ésta se mantenga, el órgano que recibe la delegación tiene la facultad de extinguir sus propios actos pero no los que precedentemente hubiera dictado el delegante. Terminada la delegación, el delegante puede extinguir los actos dictados por el delegado, y éste carece ya de facultades para extinguir aún sus propios actos, dictados mientras tenía la delegación.

Art. 196. Igual principio se aplicará en caso de sustitución por suplencia u otras causas. El sustituto puede extinguir sus actos pero no los del sustituido, mientras ejerce la sustitución; el sustituido, una vez terminada la sustitución, puede extinguir los actos del sustituto.

Art. 197. Los actos complejos, en que interviene más de una voluntad administrativa, no pueden ser extinguidos sino por otro acto complejo en que concurren las mismas voluntades que dictaron el acto originario, salvo disposición expresa en contrario contenida en ley u ordenanza.

Art. 198. La autoridad que dicta un acto que luego debe ser aprobado o controlado por otro órgano, mantiene la facultad de extinguir su acto, aunque el órgano de control haya dado la aprobación o el visto. Igual principio se aplicará cuando el acto requiere aprobación o acuerdo de otro órgano, siempre que no se trate de un acto complejo, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior.

#### *Cap. 2º — De los efectos de la extinción*

Art. 199. La extinción puede producir efectos retroactivos, o sólo para el futuro. Cuando la extinción produce efectos retroactivos, se eliminan los derechos que hubieran nacido al amparo del acto extinguido. Cuando la extinción produce efectos sólo para el futuro, se mantienen los derechos ya adquiridos en base al acto extinguido, pero no pueden ya adquirirse nuevos derechos en virtud de él.

Art. 200. Si el acto de extinción estuviera él mismo viciado, sus efectos dependerán de la entidad del vicio de que adolezca. Si el vicio es grave o grosero, el acto de extinción es nulo, no tiene presunción de legitimidad ni ejecutividad, y el acto anterior se mantiene por lo tanto en plena vigencia.

Art. 201. Si el acto de extinción tuviera un vicio leve, constituye un acto administrativo regular dotado de presunción de legitimidad y ejecutividad, y extingue por lo tanto el acto anterior.

Art. 202. En el caso del artículo anterior, la extinción por razones de ilegitimidad del acto que con un vicio leve extinguiera al primero, no hace ya renacer a éste. Si dispusiera expresamente que renace el primero, ello no produce efectos sino para el futuro, considerándose a todos sus efectos como un acto nuevo.

### *Cap. 3º — De la revocación en general*

Art. 203. 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.

Cfr. FIORINI, 23; SARAVIA, 19º.

Art. 204. El principio de la irrevocabilidad del acto administrativo no es aplicable:

1º) Cuando el acto esté viciado de nulidad o inexistencia, y el interesado haya podido o debido conocer el vicio;

2º) o cuando se trate de modificar el acto en beneficio del interesado;

3º) o cuando se revoque por razones de oportunidad un permiso de uso del dominio público, o un derecho que ha sido otorgado expresa y válidamente a título precario.

Cfr., sobre el inciso tercero, SARAVIA, 20º.

Art. 205. Cuando se dicte un acto de revocación en contravención a lo dispuesto en los artículos precedentes, o que vulnere un status jurídico, deberá extinguírsele y restablecer el acto o status anterior, e indemnizar los daños ocasionados.

Cfr., sobre el status jurídico, SARAVIA, 21º.

### *Cap. 4º — De la revocación por ilegitimidad*

Art. 206. Denomínase revocación por ilegitimidad a la extinción por la administración de un acto administrativo nulo o anulable en razón de un vicio originario o sobreviniente.

Art. 207. La declaración de la inexistencia de un acto administrativo puede ser efectuada de oficio por los mismos órganos administrativos que pueden extinguir un acto; sus efectos son los de la revocación por ilegitimidad del acto nulo. La inexistencia puede también ser constatada por cualquier funcionario que tome conocimiento del acto o hecho en razón de sus funciones, quien en tal caso no lo ejecutará.

Art. 208. El derecho de los interesados a pedir la declaración de inexistencia, o la revocación por nulidad, no está sujeto a término. El derecho a pedir la revocación por anulabilidad se rige por los términos que este código establece en el libro segundo.

Art. 209. La revocación por ilegitimidad puede realizarse a pedido de parte o de oficio. La autoridad administrativa competente tiene siempre la obligación de revocar el acto inválido, aunque el interesado no lo solicite o haya vencido el término para impugnarlo sin que nadie lo haya atacado. La renuncia de los interesados a impugnar un acto viciado, no purga su vicio.

Este artículo está limitado por el 203.

Art. 210. Cuando la revocación fuere fundada en razones de ilegitimidad existentes desde el nacimiento del acto, sus consecuencias serán las que correspondan a la importancia del vicio que funda la extinción. Si el acto revocado fuera nulo, la revocación produce efectos retroactivos; si fuera anulable, la revocación produce efectos sólo para el futuro.

Art. 211. Cuando la revocación por ilegitimidad se refiere a un acto que nació válido pero se transformó en nulo por haberse producido un cambio en el ordenamiento jurídico o en las circunstancias de hecho que determinan su validez, sus efectos se retrotraerán al momento en que dicho cambio se produjo y originó la nulidad.

Art. 212. Si el acto que nació válido se torna anulable por un cambio en el ordenamiento jurídico o en las circunstancias de hecho que determinan su validez, la revocación por ilegitimidad produce efectos sólo para el futuro.

#### *Cap. 5º — De la revocación por oportunidad*

Art. 213. El acto administrativo puede también revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con la limitación establecida en los artículos 203 y 204.

Art. 214. La revocación por oportunidad puede fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario. También puede fundarse en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen el acto, o del interés público afectado.

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.

Art. 216. Aunque la revocación a que se refiere el artículo anterior fuera válidamente dictada, corresponderá que se indemnice el daño emergente pero no el lucro cesante, cuando ella se funde:

1º) En una distinta valoración de las mismas circunstancias que dieron origen al acto; o

2º) en circunstancias existentes al momento de dictarse el acto originario, que no eran conocidas por culpa de la administración y sin que mediara ocultamiento del interesado; o

3º) en una distinta valoración del interés público afectado.

Art. 217. Cuando la revocación fuere inválida, por no reunir los requisitos señalados en el presente capítulo y sus remisiones, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 205.

### *Cap. 6º — De la caducidad*

Art. 218. Denomínase caducidad a la extinción de un acto administrativo dispuesta en virtud del incumplimiento del interesado a las obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone en razón de dicho acto. Para que la caducidad pueda declararse será necesario que el incumplimiento:

1º) Sea grave,

2º) y se refiera además a obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto.

Art. 219. Si el incumplimiento no es culpable, no procede declarar la caducidad del acto. Si es culpable pero no reviste gravedad o no se refiere a obligaciones esenciales en relación al acto, deben aplicarse los medios de coerción directa o indirecta que se establezcan en este código y en las demás disposiciones pertinentes. Sólo ante la reiteración grave del incumplimiento, después de ejercidos tales medios de coerción, podrá declararse la caducidad.

Art. 220. Cuando la administración estime que se han producido causales que justifican la caducidad del acto, debe hacérselo saber al interesado a fin de que éste presente su descargo y produzca la prueba que sea pertinente, de acuerdo al procedimiento que se establece en el libro segundo.

Art. 221. En caso de urgencia, estado de necesidad o especialísima gravedad del incumplimiento, la administración puede disponer provisionalmente la suspensión del acto, hasta tanto se termine con el procedimiento indicado en el artículo precedente, y se decida en definitiva.

*Sección III**Título único — De los reglamentos administrativos**Cap. 1º — Del concepto y requisitos de los reglamentos*

Art. 222. Los reglamentos están sometidos a los mismos requisitos de fondo y de forma que los actos administrativos, con excepción de los artículos 86, 87, 100, 101, 103, 104, y 108 a 113 inclusive, los que les son inaplicables, y con las demás modificaciones que resultarán del presente título.

Considérase reglamento a toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.

Art. 223. Todo reglamento debe ser publicado para tener ejecutividad. La publicación debe hacerse con transcripción íntegra y auténtica del reglamento, y debe efectuarse por medio de un boletín oficial de la Municipalidad.

Art. 224. En casos de necesidad o urgencia se admitirá excepcionalmente la publicación por otros medios idóneos para ponerlo en conocimiento del público, sin perjuicio de realizar igualmente la publicación en el boletín oficial municipal.

Art. 225. Se considerará fecha de publicación aquella en que el boletín oficial municipal efectivamente está a disposición del público, y no la fecha que en él conste si fuera anterior.

Art. 226. La falta de publicación no se subsana con la notificación individual del reglamento a todos o parte de los interesados.

*Cap. 2º — Del régimen jurídico de los reglamentos. Impugnación*

Art. 227. El régimen jurídico aplicable a los reglamentos es el mismo que corresponde a los actos administrativos, con excepción de los artículos 122 inciso 2º, 123, 132, 140, 141 incisos 1º y 4º, y 158 a 162 inclusive, que les son inaplicables, y con las demás modificaciones que resultan del presente título.

Art. 228. Constituyen vicios graves la falta de publicación, o la publicación no oficial, o la que se efectúa sin transcripción íntegra del reglamento, o sin cumplir en su caso con lo dispuesto en el artículo 112.

Art. 229. La impugnación de los reglamentos no está sujeta a término, y puede efectuarse en cualquier momento.

Art. 230. La impugnación de un reglamento no suspende su ejecutividad, pero la autoridad administrativa que lo dictó puede resolver su suspensión si considera que su ejecución produciría un daño de imposible o difícil reparación y la suspensión no acarrea graves perjuicios a la administración o al público.

*Cap. 3º — De las circulares e instrucciones*

Art. 231. Las instrucciones y circulares internas de la administración no obligan a los administrados, pero éstos pueden invocar en su favor las disposiciones que contengan, cuando ellas establezcan para los órganos administrativos o los funcionarios obligaciones en relación a dichos administrados.

Art. 232. Los actos administrativos dictados en contravención a instrucciones o circulares están viciados con los mismos alcances que si contravinieran disposiciones reglamentarias, cuando aquellas fueren en beneficio de los interesados.

Art. 233. Las instrucciones y circulares internas deben exponerse en vitrinas o murales en las oficinas respectivas durante un período mínimo de veinte días, y compilarse en un repertorio o carpeta que debe estar permanentemente a disposición de los funcionarios y de los administrados.

*Libro II**Del procedimiento administrativo**Sección I**Título I — Del procedimiento administrativo en general**Cap. 1º — Del procedimiento administrativo en general*

Art. 234. Las disposiciones de este Código referidas al procedimiento administrativo se aplican a todos los hechos y actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad de los órganos administrativos.

*Procedimiento*, cap. I. Queda pues comprendida dentro del concepto toda la actividad de los órganos administrativos, sin exclusión alguna.

Art. 235. Son aplicables analógicamente al procedimiento administrativo en subsidio de este Código, los principios del derecho procesal, en tanto impliquen una mayor protección de los administrados y no desnaturalicen su carácter. No serán aplicables analógicamente aquellos principios en virtud de los cuales pueda darse por decaído un derecho de los administrados.

*Cap. 2º — Del debido proceso*

Art. 236. Los interesados en el procedimiento administrativo tienen derecho a ser oídos, lo que comprende:

1º) Tener un leal conocimiento de las actuaciones administrativas desde antes de la decisión que en ellas se adopte en cuanto al fondo;

2º) expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo que se refiera a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, y también después;

3º) hacerse patrocinado o asistido por letrado;

4º) obtener una decisión expresa y fundada de los pedidos o reclamaciones y recursos interpuestos;

5º) que se haga consideración expresa de sus principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso.

Art. 237. Los interesados tienen también derecho a ofrecer y producir la prueba que hace a su defensa, lo que comprende:

1º) que toda prueba pertinente por ellos propuesta, sea producida;

2º) que la administración requiera y produzca los informes y dictámenes técnicos que fueren pertinentes para el mejor esclarecimiento de los hechos en controversia;

3º) que la producción de la prueba sea efectuada como regla general antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión;

4º) controlar por sí o por intermedio de sus representantes o letrados la producción de la prueba en todos sus aspectos.

### *Cap. 3º — De la legalidad objetiva en el procedimiento administrativo*

Art. 238. El procedimiento administrativo tenderá fundamentalmente a asegurar la vigencia del ordenamiento jurídico objetivo, y evitar la producción o el mantenimiento de actos ilegítimos, con la limitación contenida en el artículo 203 de este código.

La limitación que establece el artículo 203 es la de que los actos administrativos regulares que reconocen un derecho subjetivo a los interesados, son irrevocables en sede administrativa, salvo las excepciones expresamente contempladas.

Art. 239. La administración revocará de oficio los actos nulos que por medio de la conversión no puedan ser transformados en nuevos actos válidos, y los actos inexistentes, aunque el interesado no los haya impugnado o los haya impugnado sólo parcialmente.

No debe creerse que este principio es de un indebido rigorismo que impida soluciones de flexibilidad y de equidad, pues la *calificación* de un acto “nulo,” es *previa* a la aplicación de esta norma, y tiene ya suficiente amplitud para la consideración de circunstancias de hecho que puedan sugerir la conveniencia de una solución menos rígida. En efecto, es de advertir que por el artículo 117 la gravedad del vicio —y por lo tanto la calificación del acto como “regular” o como “nulo”— se hace siempre en el *caso concreto*; que de acuerdo al artículo 118 “La calificación que de algunos vicios del acto se da en este código no es rígida, y la autoridad administrativa a quien corresponda declarar la nulidad, puede apartarse excepcionalmente de la calificación que aquí se establece;” que, por último, el artículo 145 dispone expresamente que “En caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo, *debe estarse a la consecuencia más favorable a éste.*” La aplicación de estos tres principios impide todo excesivo rigorismo, y deja abierta la puerta para soluciones de equidad o de humanidad, de interés público, etc., que puedan ser requeridas. No estaría justificado calificar a un vicio como “grave”

y luego permitir que el acto, por razones del tipo indicado, siga en vigencia; por el contrario, la solución lógica y jurídica es en casos evaluar tales razones y en virtud de ellas calificar al vicio como “leve,” subsanando luego su vicio y permitiendo entonces la continuación de su vigencia.

Art. 240. La interposición tardía o improcedente de un recurso, reclamación o denuncia, tampoco exime a los órganos administrativos de la obligación de revocar el acto impugnado si el mismo resultara nulo o inexistente.

Art. 241. En caso de desistimiento de los interesados en la prosecución de sus recursos, reclamaciones o denuncias, la administración debe aceptarlo en cuanto a sus posibles consecuencias patrimoniales, pero tiene no obstante la obligación de revocar el acto si éste fuera nulo o inexistente; igual criterio se aplicará en caso de muerte o incapacidad del interesado.

En ambos artículos se aplica la limitación general enunciada en el art. 239, en el sentido de que si el acto nulo puede ser convertido en un nuevo acto válido, no deberá ser revocado sino convertido.

#### *Cap. 4º — De la oficialidad en el procedimiento*

Art. 242. La impulsión del procedimiento administrativo se realizará de oficio por los órganos administrativos intervinientes en su tramitación, sin perjuicio de la impulsión que puedan darle los interesados.

Art. 243. La falta de impulsión del procedimiento por los interesados no produce la caducidad de las actuaciones, debiendo la administración continuar con su tramitación hasta la decisión final.

Esta es una consecuencia de la oficialidad del procedimiento: Si la principal impulsión la provee la administración, no puede su propia inacción producir la caducidad de las actuaciones en perjuicio de los administrados. Con todo, cuando una norma expresa pone a cargo del administrado la impulsión de una etapa procesal (por ejemplo el artículo 353), entonces la norma general del presente artículo cederá ante la norma especial, procediéndose en tal caso de acuerdo a lo dispuesto en esta última: En el ejemplo del artículo 353, se dispone sin más trámite el archivo de las actuaciones.

En lo que hace al desistimiento del interesado, es de aplicación el artículo 241, y por lo tanto la obligación administrativa de continuar con el trámite sólo existe si el acto es nulo o inexistente, no en cambio si es válido o anulable.

Art. 244. El procedimiento administrativo debe instruirse de oficio, y corresponde a los órganos que intervienen en él realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos conducentes a la decisión, sin perjuicio del derecho de los interesados a ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes.

Art. 245. La administración está obligada a ajustarse a la verdad material de los hechos, sin que la obliguen los acuerdos entre los interesados acerca de tales hechos, ni la exima de investigarlos, conocerlos y ajustarse a ellos, la circunstancia de no haber sido alegados o probados por las partes.

Se trata del principio de la “verdad material,” por oposición al de la “verdad formal;” este último impera en el proceso judicial tradicional, en el cual el juez “...sólo conoce del litigio en la

extensión que las partes quieran hacerle conocer, de tal manera que los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia.” (Alsina, t. I, p. 449.)

*Cap. 5º — Del informalismo en favor del administrado*

Art. 246. En el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor del administrado, en virtud del cual podrá ser excusada la inobservancia de los requisitos formales establecidos, cuando ellos no sean fundamentales. Este principio rige únicamente en favor de los administrados, y no exime a la administración del cumplimiento de los recaudos procesales instituidos como garantía de aquéllos y de la regularidad del procedimiento.

Art. 247. El principio del informalismo en favor del administrado tendrá especialmente aplicación:

1º) En lo referente a la calificación técnica de los recursos, a cuyo respecto la equivocación del recurrente en cuanto a la especie de recurso que ha debido interponer deberá ser salvada por la administración, dándole el carácter que legalmente corresponda;

2º) en lo que hace a la interpretación de la voluntad del recurrente, cuando su presentación no contenga la expresa manifestación de voluntad de recurrir, pero pueda no obstante inferirse del escrito su intención de así hacerlo;

3º) en lo que respecta al incumplimiento de requisitos de forma no fundamentales, procediéndose en tal caso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 246, sin perjuicio de que pueda exigirse su cumplimiento antes de adoptarse la decisión definitiva;

4º) en lo atinente a los escritos presentados ante funcionario incompetente, los cuales deberán ser enviados a los organismos competentes.

Esta enumeración no es taxativa.

Art. 248. El principio del informalismo en favor del administrado no será de aplicación cuando por su culpa o negligencia el interesado entorpezca en forma grave el procedimiento, haciendo un ejercicio irrazonable o abusivo de su derecho de defensa. En tal caso no podrá, sin embargo, dársele por decaído su derecho de fondo, sin perjuicio de limitar su intervención a lo prudentemente necesario para su defensa, o de exigirle representación o patrocinio letrado.

En sentido concordante, artículos 321, 322, 349, 366, 381, 387, 392.

Art. 249. En el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, simplicidad y economía del mismo, y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o

dificulten su desenvolvimiento. Estos principios tenderán a la más correcta y plena aplicación de los anteriormente enunciados.

Como lo indica la última parte del artículo estos principios son *supletorios y complementarios* de los anteriores, y *no pueden prevalecer* sobre ellos.

## *Título II — De las actuaciones administrativas*

### *Cap. 1º — De los expedientes administrativos*

Art. 250. Ningún trámite o diligencia podrá ser dilatada por falta de sellado municipal cuando él corresponda, y deberá ser practicado en tal caso en papel simple con cargo de reposición por el interesado o quien sea responsable.

Santiago del Estero, 51.

Art. 251. Cuando deban desglosarse piezas del expediente y no corresponda dejar copia de ellas, se las sustituirá por fojas especiales en las que constatará con claridad la índole y detalle de la pieza desglosada, el motivo de su retiro, la fecha y firma del empleado que lo realizó y el sello de la oficina.

Art. 252. Cuando se agreguen expedientes que se refieran a la misma cuestión tramitada en aquél al cual se agregan, se formará un sólo expediente con ellos, refoliándose los agregados a continuación del principal.

Art. 253. En los informes administrativos no técnicos que se produzcan en un determinado expediente, no podrá incorporarse la reproducción de actuaciones anteriores ni cualquier otro dato que ya figure en el mismo expediente, salvo las citas que pudieran resultar imprescindibles. Exceptúase de lo dispuesto en este artículo al informe del instructor sobre la prueba y los formes producidos, cuando deba elevarlo para su dictamen letrado y decisión.

Comp. LPA, 86, inc. 1.

### *Cap. 2º — De la vista de las actuaciones*

Art. 254. Las partes en un procedimiento administrativo, y sus representantes o letrados, tendrán derecho a conocer en cualquier momento el estado de su tramitación, y a tomar vista de las actuaciones, sin necesidad de una resolución expresa al efecto.

Art. 255. La vista de las actuaciones se hará en todos los casos informalmente, ante la simple solicitud verbal del interesado, en las oficinas en que se encuentre el expediente al momento de ser requerida; no corresponderá enviar las actuaciones a la Mesa de Entradas para ello. El funcionario interviniente podrá pedirle

la acreditación de su identidad, cuando ésta no le constare, y deberá facilitarle el expediente para su revisión.

En sentido similar Catamarca, art. 31, admite que las vistas y traslados puedan tomarse directamente en las oficinas en que se encuentra el expediente, sin necesidad de recurrir al engorroso trámite de pasarlo a la Mesa de Entradas a ese único efecto. Al respecto ver *Estudios*, cap. IV.

Art. 256. El derecho a tomar vista de las actuaciones comprende no sólo la facultad de revisarlas y leerlas por sí, sino también la de copiar cualquier parte de ellas.

### *Cap. 3º — De la reserva de las actuaciones*

Art. 257. Las vistas y traslados se otorgarán sin limitación de parte alguna del expediente, y se incluirán también los informes técnicos y dictámenes fiscales o letrados que se hayan producido.

Art. 258. Sólo podrá limitarse el acceso del interesado a todo o parte de las actuaciones cuando exista disposición expresa de una autoridad competente no inferior a Director General o similar, que así lo disponga.

Art. 259. La calificación de “reservado” de un expediente o de alguna parte del mismo debe referirse siempre al caso concreto, especificando cuáles son las piezas y las actuaciones de que se trata. No podrán hacerse calificaciones generales para todos los asuntos de una misma naturaleza, sino que deberá efectuarse la determinación concreta, en cada uno de los casos ocurrentes, de tal carácter reservado.

Art. 260. La decisión deberá ser fundada, indicando las razones que justifiquen negar el acceso del interesado a la parte de las actuaciones de que se trata. El mero hecho de que los informes o dictámenes sean favorables o adversos al interesado no justifica el darle carácter de reservados.

Art. 261. La reserva de las actuaciones puede disponerse con carácter precautorio o definitivo. Será definitiva cuando se trate de actuaciones que por su naturaleza o alcances en el caso concreto no deban ser conocidos en ningún momento por las partes. Esta calificación sólo podrá ser hecha por el D. E. o el Secretario competente.

Art. 262. La reserva de las actuaciones será precautoria cuando tienda a evitar que las partes, por un anticipado conocimiento de ellas, puedan:

- 1º) Ocultar o destruir pruebas, o eludir la posible aplicación de una sanción;
- 2º) adquirir una ventaja indebida sobre otras personas, como por ejemplo los demás oferentes en una licitación pública o privada.

En el primer caso, la reserva cesará cuando se reúna la prueba de cargo pertinente y se hayan tomado las medidas precautorias que fueren necesarias para asegurar el cumplimiento de la eventual sanción; en el segundo, cuando se haya

cerrado el plazo para la presentación de las propuestas o haya desaparecido de otro modo la causa que motivó la reserva.

El inciso 2° menciona la licitación a título ejemplificativo, pudiendo ser aplicado a otros supuestos. Por lo que se refiere al inciso 1°, el ejemplo más común puede constituirlo un sumario: Con todo, debe evitarse el declarar reservados *todos* los sumarios, como práctica habitual, y reservar la facultad de esta norma sólo para cuando ella esté claramente justificada.

Art. 263. El interesado puede impugnar en cualquier tiempo la decisión que declara total o parcialmente reservadas las actuaciones, sea precautoria o definitivamente. La impugnación de tal acto no suspende su ejecutividad.

*Cap. 4° — De los traslados para la audiencia de los interesados*

Art. 264. Si al iniciarse el procedimiento de oficio el instructor advierte que el mismo afecta o puede afectar los derechos subjetivos o intereses legítimos de determinada persona, realizará las diligencias necesarias para individualizarla y le notificará de la existencia de tal procedimiento, dejando constancia de la notificación en las actuaciones.

Art. 265. Si en un procedimiento iniciado de oficio se declararon reservadas precautoriamente las actuaciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 262, la notificación a que se refiere el artículo anterior se hará una vez terminada la reserva y antes de adoptarse decisión alguna en cuanto al fondo.

Art. 266. Si de la iniciación del procedimiento a instancia de un administrado, o de la posterior instrucción del mismo surgiera que alguna otra persona que no ha comparecido en él pudiera tener un derecho subjetivo o interés legítimo en la cuestión de que se trata, se le notificará igualmente de la tramitación del expediente a efecto de que se tome intervención en el estado en que se encuentran las actuaciones.

Comp. LPA, 26°.

Art. 267. Los traslados se dispondrán en todos los casos dentro de los cinco días de producidos los hechos que los motivan, y podrá otorgárselos indistintamente en las oficinas en que se encuentra el expediente según su trámite y sin suspender a éste, o en la Mesa de Entradas de la repartición.

Art. 268. El término para contestar los traslados será de quince días; cuando haya más de una parte que deba contestar el traslado, el término será común a todas ellas.

Sobre los artículos precedentes respecto a la vista y la *reserva* de actuaciones, y la necesaria audiencia a los interesados, ver *Estudios*, capítulo IV.

*Sección II**Instituciones del procedimiento administrativo**Título I — De las partes en el procedimiento administrativo**Cap. 1º — De la capacidad para ser parte*

Art. 269. Tienen capacidad para ser partes en el procedimiento administrativo, además de los sujetos de derecho con plena capacidad civil, sean personas individuales o colectivas, y de los organismos administrativos dotados de personalidad jurídica:

1º) Los menores adultos, sin necesidad de especial autorización del padre, tutor o guardador, en los casos del artículo 283 del Código Civil;

2º) los órganos administrativos carentes de personalidad jurídica, al solo efecto de defender sus actos y atribuciones, y en forma limitada y excepcional.

3º) Las asociaciones civiles sin personalidad jurídica.

El artículo 283 del Código Civil dispone: “Se presume que los hijos de Familia adultos, si ejercieren empleo público, o alguna profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público o a su profesión o industria.” En una estricta técnica legislativa, tal vez pudiera considerarse que la referencia a esta norma del Código Civil es innecesaria, pues ella será de todos modos de aplicación obligatoria, pero hemos creído preferible aclarar expresamente la cuestión, para evitar dudas como las que a veces ha planteado el decreto del P.E.N. n° 7520/944, el cual parece querer sentar una norma más amplia que este artículo del Código Civil.

En lo que respecta al inciso 2º, ver *Procedimiento*, cap. 4º.

Art. 270. Los menores adultos, fuera de las hipótesis del artículo 283 del Código Civil, podrán ser partes en el procedimiento administrativo con especial autorización de su padre, tutor o guardador; pero si no tuvieran autorización podrán presentarse aduciendo el motivo de la falta de ese requisito y el órgano competente para decidir sobre el fondo del recurso resolverá si debe o no reconocérsele el carácter de parte, cuidando de que no exceda el ejercicio de la capacidad reconocida por las leyes civiles.

Ver la nota al artículo anterior. Si bien la nota al artículo 128 del Código Civil expresa que “La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado y no se extiende al derecho público,” es de advertir que en un procedimiento administrativo no se plantean siempre mente cuestiones de derecho público, y que puede haberlas de derecho privado: En este último caso, habiendo menores que actúan sin autorización paterna, habrá de cuidarse que no excedan el ejercicio de su capacidad civil; de allí la aclaración que contiene la parte final del artículo 270 de este código.

Art. 271. La capacidad de los organismos administrativos sin personalidad jurídica para ser parte, podrá ser restringida por los funcionarios competentes para decidir sobre la cuestión que motiva su intervención, cuando ella pueda ser motivo de desorden o confusión en el procedimiento, o afectara la jerarquía o la unidad administrativa. En tal caso el funcionario competente fijará los límites

dentro de los cuales el órgano de que se trate deberá actuar, y éste se ajustará a dichos límites sin derecho a interponer recurso alguno contra esta decisión.

*Cap. 2º — De los terceros en el procedimiento*

Art. 272. Los terceros que tengan derechos subjetivos o intereses legítimos que puedan verse afectados en los procedimientos seguidos por otras personas, podrán constituirse como partes con los mismos derechos y deberes reconocidos a éstas en el presente código.

*Cap. 3º — De la sustitución de partes*

Art. 273. En caso de fallecimiento de alguna de las partes, sus herederos podrán sustituirse a ella hasta la terminación del procedimiento en que se hallaba interesada. La sustitución se hará efectiva definitivamente recién con la presentación del testimonio de la declaratoria de herederos.

Carece de sentido establecer, como lo hacen algunas leyes provinciales, que producido el fallecimiento se intimará a los herederos personalmente o por edictos para que comparezcan, “bajo apercibimiento de tenerlos por desistidos de su gestión” (Santiago del Estero, ley 2296, art. 12º), puesto que los llamados a recibir la sucesión pueden no estar en posesión de la herencia (arts. 3411 a 3413 del Código Civil) y no poder en consecuencia ejercer ninguna de las acciones que dependen de la sucesión. (Art. 3414, C.C.)

Art. 274. El cónyuge supérstite y los hijos podrán sin embargo actuar en sustitución del causante para las gestiones de mero trámite, incluso antes dictarse la declaratoria de herederos. Al efecto,

1º) acreditarán el vínculo con la partida de matrimonio y de nacimiento, respectivamente;

2º) unificarán la personería,

3º) e informarán cuál es el Juzgado y Secretaría donde está radicada la sucesión.

Se trata de recaudos tendientes a asegurar la regularidad de la sustitución provisoria, y evitar en lo posible controversias entre los herederos acerca del procedimiento administrativo.

Art. 275. Cuando se trate de bienes de escaso valor patrimonial, la administración podrá dispensar a los herederos del requisito del artículo 273 y del inciso 3º del artículo 274, previa determinación de los recaudos que estime conveniente.

Art. 276. Cuando una persona jurídica su transforme o fusione, la nueva entidad podrá también sustituirse a la anterior en el carácter de parte, siempre que de la documentación acompañada se desprenda el traspaso de la titularidad de los derechos que se reclaman.

*Cap. 4º — De la representación de las partes*

Art. 277. Las partes en el procedimiento administrativo pueden en todos los casos actuar por sí o por medio de representantes debidamente autorizados para actuar ante las reparticiones públicas.

El derecho a hacerse representar no puede ser restringido por la administración, sin perjuicio desde luego de la obligación que pueda eventualmente existir de presentarse personalmente para deponer. Cuando la representación se acredita mediante un poder general, es necesario que éste aclare que el mandatario está también facultado para actuar ante las reparticiones públicas.

Art. 278. Todos los sujetos de derecho con plena capacidad civil pueden ser representantes.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo que establece el artículo 248, y por ello, en caso de que la parte interesada o su representante perturben negligentemente el orden del procedimiento, podrá exigirse sea el patrocinio letrado, sea la representación por abogado o procurador matriculado. Ver, en sentido concordante, art. 282.

Art. 279. La representación puede acreditarse mediante:

- 1º) Testimonio de poder otorgado ante escribano público;
- 2º) copia simple de un poder general vigente, de cuya autenticidad y vigilancia de fe el abogado patrocinante;
- 3º) poder otorgado en acta levantada en la Mesa de Entrada de la repartición, o presentado personalmente por el mandante, previa acreditación de identidad;
- 4º) carta poder cuya firma esté autenticada por escribano público, Juez de Paz del lugar o Secretario de dicho juzgado, Comisario de policía u otra autoridad policial del lugar.

La considerable amplitud que damos a los medios de acreditar la representación, hace innecesario contemplar algunos supuestos informales de representación presunta, tales como los que establece la ley española (que dispone que para actos y gestiones de mero trámite se presumirá la representación) o la ley austríaca. (Que igualmente presume la representación cuando actúa un miembro de la familia o un empleado o dependiente conocido en esa calidad por la administración.) Ver respectivamente LPA, art. 24, inc. 2º in fine, y VVG, art. 10, inc. 4º.

Art. 280. Cesará la representación:

- 1º) Por revocación del poder. La intervención del interesado en el procedimiento no importa revocación del mandato, si al efectuarla no formula declaración expresa en tal sentido.
- 2º) Por renuncia del mandatario, después de comparecido el mandante o vencido el término del emplazamiento que se le haga al efecto;
- 3º) por muerte, incapacidad o inhabilidad del mandatario o muerte o insania del mandante. Este hecho dará lugar a la suspensión del trámite administrativo a solicitud del mandante o sus derechohabientes o representantes legales en su caso, por el término que se determine.

Comparar Santiago del Estero, art. 13º, y Catamarca, arts. 8º 9º. No establecemos como una causal más de cesación de la representación la falta de estilo del representante, tal como lo hace el texto citado en último lugar, por las siguientes razones: 1º) Que en el caso de una comuna,

puede ser discutible que pueda imponer ese tipo de sanción; 2°) la sanción es de todos modos excesiva, tanto que ni siquiera se la conoce en el proceso judicial; 3°) al no poder establecerse una sanción similar para el mandante —verdadero responsable de la falsedad de la denuncia, etc., en la mayoría de los casos— resulta no sólo injusto sino también inconducente castigar exclusivamente al mandatario.

Art. 281. Cuando el expediente sea iniciado o proseguido conjuntamente por dos o más personas que gestionan intereses comunes, se les exigirá que en un plazo de diez días de notificadas, unifiquen la representación, bajo apercibimiento de que si así no lo hicieren se entenderá el trámite futuro y todas las diligencias y notificaciones con el primer firmante o el que primero se hubiese presentado.

#### *Cap. 5° — Del patrocinio de las partes*

Art. 282. Las partes y sus representantes tienen en todas las etapas del procedimiento el derecho de hacerse patrocinar por un abogado. Este patrocinio no es obligatorio, salvo en los siguientes casos:

- 1°) En la hipótesis del artículo 248, si la administración lo exigiera;
- 2°) cuando el monto del asunto sea superior a quinientos mil pesos moneda nacional; el Departamento Ejecutivo podrá reajustar dicho monto;
- 3°) en los demás casos que la Fiscalía Municipal disponga, para el procedimiento ante ella.

Art. 283. Las partes y sus representantes tienen también derecho a hacerse asistir por otro tipo de profesional universitario, en las actuaciones técnicas pertinentes.

#### *Cap. 6° — De la legitimación de las partes*

Art. 284. Para ser tenido como parte interesada en el procedimiento de un recurso o reclamación administrativa se requiere además de la capacidad respectiva, acreditar un derecho subjetivo o un interés legítimo, esto es, personal y directo, en la decisión que pueda recaer.

Respecto a los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo ver *Introducción*, cap. XI y XII, y *Procedimiento*, cap. III y IV. El requisito de tener un derecho subjetivo o un interés legítimo lo restringimos a los recursos y reclamaciones, tal como lo explicamos en “Comentarios” (al *Proyecto* FIORINI, citado), nota al art. 13.

Art. 285. La apreciación de si una persona tiene o no interés legítimo se hará en base a sus condiciones personales, su situación respecto a la cuestión de que se trate y demás datos objetivos que permitan señalar que ésta lo afecta en forma diferenciada con relación al resto los integrantes la comunidad.

Art. 286. El interés legítimo puede ser de índole patrimonial o moral, incluyéndose en este último supuesto el interés científico, artístico, religioso, etc.

Ver *Procedimiento*, cap. IV.

Art. 287. Cuando un acto administrativo o un reglamento lesione derechos subjetivos o intereses legítimos de la generalidad o de un grupo diferenciado de los miembros de una asociación, se considerará que ella está legitimada para actuar en defensa de tales derechos o intereses de sus miembros.

Sobre los artículos precedentes, su fundamento y alcances, ver *Procedimiento*, cap. IV.

Art. 288. Para ser parte en las meras peticiones y denuncias será suficiente el interés simple, o sea aquel que alcanza en similar medida a todos los integrantes de la comunidad, sin afectar a una parte de ellos en forma diferenciada, personal y directa.

## *Título II — Del administrador en el procedimiento administrativo*

### *Cap. 1º — De las facultades y deberes del administrador respecto al trámite*

Art. 289. Todos los funcionarios intervinientes en el procedimiento administrativo tienen la obligación de impulsarlo de oficio;

1º) si encontraran en el expediente peticiones concretas de las partes, que no han sido consideradas o resueltas, lo harán presente a los organismos competentes a fin de que éstos realicen las trámites encaminados a obtener su decisión;

2º) si advirtieran que las actuaciones se hallan paralizadas, realizarán las gestiones necesarias para reactivarlas;

3º) si al efecto fuera necesaria la cumplimentación de algún recaudo por parte del interesado, lo harán saber de ello;

4º) en general, adoptarán todas las providencias necesarias y convenientes, dentro de su competencia, para impulsar el procedimiento en sus pasos subsiguientes hasta la decisión aunque las partes no lo hubiesen solicitado o sus superiores jerárquicos no se lo hubiesen ordenado expresamente.

Art. 290. Los funcionarios intervinientes tiene también el deber de corregir de oficio, dentro de su competencia, todos los vicios y errores del procedimiento y de los actos en él dictados, cuando sean subsanables, en cualquier estado en que se encuentren las actuaciones. Si los vicios no fueran subsanables, deberán revocar de oficio por ilegitimidad los actos respectivos, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 238 y siguientes, si tuvieran competencia para ello.

Es decir que si se trata de actos anulables, los funcionarios deberán sanearlos si ello estuviera dentro de su competencia; si fueran actos nulos o inexistentes, deberán revocarlos en iguales circunstancias.

Art. 291. La facultad de decidir sobre la procedencia o improcedencia formal de un recurso, reclamación o denuncia, corresponde sólo a la misma autoridad que está facultada para decidir sobre su fondo; debiendo los funcionarios de

menor jerarquía limitarse a elevarlos según su trámite normal, sin perjuicio de hacer constar los defectos formales que a su juicio existan.

Se trata del criterio sustentado por la Procuración del Tesoro de la Nación, la que ha sostenido en relación al recurso jerárquico que "...se interpone directamente ante la autoridad superior que es la que resuelve o no darle curso y se pronuncia sobre el fondo, careciendo, como consecuencia del vínculo supremacía jerárquica, la autoridad jerárquicamente subordinada de competencia para limitar las atribuciones del superior, v. gr., denegando el recurso." (PTN, *Dictámenes*, 73: 140; doctrina uniforme en la administración nacional.) Hay en esto una neta diferencia con el Proceso judicial, ya que el recurso de apelación se caracteriza porque "...hace falta que sea concedido por el juez *a quo* o, en su defecto, se deduzca recurso de hecho, para que el tribunal de alzada pueda conocer del mismo." (Ídem.)

*Cap. 2º — De las facultades y deberes respecto a la defensa de las partes  
y a la prueba*

Art. 292. Todos los funcionarios intervinientes en el procedimiento administrativo tienen el deber de facilitar la defensa de los interesados, sin dificultar el ejercicio de las atribuciones que a éstos confieren los artículos 236, 237 y concordantes. Deberán así facilitar en todo momento, y particularmente desde antes de que se adopte una decisión sobre la cuestión que motiva las actuaciones:

1º) El acceso de las partes y sus abogados a las actuaciones, salvo los casos de excepción expresamente previstos en este código;

2º) la presentación de escritos y formulación de reservas de derechos;

3º) el ofrecimiento, producción y control de la prueba pertinente.

Art. 293. Los funcionarios intervinientes deberán también instruir de oficio el procedimiento, produciendo o requiriendo a otros órganos la producción de las pruebas que fueran pertinentes.

Art. 294. Tienen igualmente el deber de tramitar y decidir expresamente las peticiones efectuadas por los interesados, adoptando en término las providencias necesarias o convenientes, y no pudiendo archivarlas sin haberlas resuelto expresamente.

Este artículo está limitado por los artículos 248, 349 y concordantes.

*Cap. 3º — De las facultades y deberes respecto a la decisión sobre el fondo de  
los recursos*

Art. 295. La autoridad que dicta un acto tiene facultades para revocarlo por razones de ilegitimidad aún después que aquél ha sido impugnado jerárquicamente; carece en cambio de atribuciones para rechazar la impugnación, confirmar el acto, o modificarlo de manera más gravosa para el recurrente, una vez interpuesto el recurso ante la autoridad superior.

Art. 296. Si la autoridad superior de la que dictó un acto rechaza el recurso interpuesto contra éste, la autoridad que lo dictara mantiene atribuciones para

revocarlo por razones de ilegitimidad, con la misma limitación contenida en la última parte del artículo anterior.

Ver los argumentos y referencias doctrinarias efectuadas en *Procedimiento*, cap. VI, p. 119 y nota 11. Este artículo, además está limitado por el siguiente.

Art. 297. Si la autoridad superior de la que dictó un acto modifica el acto impugnado, lo sustituye por otro, o lo revoca, la autoridad inferior carece de atribuciones para revocar o modificar el nuevo acto, o reiterar el acto anterior.

Art. 298. Las autoridades superiores de la que dictó un acto tienen también atribuciones para revocarlo por razones de ilegitimidad, aunque el recurso interpuesto por el interesado haya sido elevado a una autoridad superior a ellas, y con la misma limitación del artículo 295.

Desde luego, también en este caso han de ser de aplicación las limitaciones contenidas en la última parte del artículo 295; en cuanto a la facultad que aquí se reconoce, ella está fundada en el control de legitimidad que es ínsito a sus superiores sobre los actos de los dependientes.

Art. 299. En todos los casos la revocación por razones de ilegitimidad tendrá como límite lo dispuesto en el artículo 203 de éste código, y las decisiones que recaigan en los recursos promovidos por los interesados no pueden reformar en perjuicio de éstos los actos impugnados, salvo que se den las circunstancias del artículo 204.

#### *Cap. 4º — Disposiciones comunes*

Art. 300. La omisión de tramitar una petición de los interesados de acuerdo a las reglas y a los términos establecidos en este código, o de decidirla expresamente en término, se considerará negligencia grave en el cumplimiento de la función, y aunque no perjudique directamente a la administración, dará lugar a la aplicación de las sanciones de llamada de atención, apercibimiento, suspensión, etc., de acuerdo a su importancia y a los antecedentes del funcionario.

Las distintas sanciones aplicables y los funcionarios competentes para disponerlas están establecidos en el Estatuto y Escalafón para el Personal Municipal, al cual nos remitimos; solamente se aclara aquí que las infracciones mencionadas, aunque no provoquen un perjuicio directo a la administración, deben igualmente considerarse faltas disciplinarias y ser castigadas.

Art. 301. Las facultades y deberes que se mencionan en este título para los funcionarios públicos no excluyen los demás que surgen expresa o implícitamente de las otras disposiciones de este código.

#### *Cap. 5º — De la excusación y recusación de los funcionarios*

Art. 302. Los funcionarios intervinientes podrán excusarse y ser recusados:

1º) Cuando medie parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado, o segundo de afinidad, con el interesado;

2°) cuando tengan amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes;

3°) cuando tengan relaciones de intereses o sean acreedores o deudores de alguna de las partes;

4°) cuando tengan relación de dependencia con alguna de las partes;

5°) cuando tengan interés personal respecto a la cuestión a decidir.

Art. 303. La excusación del funcionario o su recusación por los interesados no produce la suspensión del procedimiento ni implica la separación automática del funcionario interviniente; sin embargo, la autoridad competente para decidir puede disponer preventivamente la separación, cuando existan razones que a su juicio lo justifiquen.

Si bien la ley española establece que el funcionario “se abstendrá de intervenir” si se considera incurso en una causal de excusación (art. 20) y de hecho suspende el procedimiento mientras se decide la recusación (art. 21), creemos preferible la solución contraria del texto. Ella obvia, por otra parte, algunas críticas que en nuestro país se han hecho a la recusación, diciendo que ella interrumpiría la continuidad de la acción administrativa y paralizaría la ejecución de un acto. Ver *Procedimiento*, cap. VI.

Art. 304. Con el escrito de excusación o recusación se formará un expediente separado, al cual se agregarán los informes que sean necesarios, y se elevará dentro de los diez días al funcionario inmediatamente superior, el cual decidirá la cuestión.

Art. 305. Si el funcionario excusado o recusado forma parte de un cuerpo colegiado, corresponderá a los demás miembros decidir acerca de la cuestión; si se tratara del funcionario superior del ente, y no integrara un órgano colegiado, a él mismo corresponderá decidirla.

Art. 306. Si el órgano competente para decidir admitiera la excusación o recusación, designará en el mismo acto qué funcionario deberá continuar con la tramitación del procedimiento de que se trata.

### *Título III — De la publicidad de los actos en el procedimiento administrativo*

#### *Cap. 1° — De la publicidad en general*

Art. 307. La publicidad de los actos y reglamentos administrativos integra formalmente a éstos; sin su requisito ellos carecen de ejecutividad y no empiezan a correr los términos para impugnarlos, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 108 y 223 de este código.

#### *Cap. 2° — De la notificación*

Art. 308. La notificación es la especie de publicidad aplicable al acto administrativo, y se rige por los artículos 108 a 113 inclusive de este código. Si la notificación

estuviera viciada gravemente, en las hipótesis contempladas en el inciso 2° del artículo 140, el acto irregularmente notificado no será ejecutivo, y no correrán los términos para recurrir de él.

Art. 309. Si la notificación estuviera viciada levemente, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 141, el acto administrativo es anulable y en consecuencia su impugnación, incluso en lo que respecta al vicio de la notificación, debe hacerse dentro de los términos establecidos en este código.

Art. 310. La impugnación del acto hecha por el interesado no subsana por sí el vicio que tenga la notificación, pero puede constituir una nueva notificación válida, si denota un pleno conocimiento del acto.

Esta situación es similar, aunque no idéntica, a la contemplada en el inciso 3° del artículo 109; en el artículo 109 se trata de una expresa manifestación de voluntad de darse por notificado, mientras que acá se trata de la voluntad de impugnarlo hecha en base a un conocimiento pleno del acto. El requisito de que la impugnación denote un “pleno conocimiento” del acto resguarda la buena fe que debe imperar en el procedimiento, y en virtud de él la administración deberá notificarlo fehacientemente si advierte del recurso que el interesado no conoce acabadamente los aspectos que hacen a su derecho.

Art. 311. Cuando una ordenanza autorice en forma expresa notificaciones por telegrama o por carta certificada, por expreso, o con aviso de retorno, se dejará copia en el expediente, y constancia del comprobante de correos o del número respectivo si lo hubiere.

### Cap. 3° — De la publicación

Art. 312. La publicación es la especie de publicidad aplicable a los reglamentos administrativos, y se rige por los artículos 222 y siguientes. La impugnación del reglamento en ningún caso subsana el vicio que pueda contener su publicación, ni siquiera cuando contenga una expresa manifestación de voluntad en tal sentido.

Ver el artículo 226, con el cual está coordinado el presente; respecto al fundamento de la solución ver *Acto*, cap. IV, in fine.

Art. 313. En el caso del artículo 113, la publicación del acto por edictos surtirá los efectos de la notificación válida, respecto de una persona cuyo domicilio se ignore, sólo cuando se hayan realizado las diligencias razonablemente adecuadas para averiguarlo. De dichas diligencias se dejará constancia en el expediente.

Art. 314. La publicación por edictos se hará en el boletín oficial y en un periódico local por tres días, conteniendo reproducción íntegra del acto de que se trata, y la mención clara del número y carátula del expediente y nombre y apellido de la persona a quien se notifica. Esta notificación se considerará realizada en la fecha del último día de la publicación por edictos.

Todas estas normas son de carácter general, sin perjuicio de las especiales que se dicten o hayan dictado en las respectivas ordenanzas.

*Título IV — De los términos administrativos**Cap. 1° — De los términos en general*

Art. 315. Todos los términos a que se refiere este código y los demás contenidos en otras disposiciones administrativas se cuentan por días hábiles administrativos, salvo disposición expresa en contrario.

Ver nota al artículo 80°. Cuando se habilita día y hora, éste se considerará en el caso como día hábil administrativo.

Art. 316. Los términos de días se cuentan a partir del día siguiente a la regular notificación del acto; en las notificaciones enviadas por carta o telegrama se tomará en cuenta el día de su recepción.

En caso de duda acerca de la fecha de recepción, cabe estar a favor interesado. Por lo demás, de acuerdo a los artículos 109 y 311, este último tipo de notificación debe estar expresamente autorizado por una ordenanza para ser válida.

Art. 317. Para determinar si un escrito o recurso presentado personalmente en las oficinas administrativas ha sido interpuesto en término, se tomará en cuenta la fecha indicada en el cargo o en el sello fechador; en ausencia u obliteración de ésta, y de no existir otra prueba indiciaria, deberá estarse a la fecha enunciada en el escrito; si éste a su vez no la tuviera, se considerará que ha sido presentado en término.

Art. 318. El escrito se considerará igualmente en término si es presentado en las dos primeras horas de oficina del siguiente día hábil a aquel en que venció el término.

Conf. Catamarca, 21°, que admite la presentación del escrito en la primera hora del siguiente día hábil luego de la expiración del término, sin exigir tampoco el cargo de escribano público.

Art. 319. En los escritos enviados por carta el término se contará a partir de la fecha de emisión que conste en el sello fechador del correo; no habiéndose agregado el sobre a las actuaciones o no pudiéndose leer en él la fecha, se procederá a lo dispuesto en el artículo 317. En el caso de los telegramas el término se contará a partir de la fecha de emisión que en ellos conste como tal.

Cfr. LPA, 66°, incs. 3° y 4°.

Art. 320. Los términos administrativos obligan por igual y sin necesidad de intimación alguna a las autoridades administrativas, a los funcionarios públicos personalmente, y a los demás interesados en el procedimiento.

LPA, 56°.

Art. 321. La expiración de los términos que en este código se acuerda a las partes durante el procedimiento, no hace decaer su derecho a efectuar las pre-

sentaciones del caso con posterioridad, pero permitirá la continuación del trámite según su estado, sin que sea necesario retrotraer sus etapas.

De esta manera, una vez expirado el término para contestar un traslado, ofrecer prueba, etc., las partes tienen todavía el derecho a presentar escritos haciendo la contestación, ofrecimiento, etc., aunque no lo hubieran hecho durante el término. Sin embargo, la administración no estará en tal caso obligada a retrotraer el trámite a efecto de diligenciar tales escritos tardíos, y será discrecional de su parte el hacerlo, si considera que no altera el orden del procedimiento. A esto último se refieren los artículos 248, 349, 381, 387 y 392.

Art. 322. Exceptúase de lo dispuesto en el artículo anterior a los términos establecidos para interponer recursos administrativos, los cuales una vez expirados hacen perder el derecho a interponerlos.

El informalismo en favor del administrado es de aplicación en lo que se refiere al cómputo de los términos; pero si ellos han expirado claramente, y se trata específicamente de un recurso tardío, no cabe ya admitirlo como formalmente válido. Ello es, sin embargo, sin perjuicio de que se le dé carácter de denuncia de ilegitimidad, y de que por el principio de la legalidad objetiva la administración proceda por su cuenta a investigar la ilegitimidad del acto y lo revoque si resulta nulo o inexistente.

Art. 323. Si las partes lo solicitan antes de su vencimiento, la administración podrá conceder una prórroga de los plazos establecidos en este código o en otras disposiciones administrativas, siempre que con ello no se perjudiquen derechos de terceros.

Comp. LPA, 57°.

### *Cap. 2° — De la interrupción de los términos*

Art. 324. Los términos se interrumpen por la interposición de un recurso o reclamación administrativa, incluso cuando:

- 1°) Hayan sido mal calificados técnicamente por el interesado, o adolezcan de otros defectos formales de importancia secundaria;
- 2°) hayan sido presentados ante funcionario incompetente.

Es ésta una de las formulaciones concretas del principio del informalismo en favor del administrado.

Art. 325. También se considerarán interrumpidos los términos administrativos por la interposición de una demanda o recurso judicial contra el acto, si la demanda o recurso es considerada formalmente improcedente y rechazada por tal motivo, o si el interesado desiste de ella.

Este artículo tiende a permitir la reapertura de procedimiento administrativo, considerando al efecto interrumpidos los términos pertinentes, cuando la demanda judicial interpuesta por el interesado es posteriormente desistida, o rechazada por motivos formales. En consecuencia, si la demanda judicial es rechazada por improcedencia sustancial, o si se la resuelve favorablemente a las pretensiones del interesado, no puede reabrirse ya el procedimiento administrativo: En ambos casos esto carecería de justificación, al par que en las dos primeras hipótesis es plausible que el interesado pueda continuar con el trámite administrativo.

Art. 326. No interrumpen los términos aquellos escritos o manifestaciones de los interesados, que no traduzcan una clara voluntad de impugnar el acto y obtener un nuevo procedimiento de la administración; o que no reúnan los requisitos formales mínimos establecidos en los artículos 352 y concordantes.

Esta norma se limita a establecer una correlación con los principios que luego se anuncian en materia de recursos y reclamaciones, aplicándolos en este caso concreto.

*Cap. 3° — De la suspensión de los términos*

Art. 327. El pedido escrito de vista de las actuaciones no interrumpe ni suspende los términos, si el acceso de las partes y sus letrados al expediente no se ha visto irregularmente obstaculizado.

Esta disposición se correlaciona con los artículos 254 a 262, donde se establece que la vista debe darse informalmente ante el simple requerimiento verbal del interesado, en la oficina en que se encuentre el expediente; y que sólo puede negarse el acceso a todo o parte de ellas cuando exista una disposición de autoridad competente no inferior a Director General que las declare reservadas. Si, púes, se niega el acceso a las actuaciones no existiendo una tal disposición expresa, se está en la hipótesis que este artículo contempla como excepción, y desarrolla el siguiente.

Art. 328. Si el pedido escrito de vista se funda en que se ha negado u obstaculizado irregularmente a las partes o sus letrados el acceso a las actuaciones, deberá resolverse sumariamente si ha existido o no dicha restricción. En caso afirmativo, el término se considerará suspendido desde la presentación del pedido hasta la notificación del acto que lo resuelva favorable.

O sea que si el interesado presentó un pedido de vista aduciendo que no se le ha permitido el acceso a las actuaciones, y se comprueba que ello no es cierto, el término no se habrá suspendido por la presentación de tal pedido.

Art. 329. Cuando el acceso a las actuaciones ha sido restringido en virtud de un acto emanado de autoridad competente, que las declare total o parcialmente reservadas, el interesado podrá impugnar dicha calificación, en las condiciones previstas en el artículo 263. Esta impugnación tendrá por efecto, en todos los casos, suspender el término para recurrir del acto que en cuanto al fondo se haya dictado, hasta tanto se resuelva en definitiva sobre la impugnación al carácter de reservado de las actuaciones.

Ver Estudios, cap. IV, respecto al fundamento de esta disposición. Adviértese que en este artículo se establece la suspensión del término para recurrir del acto, pero que el acto mismo no se suspende, tal como lo dispone el artículo 263, el cual hace excepción a la regla general del artículo 156. Parece obvio que si la administración ha declarado que las actuaciones son reservadas, la presentación de un recurso contra esa decisión no puede ipso jure significar el levantamiento de la misma y el automático acceso del interesado al expediente, y que deberá esperarse a la decisión del recurso respecto a tal reserva.

Art. 330. Los términos pueden también ser suspendidos cuando mediaran razones de fuerza mayor, por el lapso en que éstas se prolongaren. La fuerza mayor puede ser alegada antes o después de la expiración formal del término.

*Cap. 4º — De los términos en particular*

Art. 331. Toda vez que para un determinado trámite no exista un término expresamente establecido por ley u ordenanza, él deberá ser producido dentro de los términos que a continuación se determinan:

1º) Las providencias de mero trámite administrativo, tales como pases, providencias de agregar escritos, etc., tres días;

2º) las notificaciones, cinco días contados a partir del acto de que se trate o de producidos los hechos que deben darse a conocer;

3º) los dictámenes, pericias y actividades técnicas similares, treinta días; los meros informes administrativos no técnicos, diez días. Estos términos podrán ampliarse de oficio o a solicitud del órgano que deba expedirse, cuando existan razones que justifiquen la demora;

4º) la decisión sobre cuestiones de fondo contenidas en las reclamaciones o recursos de los interesados, treinta días;

5º) la decisión respecto a peticiones del interesado referidas al trámite del procedimiento, cinco días; la decisión de recursos que planteen cuestiones de procedimiento, quince días.

En el caso del inciso 5º, que se complementa con el 1º, es de advertir una graduación en los términos de acuerdo a la importancia del planteo: Una providencia de trámite dictada de oficio se rige por el inciso 1º, y debe producirse dentro de los tres días; una providencia de trámite realizada a pedido del interesado tiene un término mayor para darle mejor oportunidad al funcionario para considerar la solicitud; por fin, si hay un recurso formalmente planteado, el término se amplía a quince días. En los tres casos, como se advierte, se trata de meras cuestiones de procedimiento.

Art. 332. Estos términos se cuentan a partir del día siguiente al de la recepción del expediente por el órgano respectivo. En caso de que éste, para poder producir el dictamen, pericia o informe de que se trate, o para decidir la cuestión, deba requerir informes o dictámenes de otros órganos, el término que a él corresponde quedará suspendido hasta tanto los mismos sean contestados o expiren los términos para hacerlo.

Art. 333. El D. E. podrá reducir estos términos cuando lo considere conveniente. La ampliación de los términos acordados en este código a los órganos administrativos para determinado trámite, sólo podrá efectuarse en los casos concretos y por un lapso específicamente establecido, por el propio D. E. o por el Secretario competente.

Sobre los artículos precedentes, comparar LPA, 79, inc. 2º y 86, inc. 2º; FIORINI, 18. Hemos creído más razonable fijar plazos relativamente amplios, para posibilitar su efectiva vigencia; la fijación de términos muy reducidos desemboca siempre, irremediablemente, en su incumplimiento por el recargo de tareas que eventualmente podrá aducirse. Hemos querido además otorgarle una flexibilidad adicional, permitiendo su ampliación en los casos concretos, para lograr el mismo objetivo. Es preferible que exista un término largo, pero que pueda realmente exigirse, antes que un término tan corto que nunca se cumpla y desemboque en la práctica en la inexistencia real de términos.

*Título V — De la intervención de las partes en el procedimiento administrativo  
y de los recursos en general*

*Cap. 1º — De la intervención verbal de las partes*

Art. 334. Las partes podrán actuar verbalmente en el contralor de la producción de la prueba, a efecto de hacer las observaciones que crean pertinentes, de las que se dejará constancia actuada.

Art. 335. También podrán gestionarse verbalmente y diligenciarse mediante simple anotación en el expediente, bajo la firma del solicitante en su caso:

- 1º) La reiteración de pedido de producción de las pruebas ofrecidas, y en general de notas, diligencias o informes no proveídos;
- 2º) el desglose de poder o documentos;
- 3º) la entrega de edictos;
- 4º) la corrección de errores materiales;
- 5º) la certificación de copias de escritos o documentos presentados;
- 6º) otros trámites similares.

Santiago del Estero, 23º. Esta disposición tiende a agilizar la actuación de los particulares ante las reparticiones públicas, evitando en lo posible la exigencia de ritualismos o formalismos que a nada conducen y sólo constituyen una pérdida de tiempo para aquéllos. De allí que la enunciación que contiene el artículo no sea taxativa, y deba buscarse su extensión a situaciones similares.

Art. 336. En todos los demás casos los interesados deberán actuar por escrito; sin embargo, los órganos intervinientes podrán aceptar, cuando las circunstancias lo admitan, otras presentaciones verbales que las aquí previstas, dejando constancia actuada o nota de las mismas, bajo la firma del interesado.

*Cap. 2º — De los escritos presentados por los interesados*

Art. 337. Los escritos podrán ser presentados personalmente en las oficinas administrativas, o enviados por correo; también podrán ser interpuestos por telegrama.

Art. 338. Cuando los escritos sean presentados personalmente en las oficinas administrativas, deberá entregárselos en la Mesa de Entradas de la repartición que corresponda; pero cuando el expediente se encuentre en otra oficina podrán también presentarse directamente ante esa oficina los escritos que se refieran al trámite que en ella se realice, y serán allí agregados, foliados, y proveídos. En todos los casos, al pie del escrito la administración pondrá el cargo de presentación con indicación de día y hora.

Esta disposición tiende a simplificar y acelerar el procedimiento: Si el escrito que el particular quiere presentar está dirigido a una oficina determinada con motivo de un trámite que allí se está realizando, no tiene sentido prohibirle entregar allí el escrito y obligarlo a entregarlo en la Mesa de Entradas, la cual deberá a su vez enviarlo a la oficina de que se trata.

Art. 339. En los escritos se utilizará el idioma nacional. No serán exigibles recaudos determinados respecto al papel utilizado y medio de escritura a emplearse, pero ambos deberán satisfacer requisitos mínimos de seriedad y plausibilidad, los que serán apreciados de acuerdo a las condiciones personales de cada parte.

Ver *Procedimiento*, cap. V. Es ésta otra manifestación del principio del informalismo en favor del administrado. Es incompatible con la naturaleza del procedimiento administrativo exigir recaudos formales minuciosos, tales como el de papel romaní, tamaño oficio, de determinado número de renglones. (Salvo exigencia impositiva.)

Art. 340. Los funcionarios públicos que reciban un escrito deberán inexcusablemente comprobar si se halla en él claramente individualizado el nombre, apellido y domicilio del peticionante, y exigirán su aclaración al pie si ella no surgiere del escrito, antes de entregar el comprobante de su presentación. Si faltare el domicilio por haberse omitido cumplimentar con lo dispuesto en este artículo, la responsabilidad recaerá sobre la administración, que deberá realizar las gestiones necesarias para hallarlo.

Art. 341. Una vez constituido el domicilio y mientras los interesados no hayan designado otro, se lo reputará subsistente a todos los efectos legales, aunque hubiera error en su indicación, por no existir el designado o no pertenecer a quien lo constituyó.

Art. 342. Toda persona que firme a ruego de otra deberá hacerlo, previa acreditación de la identidad de ambas, en presencia del Jefe de Mesa de Entradas, y éste certificará a continuación la firma. Si no hubiere quien pueda firmar a ruego del interesado, el Jefe de Mesa de Entradas certificará que aquél conoce el texto del escrito y ha estampado la impresión digital en su presencia.

Art. 343. Con la presentación del escrito deberá acreditarse haber oblado los impuestos y tasas municipales que correspondan, pero su incumplimiento no podrá motivar la no admisión del escrito, sin perjuicio de que se disponga su oportuna reposición y la aplicación de las sanciones pecuniarias correspondientes.

En efecto, si el interesado viene a presentar un recurso cuando ya está por vencer el término, y le falta el sellado, o lo tiene incompleto, sería injusto y excesivamente riguroso hacerle perder el término rechazando el recurso; de allí la solución del artículo.

Art. 344. En ningún caso podrán rechazarse escritos por Mesa de Entradas; si los escritos contuvieran expresiones lesivas al decoro o la dignidad de la administración o sus agentes, los funcionarios competentes para decidir sobre el fondo de los recursos o reclamaciones de que se trate podrán ordenar que se proceda a testar las expresiones incorrectas; pero los escritos no podrán ser devueltos al interesado ni archivados por esa causa y deberá seguirse con su trámite.

El sentido de esta disposición está íntimamente relacionado con la anterior: Se trata de asegurar la normal presentación del escrito y su posterior tramitación, incluso aunque adolezca de fallas, para evitar la comisión de perjuicios irreparables a los administrados y una grave lesión a su derecho de defensa.

Art. 345. Cuando se presenten escritos que inicien un procedimiento se dará a los interesados un comprobante que acredite su presentación y el número de expediente correspondiente. Sin perjuicio de ello, todo el que presente escritos ante la administración, inicien o no un procedimiento, puede exigir para su constancia que se le certifique y devuelva en el acto las copias del escrito, dejándose constancia en ellas de haberse recibido el original, con la fecha, sello de la oficina y firma del funcionario interviniente.

Art. 346. No podrán formarse distintos expedientes sobre un mismo problema. Los escritos presentados por los interesados con respecto a un expediente en trámite, y que puedan ser resueltos en éste, no darán lugar a la formación de un expediente separado sino que se procederá de acuerdo a lo dispuesto en art. 252.

Art. 347. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá excepcionalmente disponerse mediante decisión fundada la formación de un expediente separado, cuando las circunstancias lo hagan necesario.

Art. 348. Toda petición concreta de los interesados, que no sea mera reiteración, ampliación o modificación de una anterior en trámite, debe necesariamente ser proveída, tramitada y resuelta de acuerdo a los términos contemplados en los artículos 331 y siguientes; no será admisible disponer simplemente su agregación a las actuaciones pertinentes, sin adoptar ninguna providencia concreta encaminada a lograr su decisión, cuando el funcionario interviniente tenga competencia para proveerla. Si no tuviera competencia para proveer el escrito, procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 289, inciso 1°.

Art. 349. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los escritos que impliquen un grave entorpecimiento del trámite por negligencia del interesado, tales como los que planteen cuestiones no conducentes a la solución del caso, o claramente extemporáneas, podrán ser simplemente agregados, procediéndose a su respecto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 392.

En sentido concordante, artículos 248, 366, 381 y 387.

*Cap. 3° — De los recursos y reclamaciones en general, y sus requisitos.*  
*De las denuncias*

Art. 350. El procedimiento se iniciará a petición de parte por la interposición de alguno de los recursos, reclamaciones o denuncias que en este código se establecen.

El recurso es aquel medio reconocido a los administrados para impugnar actos administrativos o reglamentos administrativos en base a un derecho subjetivo o un interés legítimo que se considera lesionado. La reclamación es el medio reconocido a los administrados para solicitar el reconocimiento de derechos subjetivos o intereses legítimos que han sido afectados por hechos u omisiones administrativas, o que son debidos por parte de la administración. La denuncia es un medio reconocido a los administrados para atacar actos, hechos u omisiones administrativas ilegítimas, que afectan sus intereses simples; o que afectando sus derechos subjetivos o intereses legítimos, no han sido regularmente recurridas o son irrecurribles.

Art. 351. En todo recurso, reclamación o denuncia las partes harán constar en su primera presentación:

- 1º) La autoridad administrativa a que lo dirigen;
- 2º) el nombre, apellido y domicilio real del interesado, y en su caso, de sus representantes; domicilio real dentro del radio de las veinte cuadras de las autoridades municipales;
- 3º) los hechos, claramente expuestos;
- 4º) el derecho en que se funda;
- 5º) la petición concreta que efectúa;
- 6º) lugar, fecha y firma.

Art. 352. Considéranse requisitos fundamentales para la procedencia formal de un recurso o reclamación:

- 1º) Que sea presentado por escrito, de acuerdo a las prescripciones de los artículos 337 y 339;
- 2º) que el recurrente esté claramente individualizado;
- 3º) que conste con claridad la petición efectuada.

Esta disposición viene a definir el concepto de “requisitos fundamentales” a que se refieren los artículos 246 y 247; por exclusión, define también a los “requisitos secundarios” de que habla el artículo 324. El inciso 2º de este artículo se remite implícitamente al artículo 340; el inciso 3º es complementado con el artículo que sigue a continuación.

Art. 353. Si del escrito no surge con claridad cuál es la petición efectuada, ello se le comunicará al interesado, haciéndole saber que de no aclararlo dentro del término de diez días, se lo mandará a archivar. Transcurrido el término señalado sin que se hubiera producido la aclaración, se archivará sin más trámite.

Art. 354. Para que la oscuridad del escrito justifique la necesidad de aclararlo y su eventual archivo, será necesario que ella sea:

- 1º) Esencial, esto es, que se refiera a un aspecto fundamental de la petición;
- 2º) inseparable del resto de la petición efectuada;
- 3º) insuperable, es decir, que no pueda ser obviada con un razonable esfuerzo de interpretación.

Desde luego, la decisión que ordena aclarar un escrito o dispone su archivo por tal motivo, es recurrible.

Art. 355. En caso de incumplimiento de los demás requisitos formales secundarios establecidos en el artículo 351, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 246 y 247, inciso 3º.

#### *Cap. 4º — De la documentación acompañada*

Art. 356. Con la presentación a que se refiere el artículo 351 los interesados acompañarán toda la documentación que haga a su petición y si no la tuvieran

indicarán donde se encuentra y ofrecerán todas las pruebas que consideren pertinentes a su derecho.

Art. 357. Si las circunstancias lo hicieran aconsejable, la administración podrá exigir a quienes se presenten en nombre de una sociedad o cualquier otra persona jurídica, que acompañen:

1º) Copia del contrato social; o no teniéndolo, efectúen una presentación con la firma de todos los socios, indicando cuál de ellos seguirá el trámite;

2º) o un certificado que acredite el otorgamiento de personalidad jurídica al ente; un ejemplar de las estatutos y una copia legalizada del acta en que conste la elección de las últimas autoridades. Estos documentos no serán exigibles cuando la representación del ente se ejerza por poder otorgado ante escribano público.

Art. 358. Todo documento presentado por los interesados se ajustará a los siguientes recaudos:

1º) Si estuviera expedido por autoridad extraña a la jurisdicción provincial, deberá estar legalizado;

2º) si estuviera redactado en idioma extranjero, deberá estar traducido por traductor público matriculado;

3º) si se tratara de planos, excepto los simples croquis para fines no técnicos, deberán estar firmados por profesionales inscriptos en los registros respectivos, salvo las excepciones expresamente establecidas en las disposiciones que resulten de aplicación.

Comp. Santiago del Estero, 48.

Art. 359. Al presentar un documento o posteriormente, los interesados podrán acompañar una copia para que la administración, previo cotejo, devuelva el original, obligándose los interesados a presentarlo nuevamente ante la administración en caso de que ésta lo requiriera. Los interesados podrán pedir el oportuno desglose de tales documentos, lo que acordará el funcionario interviniente dejando nota y la copia del caso. Tratándose de un poder general, el desglose y devolución deberá ser efectuado dentro de los tres días de solicitado.

Comp. LPA, 64.

Art. 360. Podrán también los interesados, acompañando copia, solicitar que los documentos presentados sean guardados en la caja fuerte, cuando su importancia lo justificare.

Art. 361. Podrá solicitarse la certificación de copias de la documentación presentada, para constancia de su presentación, en las condiciones establecidas en la segunda parte del artículo 345.

Debe advertirse que aquí las copias que presenta el interesado no son para agregar al expediente a fin de que se desglose el original o se lo guarde en la caja fuerte, sino que están destinadas a serle devueltas con la certificación de haber sido presentado el original.

*Cap. 5° — De los actos impugnables mediante recurso*

Art. 362. Toda declaración administrativa que produce efectos jurídicos inmediatos respecto a los interesados es impugnable mediante recurso, sea ella definitiva o de mero trámite, individual o general, unilateral o bilateral.

Lo que determina la posibilidad de impugnar el acto es que el mismo produce de por sí un efecto jurídico: No interesa que este se refiera al procedimiento o a una cuestión de fondo, ni el contenido que tenga. Respecto a lo primero es necesario aclarar que cuando decimos que la declaración puede ser definitiva o de mero trámite, nos referimos a que puede tratarse tanto de una decisión adoptada en el curso del procedimiento (respecto a la vista de las actuaciones, a las pruebas admitidas, a la producción de la prueba, etc.) como a aquella que resuelve el contenido o el fondo de una reclamación o recurso anterior; no tomamos pues los términos en el significado que a veces se les da de que “decisión definitiva” es la productora de efectos jurídicos, y “decisión de trámite” es una que no produce efectos jurídicos.

Art. 363. Las declaraciones administrativas que no producen un efecto jurídico inmediato respecto a los interesados no son impugnables mediante recurso, sin perjuicio del derecho de aquellos de presentar reclamaciones o escritos haciendo consideraciones respecto a ellas. Están comprendidos en este artículo los informes y dictámenes, aunque sean obligatorios y vinculantes; los proyectos de resolución tampoco son directamente recurribles.

Art. 364. Puede interponerse un recurso en subsidio para el caso de que se denegara otro recurso o reclamación ya interpuesto.

Desde luego, no puede interponerse un recurso en subsidio para el caso de que se deniegue una denuncia común, pues ello implicaría transformar el interés simple que la sustenta en un interés legítimo.

Respecto a todos los artículos de este capítulo, ver *Procedimiento*, cap. III y V.

*Cap. 6° — De los efectos de la interposición del recurso*

Art. 365. La interposición del recurso tiene por efecto:

- 1°) Interrumpir el término de que se trata;
- 2°) suspender la ejecución del acto impugnado, en los casos y condiciones establecidos en los artículos 158 a 162, con la excepción del artículo 263;
- 3°) impulsar el procedimiento, haciendo nacer los términos que los funcionarios públicos tienen para proveerlo y tramitado.

Si bien los tres principios que el artículo enumera ya están contemplados en otras disposiciones específicas de este código, hemos creído didácticamente útil reunirlos aquí, para una mejor comprensión, sistemática y armónica, de este cuerpo normativo.

Art. 366. La presentación del recurso no limita el derecho del interesado a ampliarlo o modificarlo con posterioridad, pero si lo hiciera y con ello ocasionara una perturbación al orden y celeridad del procedimiento, la administración podrá proceder de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 248, 349, 381, 387 v 392.

*Título VI — De los recursos y reclamaciones en particular**Cap. 1° — Del recurso jerárquico menor*

Art. 367. Contra toda decisión de un funcionario inferior a Director General o cargo equivalente, podrá interponerse el recurso jerárquico menor dentro de los quince días de la notificación del acto o de producida la denegación tácita, y será dirigido:

1°) En la administración centralizada, al director general o funcionario equivalente del respectivo departamento;

2°) en la administración descentralizada, a la autoridad máxima del ente.

Art. 368. Transcurridos ocho meses desde su presentación sin que se lo hubiera resuelto expresamente, se lo considerará tácitamente denegado, y podrá interponerse el recurso jerárquico mayor o el de apelación en cualquier momento.

Tratándose de un término de denegación tácita muy extenso, no se ha creído conveniente fijar un término dentro del cual deba interponerse el nuevo recurso; por ello, a partir de la denegación tácita y mientras no se produzca denegación expresa, el recurso pertinente (que es, a elección del interesado, el de apelación o el jerárquico mayor) puede ser presentado en cualquier momento. Si no se lo presentara y se produjera posteriormente la denegación expresa del recurso jerárquico menor, empieza a correr el término de quince días que fija el artículo 370; vencido éste, no puede ya interponerse ninguno de tales recursos.

*Cap. 2° — Del recurso jerárquico mayor*

Art. 369. Los actos que de acuerdo al artículo 393 son impugnables mediante el recurso de apelación ante la Fiscalía Municipal, pueden también ser atacados mediante el recurso jerárquico mayor, directamente ante el Departamento Ejecutivo.

Art. 370. El término para interponer el recurso jerárquico mayor, es de quince días a partir de la notificación del acto impugnado; su trámite y decisión se regirán por las disposiciones comunes a todos los recursos, no siéndole aplicables las reglas particulares del recurso de apelación.

Art. 371. La interposición del recurso jerárquico mayor excluye la del recurso de apelación, y viceversa; la elección de uno u otro medio de impugnación es optativa para el interesado. En caso de duda se interpretará que se trata del de apelación.

*Cap. 3° — Del recurso de queja*

Art. 372. Procede el recurso de queja contra todo acto, hecho u omisión que importe un defecto de procedimiento; el recurso se presentará dentro de los quince días de conocido el acto, hecho u omisión, ante la misma autoridad que lo realizara, y ésta deberá resolverlo expresamente dentro de los quince días de interpuesto.

Art. 373. Denegado el recurso o transcurrido el término indicado sin que se lo hubiera resuelto expresamente, el interesado podrá ocurrir en queja ante la autoridad inmediata superior, la que deberá resolverlo en igual término. Esta decisión no podrá ser objeto de recurso, pero podrá alegarse el vicio de procedimiento al impugnar la decisión expresa o tácita que se adopte en cuanto al fondo en el procedimiento que originó el recurso de queja.

Art. 374. La interposición del recurso de queja no suspende la ejecutividad del acto impugnado ni el trámite del expediente, debiendo tramitarse por cuenta separada.

#### *Cap. 4º — De las reclamaciones y denuncias*

Art. 375. Las reclamaciones administrativas interpuestas por quienes invoquen derechos subjetivos o intereses legítimos que han sido afectados por hechos u omisiones de la administración, se considerarán tácitamente denegadas cuando no hayan sido resueltas expresamente a los ocho meses de su presentación.

Art. 376. Producida la denegación expresa o tácita de la reclamación administrativa, podrán interponerse contra ella los recursos que en este Código se establecen.

Art. 377. Todo recurso o reclamación mal interpuesto puede ser considerado como denuncia de ilegitimidad, y ser tramitado regularmente por la autoridad a la que hubiere correspondido entender en él si fuera procedente. Sin embargo, la autoridad administrativa no estará sujeta a término para pronunciar su decisión al respecto, ni obligada a hacerlo, salvo en lo que respecta a la improcedencia formal del recurso o reclamación.

#### *Título VII — De la prueba*

##### *Cap. 1º — De la apertura de la prueba*

Art. 378. El instructor deberá determinar si existen hechos controvertidos o si es necesario aclarar algún aspecto de los mismos y dispondrá la apertura a prueba, en las siguientes oportunidades procesales mínimas:

1º) Cuando el procedimiento sea iniciado por la presentación del interesado, inmediatamente después de efectuada dicha presentación;

2º) cuando el procedimiento sea iniciado de oficio, y se haya notificado oportunamente al interesado de su existencia, luego de transcurrido el término que para el traslado otorga el artículo 268.

Art. 379. La apertura a prueba deberá disponerse dentro de los cinco días de ocurridos los supuestos contemplados en el artículo anterior, y se fijará un

término no menor de diez días, ni mayor de treinta, para su producción, el que podrá ser ampliado a solicitud de parte interesada.

Comp. LPA, 88, inc. 2°.

Art. 380. Cuando las actuaciones estuvieran reservadas precautoriamente y la administración estuviere instruyendo de oficio el procedimiento, sin intervención del interesado, no podrá producirse la prueba testimonial. La producción de esta prueba sólo podrá ser efectuada luego de terminada la reserva.

Respecto a la reserva de las actuaciones y los traslados para la audiencia de los interesados, ver artículos 257 a 268. Esta norma comprende a los sumarios, por las razones que explicamos en *Estudios*, p. 104.

### *Cap. 2° — Del gobierno y producción de la prueba*

Art. 381. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo podrán acreditarse por cualquier medio razonable de prueba. El gobierno de la prueba corresponde a la administración, la que podrá rechazar la producción de las pruebas ofrecidas, cuando éstas no sean esenciales o afecten el buen orden del procedimiento.

Por lo que se refiere a la apreciación de la prueba, ella se efectuará de acuerdo al principio de que en la duda debe estarse a favor del administrado.

Art. 382. Las partes tienen derecho a producir por su cuenta y a su exclusiva costa las pruebas que consideren atinentes a su derecho, con la limitación contenida en el artículo anterior; la administración facilitará la producción de tales pruebas cuando ellas sean admisibles.

Art. 383. Las pruebas de informes técnicos o administrativos propuestas por los interesados, cuya producción corresponda a la administración, deberán ser efectuadas si son pertinentes.

Art. 384. Las partes tienen derecho a controlar la producción de la prueba; a tal efecto la administración les comunicará, con la antelación suficiente, el lugar, fecha y hora en que se practicarán las pruebas ordenadas. Tratándose de pruebas testimoniales, las partes podrán impugnar las preguntas tendenciosas y hacer repreguntas.

Desde luego, este artículo no excluye la aplicación del principio general del artículo 381, por el cual el gobierno de la prueba corresponde a la administración, y en su consecuencia ésta puede también limitar la intervención de los interesados en el control de la prueba (repreguntas, observaciones, etc.), cuando ella sea ejercida irrazonablemente o abusivamente.

### *Cap. 3° — Nuevas pruebas*

Art. 385. Luego del período de prueba, pero antes de la decisión definitiva, los interesados podrán ofrecer y producir, o pedir que la administración produzca, cualquier género de pruebas, en los siguientes casos:

1º) Cuando ellas no hubieran sido conocidas anteriormente por el interesado, o no hubiera posible obtenerlas;

2º) cuando habiéndolas propuesto oportunamente, no hubieran sido producidas a pesar de ser pertinentes.

Art. 386. Cuando un tercero interesado tome intervención en el procedimiento después de haberse hecho la producción de la prueba, sin haber sido notificado anteriormente de la existencia de tal procedimiento, y la decisión a adoptarse afecte o puede afectarle un derecho subjetivo, tendrá derecho a ofrecer y producir la prueba que sea pertinente, a cuyo efecto se abrirá si fuera necesario un nuevo período de prueba. Sí la decisión a adoptarse puede afectarlo sólo en su interés legítimo, será potestativo de la administración disponer o no la nueva apertura a prueba.

### *Título VIII — De la decisión de los recursos y reclamaciones de las partes*

#### *Cap. 1º — Del trámite previo a la decisión*

Art. 387. Terminado el período de prueba se correrá traslado a las partes interesadas dentro de los cinco días siguientes, para que en el término común de quince días presenten un memorial haciendo las alegaciones que crean pertinentes sobre los hechos y el derecho aplicable. Si en este memorial las partes introducen cuestiones nuevas que afectan el buen orden del procedimiento, la administración podrá prescindir de su consideración.

Ver art. 392.

Art. 388. Transcurrido el término que señala el artículo anterior, el instructor preparará un informe detallado sobre el problema debatido y los hechos controvertidos, y lo enviará dentro de los quince días subsiguientes al asesor letrado para que dictamine.

Art. 389. Producido el dictamen, volverán las actuaciones al instructor. Si de acuerdo a la cuestión de que se tratare el instructor tuviera competencia para adoptar una decisión sobre el fondo, la dictará dentro de los treinta días subsiguientes. Si, en cambio, careciera de competencia para hacerlo, preparará un proyecto de resolución y lo elevará a la autoridad competente en la escala jerárquica junto con todas las actuaciones, dentro de los primeros quince días.

Art. 390. En ambos supuestos, la autoridad competente podrá pronunciarse dentro del término de treinta días, o pedir nuevos informes o dictámenes. En este último caso el término para la decisión se suspenderá con el alcance establecido en artículo 332.

*Cap. 2º — De los caracteres de la decisión*

Art. 391. La decisión resolverá todas las cuestiones que plantee el expediente, y que hagan al objeto del mismo, hayan o no sido alegadas por los intervinientes; en este último caso se les dará nueva intervención a fin de que hagan su defensa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 267.

LPA, 119.

Art. 392. Las cuestiones introducidas por el interesado que no sean conducentes a la solución del caso, o hayan sido planteadas extemporáneamente y su consideración afectare el orden del procedimiento, no serán resueltas en la decisión que se adopte, dejándose constancia de dicha circunstancia en los considerandos del acto.

La no consideración de las cuestiones ajenas al objeto del caso, o planteadas extemporáneamente y en detrimento del orden del procedimiento, no impide su oportuna resolución cuando sean propuestas regularmente.

*Sección III**De la fiscalía municipal**Título I — Del recurso de apelación ante la fiscalía municipal**Cap. 1º — De los actos impugnables mediante el recurso de apelación*

Art. 393. El recurso de apelación para ante la Fiscalía Municipal procede en la administración centralizada contra:

1º) Actos emanados de un funcionario con jerarquía de director general, equivalente o superior, excluido el Intendente y el Concejo Deliberante, y siempre que no se haya interpuesto el recurso jerárquico mayor;

2º) una decisión expresa o tácita de un funcionario o autoridad con jerarquía de director general, denegando un recurso jerárquico menor interpuesto contra un acto de un funcionario inferior a él.

Art. 394. El recurso de apelación procede también contra las decisiones expresas o tácitas de las autoridades superiores de un ente descentralizado municipal, por haber transcurrido, en el segundo caso, los términos establecidos al efecto en este Código.

*Cap. 2º — Del término para interponerlo*

Art. 395. En todos los casos el recurso de apelación se presentará dentro de los quince días de la notificación del acto impugnado o de producirse la denegación tácita, ante la misma autoridad que dictó el acto impugnado; si se tratara de un reglamento, el recurso no estará sujeto a término.

*Cap. 3º — Del trámite del recurso*

Art. 396. La autoridad que recibe el recurso lo elevará conjuntamente con sus antecedentes a la Fiscalía Municipal dentro del término de cinco días. Si transcurrido este término el expediente no hubiera sido elevado a la Fiscalía, el interesado podrá ocurrir en queja ante ésta. En este supuesto la Fiscalía requerirá la remisión del o de los expedientes a las autoridades correspondientes las que deberán enviarlo dentro del término que se les fije y que no podrá exceder de diez días. La autoridad administrativa podrá solicitar a la Fiscalía la ampliación del término hasta cinco días más, cuando necesite sacar copias para proseguir con la tramitación administrativa del expediente.

Art. 397. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, si la Fiscalía considera que no han existido causales que razonablemente justifiquen la omisión de enviar oportunamente el recurso y los expedientes que con él se relacionen, así lo comunicará a los superiores inmediatos de las autoridades pertinentes, a los fines previstos en los artículos 44 y siguientes de este Código.

Art. 398. Recibido el recurso y los expedientes pertinentes, la Fiscalía resolverá si corresponde abrirlo a prueba. En caso afirmativo, así lo comunicará al recurrente y a la autoridad de la que haya emanado, fijando los puntos sobre los que estime necesaria la producción de la prueba, y solicitando al mismo tiempo a aquella autoridad u otras, los informes que la Fiscalía estime necesarios al respecto.

Art. 399. Producida la prueba en el tiempo y forma previstos en los artículos 379 y siguientes, la Fiscalía lo notificará al recurrente y a la autoridad de la que emanó el acto recurrido, a fin de que presenten memorial de acuerdo a lo establecido en el artículo 387.

*Cap. 4º — De la aplicación del Libro II*

Art. 400. Las disposiciones de las Secciones I y II del Libro II son enteramente aplicables al procedimiento ante la Fiscalía Municipal, con excepción de los artículos 367 a 376.

Art. 401. Las cuestiones planteadas por las partes con respecto a defectos del procedimiento ante la Fiscalía Municipal se considerarán como incidentes, pero no darán lugar a la interposición del recurso de queja.

*Cap. 5º — De la decisión del recurso de apelación*

Art. 402. Vencido el término que fija el artículo 387 para la presentación de memoriales, se tendrá por concluida la causa para dictar resolución definitiva, la que deberá ser dictada por la Fiscalía en un término máximo de tres meses.

Art. 403. La resolución de la Fiscalía deberá decidir expresamente y con precisión:

- 1º) La procedencia o improcedencia formal del recurso;
- 2º) los incidentes que se hubieran planteado durante la tramitación del recurso, salvo que hubiera considerado indispensable resolverlos con anterioridad;
- 3º) en su caso, las cuestiones deducidas en el recurso y sus articulaciones, haciéndole lugar o rechazándolo en cuanto al fondo.

Art. 404. Al redactar la decisión la Fiscalía hará relación del recurso que va a resolver, designando las partes en controversia y el objeto del recurso; separadamente consignará lo que resulte de los hechos alegados y hará mérito del derecho aplicable en forma desarrollada, con cita de las disposiciones en que se funda. Cuando hayan sido varios los puntos cuestionados, se hará el pronunciamiento de cada uno de ellos con la debida separación.

Art. 405. La Fiscalía podrá subsanar de oficio los vicios de procedimiento capaces de determinar la nulidad de la resolución o de los trámites que la precedieron.

*Cap. 6º — De los recursos contra la decisión de la Fiscalía en el  
recurso de apelación*

Art. 406. La decisión final puede ser impugnada por los recursos de aclaratoria y nulidad; el término para imponerlos será de cinco días.

Art. 407. El recurso de aclaratoria se dará para corregir errores materiales, aclarar algún concepto oscuro o palabras dudosas; en todos los casos será resuelto sin trámite alguno. La interposición del recurso de aclaratoria interrumpe el término para interponer el de nulidad.

Art. 408. El recurso de nulidad procederá:

- 1º) Cuando en la tramitación del recurso de apelación se hubiesen omitido procedimientos sustanciales o incurrido en algún defecto o vicio que acarree la de las actuaciones;
- 2º) cuando en la decisión se violare o se omitiere cumplir con las prescripciones de este Código respecto a la misma;
- 3º) cuando existan contradicciones en la parte dispositiva de la decisión, háyase pedido o no aclaratoria.

Art. 409. Si la Fiscalía declarara la nulidad de su decisión y ella fuera debida a vicios de procedimiento no subsanados, se repondrán las actuaciones al estado en que estaban al producirse dicha nulidad; si la nulidad fuera debida a vicios de la misma decisión, la nueva decisión será dictada dentro de los quince días siguientes.

*Cap. 7º — De los alcances de la decisión y la observación  
del Intendente Municipal*

Art. 410. Una vez consentida la decisión de la Fiscalía, o agotados los recursos contra la misma, será enviada al Departamento Ejecutivo juntamente con las actuaciones producidas.

Art. 411. El Departamento Ejecutivo podrá, dentro del término de treinta días, prorrogable por treinta días más, observar total o parcialmente la decisión de la Fiscalía en decisión fundada, y reformarla o sustituirla por otra. La falta de pronunciamiento dentro del término establecido o su prórroga si hubiera sido dispuesta, hará firme y definitiva la decisión de la Fiscalía, que se considerará como propia del Departamento Ejecutivo.

Art. 412. Si el Departamento Ejecutivo reformara u observara parcialmente el acto, se interpretará que la parte no reformada u observada se transforma también en firme y definitiva decisión del mismo.

Art. 413. La decisión del Departamento Ejecutivo, reformando o sustituyendo el acto de la Fiscalía, será impugnabile en ese aspecto mediante el recurso de reconsideración; en los aspectos en que no modifique la resolución de la Fiscalía, será irrecurrible administrativamente.

Art. 414. Sin embargo, contra la decisión definitiva podrá excepcionalmente interponerse recurso de revisión:

1º) Cuando la parte perjudicada hallase o recobrase documentos decisivos ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado;

2º) cuando se hubiere pronunciado la decisión en virtud de documentos reconocidos o declarados falsos, ignorándolo el recurrente, o cuya falsedad se reconociese o declarase después;

3º) cuando habiéndose dictado en virtud de prueba testimonial, alguno de los testigos fuere condenado como falsario.

*Título II — De la fiscalía municipal*

*Cap. 1º — De la organización de la Fiscalía Municipal*

Art. 415. Créase la Fiscalía Municipal del Partido de General Pueyrredón, la que estará a cargo de un Fiscal Municipal y en ausencia o impedimento de éste, de un Fiscal Suplente. El Fiscal Municipal tendrá jerarquía de Secretario a los efectos presupuestarios y administrativos; el Fiscal Suplente, de Subsecretario.

Art. 416. El Fiscal Municipal podrá distribuir las tareas de la Fiscalía, delegando en el Fiscal Suplente la resolución de determinados asuntos. Cuando el

Fiscal Suplente actúe en Virtud de dicha delegación, sus resoluciones se considerarán como propias de la Fiscalía, a todos sus efectos.

Art. 417. Tanto el Fiscal como el Suplente contarán con un secretario que colaborará en la preparación de las resoluciones de la Fiscalía y en quien podrá delegarse la dirección e impulsión del procedimiento.

*Cap. 2° — De la competencia y atribuciones de la Fiscalía Municipal*

Art. 418. La Fiscalía Municipal tendrá competencia para conocer y decidir de todos los recursos, reclamaciones y denuncias interpuestos contra actos, hechos u omisiones realizados en el ejercicio de la función administrativa municipal, de acuerdo a las prescripciones de este Código. Sin embargo, las decisiones del H. Concejo Deliberante y las del Departamento Ejecutivo no serán recurribles ante la Fiscalía Municipal.

Art. 419. La competencia de la Fiscalía se limita al análisis y decisión de cuestiones de legitimidad, de acuerdo al artículo 73 de este Código, y no se extiende al pronunciamiento sobre la oportunidad o el mérito de los asuntos sometidos a su resolución.

Art. 420. La Fiscalía Municipal podrá revocar, reformar o sustituir los actos impugnados, ordenar medidas de hacer, no hacer y permitir, con la limitación establecida en los artículos 411 y siguientes y en las demás disposiciones de este Código.

Otros límites: Arts. 393, 418, 419, etc.

Art. 421. Tendrá también atribuciones para solicitar directamente informes y pericias a los funcionarios municipales excepto los miembros del H. Consejo Deliberante, el Intendente y los Secretarios; llamarlos a deponer; requerir el envío de las actuaciones que se refieran a los asuntos sometidos a su decisión, y adoptar toda otra medida tendiente al desarrollo del procedimiento seguido ante ella, y a la producción de la decisión final.

*Cap. 3° — Del nombramiento y remoción del Fiscal Municipal*

Art. 422. Para ser Fiscal Municipal o Suplente se requiere tener el título de abogado expedido por Universidad Nacional o equivalente, tres años de ejercicio de la profesión en la Provincia de Buenos Aires y más de veinticinco años de edad. El cargo de Fiscal Municipal o Fiscal Suplente no crea incompatibilidad para el ejercicio de la profesión, salvo lo dispuesto en el Estatuto y Escalafón del Personal Municipal.

Art. 423. El nombramiento del Fiscal y del Suplente lo hará el Departamento Ejecutivo con aprobación del H. Concejo Deliberante.

Art. 424. El Fiscal Municipal y el Fiscal Suplente gozarán de estabilidad en sus cargos, de los que sólo podrán ser removidos por causas graves y a ellos imputables, que afecten en forma sustancial el regular desempeño de sus funciones.

Art. 425. El Departamento Ejecutivo podrá disponer la iniciación del sumario tendiente a determinar la existencia y gravedad los hechos que se le imputen al Fiscal Municipal o Suplente. Desde la iniciación del procedimiento y durante todas sus etapas deberá darse vista y permitir la adecuada defensa del imputado, en un todo de acuerdo a las prescripciones de este Código.

Art. 426. Terminado el sumario, si se considerase que hay causa suficiente para proceder a la remoción del Fiscal, las actuaciones serán puestas a consideración del H. C. Deliberante, el que podrá disponer la separación del Fiscal con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes.

*Cap. 4º — De la jurisprudencia de la Fiscalía Municipal*

Art. 427. Las interpretaciones reiteradas y concordantes del ordenamiento jurídico municipal, efectuadas por la Fiscalía Municipal y no vetadas u observadas en tiempo y forma por el Intendente Municipal, serán obligatorias para todos los funcionarios administrativos municipales, incluso los organismos de asesoramiento jurídico, quienes deberán ajustarse a sus pronunciamientos.

Art. 428. Dicha jurisprudencia, sin embargo, no será obligatoria para el H. C. Deliberante, el Intendente Municipal y la propia Fiscalía, quienes en decisión fundada podrán dejarla de lado y sentar nuevos principios generales de interpretación en los casos sometidos a su consideración.