

JESÚS L. ABAD HERNANDO - JULIO E. CABRAL - OSVALDO M. BEZZI - JULIO A. PRAT - JULIO I. ALTAMIRA GIGENA - MANUEL MARÍA DIEZ - CELIA E. GALLO DE POMPONE - SIMÓN F. ZELAYA - JUAN CARLOS CASSAGNE - JOSÉ ROBERTO DROMI - AGUSTÍN A. GORDILLO - JUAN FRANCISCO LINARES - GUSTAVO A. REVIDATTI - MARÍA GRACIELA REIRIZ - ATANASIO HERNÁN CELORRIO - GRACIELA GÚIDI - ALBERTO R. REAL - HORACIO HEREDIA - PEDRO ABERASTURY - ARMANDO E. GRAU - FLORENCIA GONZÁLEZ DE RECA

# ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO



EDITORIAL  
PLUS  
ULTRA

Jesús L. Abad Hernando - Julio E. Cabral - Osvaldo  
M. Bezzi - Julio A. Prat - Julio I. Altamira Gigena  
Manuel María Díez - Celia E. Gallo de Pompono  
Simón F. Zelaya - Juan Carlos Cassagne - José Ro-  
berto Dromi - Agustín A. Gordillo - Juan Francisco  
Linares - Gustavo A. Revidatti - María Graciela Rai-  
riz - Atanasio Hernán Celorrio - Graciela Güldi  
Alberto R. Real - Horacio Heredia - Pedro Aberastu-  
ry - Armando E. Grau - Florencia González de Reca.



**PLUS ULTRA**

# **ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Printed in Argentina -- Impreso en la Argentina

---

© by Editorial PLUS ULTRA  
Viamonte 1755, Buenos Aires, 1975

## P R E S E N T A C I Ó N

*Las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo realizadas en Buenos Aires, del 1º al 4 de noviembre de 1972, fueron organizadas por la Revista Argentina de Derecho Administrativo con el auspicio de la Universidad del Museo Social Argentino.*

*Constituyeron un importante evento por tratarse de las primeras jornadas que se realizaron en la República Argentina para el análisis y debate de temas específicos del Derecho Administrativo. Contaron con la participación de destacados especialistas en la materia de las Universidades del país y de la Universidad Nacional de Montevideo, concitando el interés y la concurrencia de un elevado número de profesionales y de funcionarios públicos.*

*El objeto primordial de las exposiciones fue el análisis del Decreto-Ley Nº 19.549/72 sobre procedimientos administrativos y su reglamentación, desarrollándose el temario previsto en siete sesiones en las que se expusieron y discutieron diversos aspectos vinculados con la doctrina y regulación positiva del acto administrativo y del procedimiento administrativo, con especial referencia a nuestro país y a la República Oriental del Uruguay.*

*El análisis comparativo con el sistema uruguayo estuvo a cargo de los prestigiosos catedráticos de la nación hermana DR. JULIO A. PRAT y ALBERTO R. REAL.*

*La creciente importancia de los temas referidos al Derecho Administrativo en el Estado moderno, que ha conducido a un sostenido desarrollo de esta disciplina, se demostró a través de las adhesiones oficiales a esas Primeras Jornadas tanto de Universidades Nacionales y Privadas como organismos estatales nacionales y provinciales, del ámbito administrativo y judicial así como por la repercusión que obtuvo a través de la prensa oral y escrita.*

*El cumplimiento de los objetivos de las jornadas fue señalado en el acto de clausura por el DR. MANUEL MARÍA DIEZ —Director de la Revista— quien fue el auténtico inspirador de las mismas y a cuyo empeño y dedicación se debió el éxito logrado. \**

\* Los trabajos incluidos en esta publicación son la versión grabada de las conferencias pronunciadas en las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Revista Argentina de Derecho Administrativo y que tuvieron lugar en Buenos Aires entre los días 1º y 4 de noviembre de 1972. Por razones técnicas, ajenas a la voluntad de los organizadores de las jornadas, no han podido incluirse las exposiciones de los Dres. Miguel S. Marienhoff y Jorge A. Sáenz.



## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO</b> <i>Por el doctor Jesús L. Abad Hernando</i> .....	11
<b>AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS</b> <i>Por el doctor Julio E. Cabral</i> .....	18
<b>LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO</b> <i>Por el doctor Osvaldo Máximo Bezzi</i> .....	24
<b>DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY</b> <i>Por el doctor Julio A. Prat</i> .....	30
<b>ÓRGANO COMPETENTE PARA DICTAR NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS</b> <i>Por el doctor Julio Isidro Altamira Gigena</i> .....	40
<b>EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY 19.549</b> <i>Por el doctor Manuel María Díez</i> .....	49
<b>LA VOLUNTAD EN EL ACTO ADMINISTRATIVO</b> <i>Por la doctora Celia E. Gallo de Pompone</i> .....	58
<b>FORMA DEL ACTO ADMINISTRATIVO</b> <i>Por el doctor Simón F. Zelaya</i> .....	62
<b>LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO</b> <i>Por el doctor Juan Carlos Cassagne</i> .....	73
<b>PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD</b> <i>Por el doctor José Roberto Dromi</i> .....	79

	<i>Pág.</i>
NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO <i>Por el doctor Agustín A. Gordillo</i> .....	87
LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO <i>Por el doctor Gustavo A. Revidatti</i> .....	95
LEGITIMACIÓN PARA SER PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO <i>Por la doctora María Graciela Reiriz</i> .....	106
RECURSOS CONTRA EL ACTO DE NATURALEZA JURISDICCIONAL <i>Por el doctor Atanasio Hernán Celorrio</i> .....	116
IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS <i>Por la doctora Graciela Güidi</i> .....	124
REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO <i>Por el doctor Juan F. Linares</i> .....	135
LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL URUGUAY <i>Por el doctor Alberto Ramón Real</i> .....	145
RECURSO JERÁRQUICO <i>Por el doctor Horacio Heredia</i> .....	165
CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO <i>Por el doctor Pedro Aberastury</i> .....	171
RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA <i>Por el doctor Armando E. Grau</i> .....	183
AMPARO POR MORA <i>Por la doctora Florencia González de Reca</i> .....	190

## LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

JESÚS L. ABAD HERNANDO

“La codificación del Derecho Administrativo”, como tema, es muy amplio. Rigurosamente se han dado ya sobre él prácticamente los grandes enfoques teóricos que podrían, no digo agotarlo, pero sí perfilarlo. De ahí que voy a realizar una breve recorrida por esas conclusiones teóricas y luego trataré de dar un punto de vista de futuro, porque entiendo que ésa es la real significación del tema: su valoración en la prospectiva del derecho.

En primer lugar, como estamos frente a una problemática muy rica, estimo que tenemos que formular, tal como acaece en todo estudio, un “a priori”. El “a priori” consiste en fijar qué entendemos conceptualmente cuando decimos “codificación”. Será una especie de plataforma previa, que permitirá un básico punto de partida.

¿La codificación supone la realización de un Código sistemático como resultado, o es un proceso que adopta una metodología rigurosamente ordenadora? ¿Puede sólo quedarse en una etapa flexible de compilación y digesto?

Creo que de lo que se trata —y en ello hay una práctica unanimidad entre los autores nacionales— es precisamente de obtener un logro: hacer un Código con todas las exigencias que ello supone entre nosotros. Tal es el sentido y alcance con que es usada la voz en el art. 67, inc. 11 de nuestra Ley Suprema y a ellos me ajusto.

Fijado entonces este concepto, para evitar luego equívocos, vamos a estudiar el tema.

Didácticamente planteo el enfoque de la problemática formulando tres cuestiones teóricas: la primera, si es o no conveniente la codificación; la segunda, si ella es o no posible; la tercera, si su realización es o no oportuna.

### I.

Al estudiar la primera, acerca de la conveniencia o no, puedo decir que sobre este tema prácticamente se han agotado los argumentos en

pro y en contra. En realidad hoy se puede decir que estamos muy lejos de toda histórica polémica y nadie duda ya de la conveniencia de un Código. Por lo menos esto ya parece ser patrimonio indiscutible de la doctrina.

El problema que se requiere delimitar aquí, más allá de la conveniencia o no, y así lo vislumbro, es acerca de si — frente a la rica y variada normatividad administrativa— existe o se advierte una homogeneidad objetiva que permita luego la reducción a Código. Esta es la posibilidad que no debe ser soslayada.

Repasemos brevemente la famosa polémica entre Thibaut y Savigny en la segunda década del siglo XIX y los términos actuales del asunto que nuestros tratadistas han expuesto acertadamente y con claridad como se comprueba en las obras respectivas de Miguel S. Marienhoff y de Manuel M. Diez.

La inconveniencia de toda forma de codificación ha dominado durante mucho tiempo, porque se afirmaba que un Código inmoviliza el derecho; para otros, en cierta manera, más que inmovilizarlo, conduce a una especie de creencia general de que está petrificado. Creo que no puede sostenerse hoy que el código detenga el progreso de la ciencia jurídica. Menos aún produzca un efecto de carencia de movilidad normativa con respecto a su actuación posible en el tiempo.

Es cierto que durante mucho tiempo, sobre todo a lo largo del siglo XIX, se estimó que la incorporación normativa a un Código, de acuerdo a un plan metódico y sistemático, llevaba especialmente a esa creencia, en aspecto tan importante como es la tutela y docencia de la norma. Siempre he creído trascendente la valoración didáctica de la normatividad que en derecho administrativo adquiere importancia suma.

Tampoco es admisible en nuestro tiempo que un Código por sí solo cierre el ciclo jurídico para una determinada ciencia del derecho. Ello supondría desconocer la vitalidad de las funciones administrativas (ejecución de la norma) y jurisdiccional (aplicación de la norma) en la actuación del derecho, en su integralidad.

Por el contrario la experiencia nos ha mostrado perfectamente que, la elaboración de un plan metódico y sistemático sobre una determinada rama del derecho, no lo ha inmovilizado; a lo sumo le ha determinado la normatividad que luego ha podido ser enriquecida. Lo importante es, principalmente, tener una "homogeneidad objetiva" y, secundariamente, adoptar el método adecuado. O sea que el método usado —que después ha de plantear y optar por una determinada sistemática—, una vez formulado el plan de los principios generales, le permitía históricamente ser enriquecida.

Este aporte constante a la urdimbre sistemática; ese fluir de todos los elementos que el tiempo y el espacio en el devenir van requiriendo para el desarrollo ulterior de la ciencia jurídica, deben quedar perfectamente asegurados.

Consolidación y renovación no se excluyen, se permiten. Éste es el criterio que pienso debe privar.

Dicho de otro modo, rigurosamente un Código, y estoy hablando aquí de un Código integral (ya veremos después si eso es posible o

o no en derecho administrativo, por cuanto estoy todavía genéricamente en el plano teórico) es perfectamente posible, si su método es adecuado. Y entiendo por adecuado el que permita permanentemente el desarrollo ulterior de esa normatividad que se encierra. Así enfocada la cuestión, entonces estimo que debe ser rechazada la tesis de la inconveniencia. Al contrario, si se ha logrado sistematizar adecuadamente y, sobre todo, desde el punto de vista axiológico, siguiendo una determinada jerarquía de valores principistas que el Código señala, inmediatamente después es posible plantearse los medios y los fines. Con estos últimos bien prefijados y el método establecido, una ciencia jurídica se objetiva en el Código, que la trasunta perfectamente y permite luego su aplicación razonable.

Por tanto, teóricamente —estoy todavía en ese plano— no advierto dificultad alguna en nuestros días para señalar la conveniencia de un Código.

Pero este problema de la conveniencia o de la inconveniencia en abstracto ha preocupado quizá exageradamente a nuestros estudiosos. Lo debemos ver en concreto en relación al derecho administrativo.

Tal como lo he expuesto la pregunta a formular es si realmente hay sustantividad objetiva en las normas jurídico-normativas, que permita una codificación. O sea, más que plantearnos la conveniencia del Código, que yo no dudo, es saber si estamos ya en la etapa de madurez necesaria para que se pueda formular el Código de Derecho Administrativo. Luego voy a volver sobre este punto.

## II.

La otra cuestión que nos formulamos era acerca de la posibilidad o no de la codificación. Y esto sí ya entraña una serie de opiniones que, a lo largo del tiempo, han sido muy bien expuestas.

Las hay optimistas, como la señalada oportunamente por Posadas y por Bielsa; otras opiniones más cautelosas aparecen en los tratados de la materia de Marienhoff y de Diez. Fiorini, en cambio, en su "Manual de Derecho Administrativo", se inclina más que a estudiar la cuestión que acabo de señalar, anterior y ésta, la de la oportunidad; vale decir que, con respecto a la opinión de este autor, me voy a ocupar después, cuando estudie la tercera cuestión.

Pienso que los tres grandes argumentos que se han dado sobre la imposibilidad podrían reducirse a éstos: primero, se dice que en el derecho administrativo aparece una abundancia, una amplitud de normas que, prima facie, no pareciera facilitar aquel fundamental proceso codificador que requiere arrancar de lo que, como muy bien ha señalado Marienhoff, consiste en ese sustrato de carácter general que permite remontar todo una teleología, facilitando la labor de metodización.

Sin embargo, a pesar de que aparece una abundancia y una amplitud normativa —que se complica en nuestro sistema de Estado Federal, por dos órdenes jurídicos y rigurosamente tres, con el régimen municipal— es posible ir advirtiendo la madurez objetiva de nuestro *ius novum*. Es posible encontrar ya un sistema de grandes principios

que han de ser, precisamente, ese sustracto general que permite dar una coherencia conceptual.

La abundancia o amplitud normativa no entorpece la labor de metodización. Puede entorpecerla en una etapa previa, que no debemos nunca confundir con la codificación, la de la compilación o el digesto sistemático a través de un plan. El Código, al contrario, si bien es cierto que es una tarea de planificación, es también una tarea de inducción normativa. El estudioso del derecho administrativo puede enfrentarse a la pléyade de normas dispersas, muchas veces contrapuestas, distinguiendo de ese universo disperso, a través de una labor de inducción, ciertos principios básicos de nuestra ciencia jurídica, enrolada, como sabemos, en el derecho público interno. Esa fijación de principios es el primer verdadero paso codificadorio.

Hay en ello un punto de partida perfectamente asequible para que desde allí se pueda, no obstante la abundancia o la amplitud preceptivas, concluirse la elaboración de un sistema de grandes principios básicos.

Además, no perjudica a esta tarea lo que se ha dado en llamar la inestabilidad o contingencia normativa, que pueda existir en el derecho administrativo.

De otra manera la abundancia antes referida o el desorden normativo —que no niego— nos llevaría a poner en evidencia la existencia de una petición permanente de criterios principistas, o, como se ha dicho muy bien por nuestros tratadistas, de un verdadero círculo vicioso.

Si digo que hay desorden y no puedo entonces realizar la labor básica de metodización, no la realizo y el desorden sigue. Pero si, al contrario, pienso que hay desorden, hay abundancia, hay dispersión; pero si comienzo una tarea de inducción sistemática, justamente voy a empezar a poner orden en el desorden y, para el futuro, voy a empezar a exigir, desde ahora, un desarrollo ordenado y sobre todo de principios.

Y algo a lo que a veces no se le ha dado importancia: es una labor teleológicamente perfectible.

Pienso que desde ese punto de vista, la codificación en derecho administrativo es posible, incluso diría yo, que es deseable, porque es la única manera de que este círculo sea roto en un extremo y puesto en una línea conductiva que nos permita desarrollar, precisamente, esa misma sistematización.

Es la urdimbre de base que pondrá orden en el sistema jurídico-administrativo.

Como conclusión de esta cuestión, estimo que no solamente nos parece posible sino, incluso, útil y necesario este proceso de sistematización metódica, que deberá ser previo paso al Código.

Ello supone que considere que la codificación como proceso debe llevar prospectivamente a un Código.

El Código propugnado —bien queda dicho como proyecto de futuro— no debe intentar absorber lo que se denomina administración interna subjetiva. No debe preocuparnos esa organicidad. Por eso des-

carto, como modelos realizables, intentos tales como los de Portugal o Las Filipinas.

Sí interesa todo lo que se refiere a la administración objetiva externa; a esa administración que se enriquece plenamente a través de esa profunda, rica y variada relación jurídica: administración-administrado. Esta tendencia ha quedado plasmada en el constitucionalismo social de la última post-guerra mundial. Me remito, sobre todo, a la Constitución italiana de 1947, a la propia Constitución francesa de 1946 con su reforma del 58, a la ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949 y a muchas otras. Todos estos ordenamientos han ido incorporando grandes principios del derecho administrativo, referidos al plano objetivo del comportamiento del Estado, en la parte de su actividad que constituye la administración pública activa. A sólo manera de ejemplo: el artículo quinto de la Constitución italiana, que incorpora el principio de la descentralización operativa de los servicios públicos; el artículo 28º, que incorpora el principio de la responsabilidad del Estado. Principios como éstos están incorporados precisamente a nivel constitucional.

La organización está, en el caso de la Constitución italiana a la cual me estoy remitiendo en este momento, totalmente previsto como administración interna, incluso hay un capítulo dedicado a la administración subjetiva.

Pienso que el Código de Derecho Administrativo no puede subsistir lo orgánico previsto por la Constitución. Fundamentalmente la tarea en este estadio debe ser de pre-codificación, tiene que estar dirigida a la sistematización a través de un método, de toda la actividad de la administración objetiva.

Y sigo adelante con la problemática que me impuse.

### III.

El tercer interrogante que formulara era el que trataba acerca de la oportunidad.

Si quisiera sólo referirme a un código integral, podría llegar a la conclusión inmediata: la inoportunidad. Incluso, como lo han señalado muy bien todos nuestros administrativistas, no debemos perder de vista la complejidad que suponen distintos centros de poder que causan órdenes jurídicos diversos: federal, provincial, municipal; todo ello acrecentado por la creciente institucionalización de fines públicos. En cada uno debe existir codificación integral de administración objetiva; partiendo de la base de que, en el orden provincial, quedará siempre la zona de las materias conservadas, lógicamente enriquecidas, como construcción metódica en el tiempo y, por esa misma vía, explicitadas en una posible permanente derivación normativa.

Empero estimo, hecha la distinción y sin perjuicio del antes señalado estadio de pre-codificación, que aún no es la hora de la codificación integral. Tienen que pasar varias décadas antes de tal logro. Pero ello no significa que no se intente la incorporación, en todas las leyes jurídicoadministrativas, de un sistema metódico que permita establecer

un sustrato principista genérico y que facilite perfectamente adecuar medios y fines a ese sustrato.

#### IV.

Precisamente, se ha advertido esa tendencia plasmada en la llamada Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto Ley nacional 19.549/72). No se trata de codificación, lo reitero, aunque en el lenguaje didáctico suele decirse, por ejemplo, de los códigos de lo contencioso-administrativo en el orden provincial, que son avances de codificación parcial. En la hipótesis previa he señalado que una expresión tal sería una “*contradictio in adjecto*”.

Se los denomina códigos porque tienen una unidad orgánico-sistemática; pero son leyes eminentemente procesales de lo administrativo. Lo que quiero señalar aquí es la necesidad de iniciar un comportamiento legislativo tendiente al fin de la codificación.

En la década anterior, Francia, Italia y España dictaron nuevas leyes sistemáticas sobre la contratación administrativa, que no intenta ser un código —porque además el contenido de materia sectorial no lo permite— pero que toman un importante aspecto de la actividad administrativa, todo lo que es administración colaborativa, y la reducen a un sistema básico de principios fundamentales.

A este sistema de grandes principios vigentes para todos los contratos administrativos, no le preocupan tanto las especies nominadas sino los derechos y garantías fundamentales para la administración, el administrado y la relación jurídico-pública que se crea.

Ese sistema de grandes principios comprende asimismo el cuadro de las obligaciones. Las distintas figuras nominadas enmarcadas, dejan vislumbrar ese inmenso campo de los contratos innominados que se imponen impetuosamente ante nosotros por la diversidad y riqueza de la tecnología, pero no sorprenden por vacío normativo y tienen previsión jurídica. He traído a colación esta muestra que por sí sola es elocuente.

Lo que acabo de señalar, nuestro decreto-ley 19.549, estos ejemplos del sistema de Europa continental, nos ponen sobre la pista de lo que entiendo que debe ser la actitud actual del estudioso del derecho administrativo. Advertir, ante todo, que nos encontramos frente a una sustantividad perfectamente objetivable y que puede ser ya incorporada en un plan de acuerdo a un método. Ello, claro está, sin la pretensión —por ahora inoportuna— de un código integral.

Ha llegado el momento de que, en este sector de la actividad del estado, de carácter sub-legal y sub-jurisdiccional, aparezca un sistema de principios de regulación.

Además quiero advertir que, de ninguna manera, se piense que ésta es una labor de gabinete; todo lo contrario. El derecho administrativo debe estar, como ninguno, atento a la realidad social, que es la savia nutricia de la normatividad. Una normatividad que procura el interés general y armoniza los dos grandes protagonistas del derecho administrativo: la administración y el administrado.

Y aquí formulo un acto de fe en el derecho administrativo como fruto entrañable del estado de derecho, allí tiene su marco, su único e indiscutible marco. Pero que tiene la posibilidad de su máxima prospectiva en su evolución en el estado social de derecho.

V.

En conclusión. Estamos en la etapa del reflujo de nuestra ciencia jurídica. “Aquellos variados conceptos, figuras e instituciones jurídicas —en nuestro caso ocupadas ya por el Derecho Civil— se han establecido en el quehacer elaborativo histórico-jurídico, por medio de síntesis de distintas y diferenciadas situaciones concretas dadas en la realidad.

De allí se dedujo, por abstracción, una valoración —juicio axiológico— de contenido conceptual y de carácter genérico.

Este proceso formativo de los conceptos jurídicos es una operación lógica que admite, o puede admitir, varias etapas. Es lo que generalmente se observa en las distintas ramas del derecho. Pero que han sido vividas más aceleradamente en el Derecho Administrativo. Pero ese proceso apuntado partió de una serie de situaciones, hechos y cosas.” (Cfr. “Autonomía conceptual de las instituciones del Derecho Administrativo”, mi trabajo publicado por la Universidad Nacional de Córdoba, 1967).

¿Dónde comienza la tarea? Precisamente en ese proceso reestudiado. Es una tarea a posteriori de ordenamiento a la cual estamos ahora abocados. Por eso es a posteriori, no solamente lógica, sino también cronológicamente.

Por lo expuesto, creo posible realizar la inducción que nos lleve a una valoración genérica, o sea a un concepto superior, supra-concepto, a partir de la misma realidad y, desde allí, llegar a la reducción básica y revalorar todas las instituciones jurídico-administrativas.

Precisamente es la idea que había formulado Santi Romano y es, en definitiva, el trabajo pleno de “vis” jurídica que ha realizado la interpretación pretoriana del Consejo de Estado francés.

Con profunda confianza, entonces, en nuestra rama del derecho, sin pretender de ninguna manera decir la última palabra sobre este tema, considero que todavía no estamos en la posibilidad de una codificación integral, pero sí exigir y sobre todo exigimos como estudiosos preocupados y desafiados, que vivamos el mundo juridicoadministrativo en estadio de precodificación. Toda nuestra labor crítico-investigativa debe siempre partir de un sistema de principios que el derecho administrativo, dentro del estado de derecho y en ese marco, ha elaborado ya y del cual no podremos prescindir en el futuro.

## ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

JULIO E. CABRAL

Para una mejor exposición del tema, lo analizaremos desde los distintos puntos de vista posibles, o sea: 1º) Desde un punto de vista orgánico, es decir a qué órgano es aplicable; 2º) Desde un punto de vista material, es decir a qué materias o institutos administrativos puede alcanzar; y 3º) Finalmente, desde un punto de vista temporal, o sea respecto de la vigencia de sus disposiciones a los procedimientos en trámite.

### *I. PUNTO DE VISTA ORGANICO*

El Art. 1º determina, en su parte pertinente, que “las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley”.

La cuestión a resolver es el alcance que le ha querido dar la ley a la administración descentralizada, es decir si se ha referido a la administración descentralizada burocráticamente y a la administración descentralizada autárquicamente, solamente, o si también comprende a otras formas de descentralización, como las empresas del Estado y las sociedades con participación del Estado.

El asunto ya ha motivado un principio de controversia entre el Dr. Cassagne, profesor del Museo Social Argentino y el Dr. Docobo, profesor de la Universidad Católica Argentina (ver artículos “La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19549”, *El Derecho*, 20/6/72, Nº 2957, y “La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *J. A.*, 4/5/72, Doctrina nº 4027, p. 8).

No pongo en duda ni discuto que las empresas y sociedades constituyan una forma de descentralización, ya que también sus mismas actividades, sean de servicios públicos, comerciales o industriales, podrán perfectamente ser prestadas centralizadamente o “en regie”, como lo denominan los franceses.

Si esas actividades pueden desarrollarse a través de la administración centralizada, tenemos que admitir que cuando se realizan mediante otros entes, estamos frente a una descentralización.

Pero, cabe preguntarse si este tipo de descentralización es el que tuvo en cuenta el legislador al redactar el art. 1º de la ley.

A mi juicio la respuesta es negativa, por los siguientes motivos:

1º) La Ley nos dice que se aplicará a la administración pública centralizada y descentralizada, inclusive los organismos autárquicos.

¿Por qué la ley ha hecho especial mención de los organismos autárquicos, siendo que todo el mundo sabe que han sido históricamente la primera forma de descentralización no burocrática y la más típica? ¿Por qué no ha mencionado también, con el mismo criterio, a las empresas del estado, por ejemplo, siendo que también es una forma de descentralización aunque discutida por algunos?

La respuesta es obvia: el legislador, dentro de la administración descentralizada no burocráticamente, se ha referido únicamente y en forma taxativa a los organismos autárquicos.

2º) Del contexto de la ley y de la lectura de la exposición de motivos (acápito I, primer párrafo), surge expresamente que el propósito perseguido con su sanción es asegurar a los administrados las garantías constitucionales del debido proceso.

Es evidente que ello es ajeno o mejor dicho inaplicable a la estructura y funcionamiento de una empresa o una sociedad y a los negocios jurídicos que pueda realizar. No existe aquí función administrativa ni administrado a quien tutelar con la garantía del debido proceso.

3º) Como corolario de lo anterior, cabe señalar que, en nuestro derecho, las empresas del Estado fueron creadas porque no resultaba apropiado que se desarrollaran con el régimen jurídico común de la administración centralizada o descentralizada autárquicamente.

Era menester darles eficacia en su gestión. Era menester suprimir controles y quitar escollos propios de la burocracia, para asemejarlas a una empresa privada en la medida de lo posible, pues evidentemente sus actividades comerciales, industriales o de servicio público, con tintes de beneficio empresario también, lo hacían indispensable.

Esto es una realidad y nadie lo puede negar. Por eso, continuamente oímos hablar que el grave problema económico del país es el déficit de las empresas del estado, porque todos consideramos que sus actividades deben ser rentables, porque en el fondo creemos y con razón que son actividades comerciales y el beneficio económico es la meta más importante.

Pues bien, si éste es el criterio que determinó su creación y su existencia, sería absurdo pretender que se desarrollaran con un sistema administrativo incompatible con aquél.

Y así sería si las empresas tuvieran que aplicar los principios de la Ley de Procedimientos Administrativos, ya que ella es ajena y más aún contradictoria con los mismos.

4º) Finalmente, tiene mucha razón Marienhoff ("Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, pág. 429 y sigts.), al señalar que entre

los elementos esenciales del organismo autárquico está el cumplimiento de específicas finalidades públicas cuya satisfacción corresponde al Estado, mientras que las empresas del estado desarrollan actividades que tanto podrían ser cumplidas por el mismo Estado, como por particulares.

De ahí, formula una diferencia, a mi entender fundamental: el ente autárquico es una persona pública estatal, pues su fin es directamente público y específicamente corresponde al Estado, mientras que la empresa es una persona pública no estatal ya que su fin y sus funciones no corresponden "strictu sensu" al Estado.

En el proyecto de ley de acción y procedimiento administrativo elaborado por el Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata en el año 1964 (Ley 6610), se dejó bien establecido en su exposición de motivos que sus normas eran de aplicación a la administración centralizada, desconcentrada y a los entes autárquicos institucionales.

Como conclusión de lo expuesto, entendemos que los únicos órganos descentralizados no burocráticamente a los que es aplicable la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, son los autárquicos.

Excepcionalmente, podría admitirse que sus disposiciones fueren aplicables a las relaciones de la administración central con estos organismos, en los casos en que correspondieren, siguiendo el criterio sentado por el Decreto 4444/69 de trámite administrativo.

### *LAS EMPRESAS DEL ESTADO A LAS QUE SE HA DADO EL CARÁCTER DE ENTES AUTÁRQUICOS*

Existen en nuestra legislación numerosas empresas del Estado a las que el legislador les ha asignado expresamente el carácter de organismos autárquicos. Por ejemplo: YPF, YCF, Gas del Estado, según lo establecido en la Ley de Hidrocarburos N° 14.773 (Art. 2°), y Empresa Ferrocarriles Argentinos, que más que autárquico —valga la enormidad— podría considerarse como casi soberana, a tenor de su estatuto sancionado por la Ley 18.360.

Pues bien, ¿cuál ha de ser el criterio a seguir en estos casos?

Doctrinaria y lógicamente, debemos atenernos a lo ya dicho. Como dice Marienhoff (ob. cit.), tanto en Francia como en la Argentina hemos incurrido en el error de no distinguir entre la persona pública estatal y la persona pública no estatal.

La influencia del derecho administrativo francés en nuestra legislación ha sido muy importante, con sus muchos aciertos y también sus errores, producto éstos de la falta de concordancia entre una y otra legislación.

Nuestras entidades autárquicas y los "établissements publics" franceses son similares, y en ambos casos se ha incluido en su concepto a las empresas del estado.

Ello, como sostiene Marienhoff, significa una crisis tanto del con-

cepto de organismo autárquico como del de empresa del estado porque se equipara lo que estructural y teleológicamente es diferente.

Pues bien, debemos admitir que la Ley de Procedimientos Administrativos expresamente comprende a los organismos autárquicos, sea cual fuere su verdadera índole, aun éstos ya mencionados que propiamente no lo serían.

Queda como única solución posible que el legislador, en este caso al Poder Ejecutivo en ejercicio de las funciones conferidas por el Art. 2º de la Ley, resuelva si las empresas del estado calificadas como entes autárquicos, se regirán por procedimientos especiales distintos, aunque siempre la ley será de aplicación supletoria.

### *LA MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES*

Este ente autárquico se gobierna por las normas que en forma exclusiva y excluyente sancione el Congreso de la Nación como legislatura local (art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional).

Por lo tanto, las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos no le son de aplicación.

Continuará rigiéndose por su ordenanza en procedimiento número 10806, aunque existe una comisión creada para adecuar sus normas a la ley.

### *LOS BANCOS OFICIALES*

Si bien son típicas entidades autárquicas, por la índole de sus funciones no resultaría, a mi juicio, practicable la aplicación de la ley.

En tal sentido, cabe recordar que hasta el momento se ha seguido el criterio de no aplicarles los decretos y resoluciones dictados con carácter general para la Administración Pública.

Así lo han consagrado las Leyes 18.148 y 18.877 respecto del Banco Central, el Banco de la Nación, el de Desarrollo, el Hipotecario Nacional y la Caja Nacional de Ahorro Postal.

Entiendo que nos encontramos frente a regímenes especiales que deben subsistir, conforme lo previsto en el art. 2º de la ley.

### *LOS ENTES INTERPROVINCIALES*

Me refiero a los organismos nacidos en virtud de lo previsto en el art. 107 de la Constitución.

No obstante la autorizada opinión de Gordillo ("Procedimientos y Recursos Administrativos", Buenos Aires, 1964, pág. 241), al comentar el proyecto de "Ley de procedimiento en la Administración Pública" de Fiorini, en el sentido de que una "ley nacional debe abarcar a todos los entes que escapen al ámbito de una provincia determinada", dando como ejemplo al Consejo Federal de la Vivienda y al Consejo Federal

de Inversiones, en mi opinión estos entes son ajenos a una legislación federal o nacional sobre la materia.

Sus aspectos administrativos, entre los que se encuentran los relativos al procedimiento, son materias propias de la legislación provincial y no delegados al gobierno central.

En consecuencia, estimo que no les son aplicables las normas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

### LOS ENTES EN LOS QUE SON PARTE LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS

Estos entes han nacido en virtud de acuerdos entre la Nación y una Provincia y son de creación reciente en nuestro derecho positivo.

Podemos citar a título de ejemplo a Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio creado por un acuerdo entre la Universidad Nacional de Tucumán (Ley 14.771) y la Provincia de Catamarca (Decreto Ley 1695/58); y a la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires, creado por un acuerdo entre la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Buenos Aires, de fecha 10 de agosto de 1967 (B.O. 14/9/67).

Consideramos que a este tipo de organismos no le son aplicables en principio las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pues sus atribuciones y funciones han surgido de un convenio entre partes, no pudiendo unilateralmente la Nación imponer su legislación, a no ser que exista un precepto constitucional que lo autorice, o que así se hubiere establecido en el convenio.

En el caso de Yacimientos Mineros Aguas de Dionisio, su estatuto orgánico debe ser aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional y hasta tanto no se dictara, estableció la Ley 14.771 que se regirá por el de Y.P.F.

El convenio de la Corporación del Mercado Central establece que sus regímenes básicos deben ser aprobados por las tres partes constituyentes. Ahora bien, una vez que el mercado esté en funcionamiento en los terrenos adquiridos para tal fin en el Partido de la Matanza, Provincia de Buenos Aires, podría ser considerado un establecimiento de utilidad nacional (art. 67, inc. 27, de la C.N.), en cuyo caso la Nación ejercería sobre el mismo una legislación exclusiva, conforme la Jurisprudencia de la Corte Suprema en la causa "Marconetti Ltd. S. A." ("La Ley": tomo 131, pág. 987), ratificada en "De Luna y otros c/International Air Catering Aeropuerto Ezeiza y otros" (sentencia del 29/XII/71) donde se declaró la inconstitucionalidad de la Ley 18.310.

### CORPORACIONES PÚBLICAS

Nos referimos a aquellas asociaciones que tienden a satisfacer fines de interés general, como los colegios profesionales, cámaras gremiales, sindicatos, etc.

Coincidiendo con Marienhoff (ob. cit.: pág. 482), entendemos que

se trata de personas públicas no estatales y, por lo tanto, reiterando lo expuesto respecto de las empresas del estado, consideramos que no son aplicables las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

## II. — PUNTO DE VISTA MATERIAL

El tema está directamente vinculado con lo dispuesto por la ley respecto a los procedimientos especiales.

En primer lugar, cabe decir que la ley es de aplicación supletoria o analógica a otros procedimientos o materias. Así surge de los arts. 2º incisos a) y b), y 7º, in fine (En este último caso, solamente respecto de las normas del Título III).

En segundo lugar, cabe señalar que la ley ha excluido expresamente de sus disposiciones a los siguientes procedimientos y materias: procedimientos aplicables en los organismos militares, de defensa y de seguridad, contratos, permisos y concesiones administrativas.

Aunque no figure en forma expresa en la ley, también serían objeto de procedimientos especiales, conforme surge del cap. V de la exposición de motivos, los relativos al ordenamiento, regulación, promoción, o contralor estatal de actividades privadas de asociación, producción, industria, comercio, finanzas o cualquiera otra que fuere pasible de la potestad correctiva externa de la Administración, es decir lo que corresponde a la policía de dichas actividades y al derecho penal administrativo; y también los procedimientos relativos al ejercicio de la potestad disciplinaria interna sobre los agentes públicos.

Para terminar con este aspecto, quiero decir que los principios establecidos en la ley para asegurar la garantía del debido proceso, son perfectamente adaptables, con las excepciones parciales y particulares que pudieren existir, a todos los procesos especiales. Ello dará unidad a la legislación administrativa y permitirá una codificación progresiva de nuestro derecho.

## III. — ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

La ley en su art. 33 establece que entrará en vigencia a los 120 días de su publicación en el Boletín Oficial; es decir, que entró en vigor el 27 de agosto de este año.

Nada dice si se aplicará o no a los procedimientos en trámite; pero siguiendo el criterio establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos: 200, 180; 209, 630; 213, 290; 215, 467; 220, 1250 entre otros), así como el seguido respecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 812), podemos sentar las siguientes pautas:

Las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos serán aplicables a partir de su fecha de vigencia, a todos los procedimientos en trámite, en tanto no se afecten en perjuicio del administrado actos concluidos o se deje sin efecto lo actuado.

# LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

OSVALDO MAXIMO BEZZI

- SUMARIO: I) *Recepción de la doctrina organicista en las leyes de procedimiento administrativo. El órgano como titular de la competencia.*
- II) *Órgano y autoridad administrativa.*
- III) *La competencia, ¿es un elemento del órgano o del acto administrativo?*
- IV) *Regulación legislativa de los institutos de delegación, avocación y sustitución de la competencia.*
- V) *Cuestiones de competencia.*

I) Las leyes de procedimiento administrativo de la Nación y de las provincias de Buenos Aires, Jujuy, Santiago del Estero y del Chubut, particularmente, han aceptado la noción de "órgano" en su referencia a la estructura funcional de la administración pública y remiten al mismo la exclusividad del ejercicio de la competencia administrativa.

El desarrollo de la doctrina organicista, divulgado a partir de la obra clásica de Bluntschli, tuvo en Otto Gierke un expositor que, con rigor científico, supera las teorías del mandato y de la representación que pretendieron explicar el fundamento de la imputación de la voluntad de la persona física, que integra la persona jurídica. Como es sabido, expresó su síntesis en estos términos: "La teoría orgánica considera al Estado y las restantes colectividades como organismos sociales. Afirma, por tanto, la existencia de organismos colectivos, cuyos miembros son los hombres, sobre los organismos individuales. Para ello, se limita, por de pronto, a agrupar bajo un concepto genérico aquellos fenómenos en los que descubre características comunes. Y como, en principio, el concepto de organismo se forma por abstracción de los seres vivos, se ve obligada la teoría a comparar el organismo social con los organismos individuales. Bien comprendida, esta comparación no significa sino que reconocemos en el cuerpo social la unidad vital de un todo formado por partes, análoga a la que percibimos en los seres vivientes de la naturaleza".

La progresiva evolución de las ideas jurídicas fue ubicando la teoría en su moderna concepción. El profesor Marienhoff, en su aguda

interpretación de la misma, señala que el órgano nace con la persona jurídica.

Es con las enseñanzas de Georg Jellinek que se establece que toda asociación necesita de una voluntad que la unifique, que no puede ser otra que la del individuo humano. Su punto de partida es que “De la propia naturaleza del Estado, esto es del hecho de tener el carácter de una asociación organizada, se sigue necesariamente la existencia de órganos del Estado”, afirmando que “Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar a existir, es decir equivale a anarquía, por lo que resulta una “contradictio in adjecto”.

Su discípulo, el Jurista del Siglo Hans Kelsen, desde un punto de vista de un orden ya acabado y sin hacer la menor referencia a su creación, sostiene que el problema del órgano estatal plantéase del modo siguiente: *es órgano del Estado quien realiza un acto estatal*. Sigue diciendo Kelsen que “acto estatal o jurídico es un acto referible al Estado —como unidad del orden jurídico—, un hecho imputable al Estado”.

Siguiendo estas orientaciones, Aparicio Méndez dice que la teoría del órgano “es la única que regula eficientemente en los aspectos jurídico y técnico, esto es, integralmente, el hecho de la fragmentación del Estado, las condiciones de funcionamiento de esas unidades, sus relaciones recíprocas y externas y el todavía más sutil fenómeno de la acción del hombre por el Estado”.

La problemática podemos sintetizarla en la noción jurídica pura del concepto de órgano estatal, cuya vigencia nos permite comprender y explicar las reglas de derecho que determinan la competencia de esos instrumentos, sus relaciones jerárquicas, su situación jurídica, sus formas de actuar, cómo debe controlarse su acción, cómo deben coordinarse en el interés de la unidad del Estado; todo lo cual constituye la organización administrativa, de acuerdo con Villegas Basavilbaso. “Esencialmente, el poder de organización se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencia, o, más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos”, dice coincidentemente el profesor Marienhoff.

Desde la instrumentación del constitucionalismo, con una administración pública vinculada al Derecho, los órganos van a tener una competencia que les viene de la norma, porque se ha logrado superar la etapa de la actuación “de legibus solutus” del príncipe.

Claramente lo enseña el Doctor Diez que “La aptitud legal del órgano es su competencia”. Las leyes referidas en particular parten del supuesto de considerar al instrumento que realiza un acto estatal y señalan que la competencia del órgano administrativo “se determina por la Constitución de la Provincia, las leyes orgánicas administrativas y los reglamentos que dicten el Poder Ejecutivo y las entidades autárquicas” (art. 3º de la Ley 7647 de Buenos Aires) y “... será la que resulta, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia” (art. 3º Ley 19.549), con lo que refirman el principio de “que ninguna competencia puede existir en el ámbito del derecho administrativo sin una regla de derecho que la regule, o dicho de otro modo, con la doctrina española en co-

mentario a norma análoga, son las “funciones cuya titularidad se atribuye por el Ordenamiento jurídico a un ente o un órgano administrativo con preferencia a los demás”. Puede ser atribuida en forma *exclusiva* a un solo órgano, exclusividad que es absoluta cuando las resoluciones de su titular agotan la vía administrativa; en forma *alternativa*, cuando puede ser ejercitada en primer término por un órgano distinto de aquel al que en principio se atribuye y relacionado con él jerárquicamente; en forma *indistinta*, cuando el ordenamiento atribuya su titularidad a varios órganos con carácter normal y simultáneamente, de modo que cualquiera de ellos puede ejercitarla sin necesidad de que concurren circunstancias especiales y en forma *mixta*, cuando está atribuida simultáneamente a varios órganos y sólo podrá ser ejercida conjuntamente, produciendo en este caso un acto complejo.

Sobre este tema de la competencia Kelsen sostiene que “En general, no se habla del ‘derecho’ del órgano, sino de sus ‘facultades’, de su ‘competencia’, entendiéndose por competencia no tan sólo el límite de su poder jurídico, sino ese mismo poder”.

De lo expuesto se sigue que la competencia constituye una obligación o una carga del órgano pero nunca es un derecho subjetivo; por lo tanto es irrenunciable por el sujeto titular del órgano, con las salvedades de los casos de delegación, sustitución y avocación, a que las leyes de procedimiento administrativo, se refieren.

II) Como la mención de “autoridad administrativa” campea en todo el texto legislativo bonaerense y en menor medida en la reglamentación de la ley nacional, debemos señalar que ella se refiere al órgano y al sujeto titular del mismo, siguiendo la doctrina expuesta por Forsthoff con estos conceptos: “...la expresión adecuada para designar la persona o pluralidad de personas que ejercen ciertas facultades administrativas en el ámbito de una institución oficial, es la de autoridad. Por autoridad se entiende aquella institución oficial (y también las personas actuantes en ella) que ejercen con eficacia exterior una actividad administrativa”.

A esta altura subrayamos, entonces, que la competencia administrativa está siempre referida a un órgano y que el agente que no puede emitir actos imputables al Estado, no puede invocarla, ni tampoco pretender “status” de autoridad administrativa, en nuestro concepto.

III) El doctor Diez, en fundada posición sobre el tema, sostiene que los elementos del acto administrativo perfecto son los que se refieren a la legitimidad y al mérito. El concepto de legalidad —dice— es más extenso que el de legitimidad y que las condiciones que hacen a la legitimidad del acto administrativo son: órgano competente; manifestación de voluntad; objeto y forma. Agrega que un acto administrativo es legítimo cuando ha sido dictado por un órgano administrativo que actúa dentro de la esfera de su competencia. Finalmente, que “La competencia es la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto. El órgano que no tenga esa atribución normalmente establecida no puede realizar el acto administrativo; tampoco puede realizarlo más allá del límite cuantitativo que establece la norma”.

Para D'Alessio el órgano tiene dos elementos: objetivo y subjetivo. El elemento objetivo está constituido por un conjunto de funciones que corresponde a su competencia y el elemento subjetivo está formado por la persona física.

Sayagués Laso sostiene que todo órgano está integrado por tres elementos: competencia, forma y voluntad humana; y que la competencia es correcto estudiarla con carácter general, para todos los órganos y de las personas públicas. Sobre esto último dice que "basta que las personas públicas tengan varios órganos para que la diferencia surja de manifiesto, pues en tal caso la competencia de aquéllas debe fraccionarse entre éstos" y señala como elementos determinantes de la competencia el territorio, la materia y los poderes jurídicos, refiriendo que la doctrina italiana los enuncia como territorio, materia y grado y que este último se refiere a la distribución de las funciones entre órganos subordinados jerárquicamente. Cuando menciona a los elementos del acto administrativo, coincide en general con el doctor Diez, expresando que "los elementos esenciales del acto administrativo son: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad, forma y procedimiento".

La Ley 19.549 parece adherir a esta postura doctrinaria cuando señala como "requisitos esenciales del acto administrativo", entre otros, el de "ser dictado por autoridad competente" (art. 7º, inc. a) y determina su nulidad absoluta e insanable "Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, etc." (art. 14, inc. b).

De acuerdo con lo abreviadamente expuesto, puede admitirse que la competencia es elemento esencial —es decir, "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable"— del órgano, pues sin ella no se concibe su existencia y que el "órgano competente" es uno de los datos que cualifica como perfecto el acto administrativo e integra la noción de legitimidad del mismo.

IV) La ley nacional determina que el ejercicio de la competencia constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y la de Buenos Aires, siguiendo al texto español, que es irrenunciable.

La del Chubut —que regula toda la materia con un depurado tecnicismo, que hace elogiabile la obra del autor del anteproyecto, doctor Salvador M. Dana Montañó—, dice que "es irrenunciable e improrrogable".

Hay criterio coincidente al admitir como excepción a la regla señalada, la delegación, avocación y sustitución. Pero, en particular, la regulación legislativa tiene matices diferenciales, que se explican por la recepción de las respectivas tesis doctrinarias que sustentan estos institutos.

El doctor Cozzi —uno de los autores del anteproyecto nacional— dio su explicación de que "la ley proyectada recoge las enseñanzas de la doctrina al prever que el ejercicio de la competencia *constituye una obligación del órgano y que es improrrogable, salvo que una norma expresa autorice la delegación o sustitución. La avocación es conside-*

*rada, en principio, procedente, a menos que una norma expresa disponga lo contrario”.*

Con esta técnica se posibilita que la norma autoritaria pueda tener jerarquía de ley o reglamento administrativo y ella se requiere sólo para la delegación, que es el procedimiento a través del cual un órgano traspassa a otro la tarea de ejercer parte de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido, y para la sustitución, que se ha entendido como una medida que no responde, como la avocación, a una actividad administrativa normal, sino que tiene efectos sancionatorios por negligencia o incapacidad económica o técnica, para ejercer las funciones en la que se le sustituye.

Para la avocación, acto por medio del cual el superior jerárquico por sí mismo y sin recurso alguno asume la competencia del inferior en casos concretos, no se requiere norma expresa alguna según la ley nacional, considerándose comprendida en la potestad jerárquica.

La ley bonaerense hace excepción a la irrenunciabilidad de la competencia en “los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes”. Requiere, como se advierte, una autorización legal, que está dada para la delegación en el art. 12 de la Ley 7279, orgánica de ministerios, habiendo entendido por nuestra parte que *la delegación sólo puede efectuarse en los órganos inferiores* y que éstos están obligados a ejercer las funciones conferidas. Y en cuanto a la avocación, la propia ley de procedimiento citada resuelve en su artículo 59 que “El Poder Ejecutivo, de oficio, podrá avocar el conocimiento y decisión de las actuaciones administrativas que tramiten ante los órganos de la Administración Pública centralizada”, con lo que excluye a las actuaciones de los entes autárquicos, debiéndose entender igualmente su improcedencia en los casos de órganos desconcentrados, a los que la competencia les ha sido atribuida en razón de su específica idoneidad.

La ley del Chubut no contiene norma expresa sobre delegación de competencia, pero sí determina la atribución de los órganos superiores centrales para dictar normas, ejercer control y dirigir la actividad de los órganos inferiores con carácter general, mediante instrucciones y circulares.

V) Finalmente, nos referiremos a la situación que se da cuando dos órganos de la administración pública pretenden simultáneamente tener o carecer de competencia para actuar en un asunto sometido a su consideración, originándose un conflicto de competencia o de atribuciones. “Cuando se trasgrede una esfera de competencia, la autoridad afectada no es violada en sus derechos”, dice Forsthoff, conforme con Georg Jellinek, y agrega: “Por esa razón, los conflictos de competencia no son litigios jurídicos en torno a derechos subjetivos”.

La ley nacional de procedimiento administrativo resuelve estas cuestiones atribuyendo al Poder Ejecutivo la decisión de las que se susciten entre los Ministros y las que se planteen entre autoridades, organismos o entes autárquicos que desarrollen su actividad en sede de diferentes ministerios. Por su parte, los ministros resolverán las que se planteen por esos mismos órganos en esferas de sus respectivos departamentos de Estado.

Las leyes de las provincias de Buenos Aires y Jujuy difieren en este punto considerando que, por su personalidad jurídico-pública, los conflictos en los que interviene un ente autárquico, deben ser resueltos por el Poder Ejecutivo.

Tenemos pues regulada legislativamente la solución de los conflictos positivos, cuando dos órganos pretenden tener competencia y los negativos cuando sostienen su incompetencia.

La incompetencia de un órgano puede ser por razón de lugar, tiempo y materia. Como lo afirma el doctor Diez: La incompetencia "ratione loci" es muy rara en derecho administrativo, ya que cada agente conoce los límites del territorio dentro del cual ha de ejercer sus funciones. La incompetencia "ratione temporis" es un poco menos rara. Puede ocurrir que un agente tome una decisión vencido el plazo de su mandato o antes de ejercer el cargo. . . La incompetencia "ratione materiae" es la más común. Se presenta en dos formas: la de usurpación de funciones y la de intromisión en las funciones.

Un principio jurídico que rige esta materia es de que ningún órgano administrativo puede requerir de incompetencia a otro jerárquicamente superior, recogido en el artículo 16 de la Ley del Chubut.

Las cuestiones se deciden con una sustanciación abreviada, de acuerdo con los objetivos de "celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites" que la ley nacional prevé como normas impuestas a la administración pública.

Tanto la ley nacional como las otras a las que hemos hecho referencia con el propósito de un mayor aporte de elementos explicativos, contemplan exclusivamente este tipo de cuestiones como un planteamiento y solución a los problemas de colisión, en las relaciones interorgánicas administrativas, cuyo ámbito delimita la aplicación de la ley en la administración pública y por lo tanto naturalmente, no prevé situaciones conflictivas entre los órganos administrativos y los judiciales.

# DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

JULIO A. PRAT

## *CONCEPTO DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA*

Jurídicamente descentralización significa sacar de un centro determinados poderes para distribuirlos en otros centros. Es una acción de dispersión, de distribución de poderes jurídicos de un centro preexistente a la acción y que anteriormente los detentaba para entregarlos a nuevos centros que surgen a la vida jurídica o ven ampliada su competencia.

Es también el reconocimiento, generalmente por acto legislativo formal, de cierta libertad de autodeterminación en favor de un organismo público sin llegar por ello, a quebrar la unidad estatal.

Cuando los poderes jurídicos que se distribuyen son de administración, estamos en presencia de la descentralización administrativa. Esta dispersión o esta distribución de poderes jurídicos de administración se registran en las dos formas clásicas de la descentralización administrativa: en la funcional o por servicios y en la territorial.

La descentralización territorial opera fundamentalmente en base a un criterio geográfico parcelado. Posee bases físicas que nunca se confunden con el territorio nacional. Limitada a ciertos espacios o territorios (región, departamento, localidad, etc.) opera en extensión; de ahí que se llame además de descentralización territorial, descentralización horizontal. Tiene variantes notorias según el país en que se considere y los poderes jurídicos que esta descentralización implica en su distribución.

La descentralización por servicios tiene una base técnica y consiste en confiar a un ente que puede ser o no personalizado una determinada actividad o servicio. Se desarrolla en plano vertical porque implica el descenso de poderes de administración, porque esta descentralización afecta exclusivamente la acción administrativa.

La característica de la descentralización por servicios o funcional es la limitación de la materia de su competencia; hay una competencia especial para la gestión de un servicio. En cambio la descentralización territorial implica competencia general reconocida para asegurar la satisfacción de necesidades consideradas distintas de los intereses generales. De ahí que la autonomía de las autoridades administrativas en la des-

centralización territorial presente un carácter general, extendiéndose en la gestión de todos los servicios susceptibles de satisfacer los intereses del territorio considerado.

## NUESTRO PAÍS

Antes de entrar al estudio de la descentralización administrativa en el Uruguay corresponde formular dos precisiones:

La primera es que nuestro país es un estado unitario.

La segunda es que tanto la descentralización administrativa por servicios o la territorial tienen desde la Constitución de 1918, base constitucional. Es decir que nuestra carta ha regulado el esquema fundamental y primario de esta descentralización.

La descentralización administrativa en nuestro país reconoce una riquísima evolución histórica que se inicia frente a un texto, el art. 79 de nuestra primera Constitución, la de 1830, por el cual el Presidente de la República Oriental del Uruguay "es el Jefe Superior de la Administración General de la República". La carta de 1830, inspirada en la concepción individualista liberal de la Revolución Francesa de 1789 y en el esquema de la norteamericana, instituyó un estado unitario y dentro de él, una administración fuertemente centralizada. La separación de poderes en este texto es sumamente simple: el Presidente de la República desempeña el Poder Ejecutivo de la Nación; le corresponde por consiguiente nombrar y destituir los empleados públicos y también le compete dictar los reglamentos necesarios para cumplir las leyes. Al Parlamento Nacional compete sancionar los presupuestos de gastos y establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos.

Esta carta rigió casi noventa años los destinos del país. Es demasiado tiempo para exigirle a una norma jurídica su efectividad práctica.

El período de su vigencia responde a una etapa clave del derecho público. Es casi todo el siglo XIX y principios del XX.

A pesar de la fuerte centralización administrativa que reconoce la carta de 1830 en favor de la Presidencia de la República, a fines del siglo XIX y principios del XX empiezan a proliferarse o se reestructuran leyes que van reconociendo a organismos estatales que se crean o a los gobiernos departamentales poderes jurídicos de administración sumamente intensos. Así las leyes del Banco de la República de 4 de agosto de 1896 y de 17 de julio de 1911; del Banco Hipotecario del Uruguay de 24 de marzo de 1892 y 8 de junio de 1912; del Banco de Seguros de 27 de diciembre de 1911; del Consejo Nacional de Higiene del 7 de noviembre de 1895 y de 2 de mayo de 1910; de la Asistencia Pública Nacional de 7 de noviembre de 1910; de la Universidad de la República, fundamentalmente la del 31 de diciembre de 1908; la de la Administración Nacional de Puertos de Montevideo de 21 de julio de 1916 y la de la Administración General de Correos, Telégrafos y Teléfonos de 16 de diciembre de 1915.

Los servicios creados o reorganizados se conocen con el nombre de entes autónomos. Están estructurados como organismos administra-

tivos descentralizados, dotados de personería jurídica con competencia en todo el territorio nacional. Frente al poder central, difieren sensiblemente entre sí, ya que en algunos la descentralización es tan amplia que el descenso de poderes de administraciones es total, caso del Banco de la República. En otros, es muy limitada, como la Administración de Correos y la Usina Eléctrica.

En la descentralización territorial se produce el mismo fenómeno con la ley de Juntas de 1903. La Junta Económica Administrativa surge actuando como cuerpo como un órgano dotado de funciones deliberantes pero su presidente ejerce poderes de administración en el departamento, desplazando al jefe de la Administración General, es decir, al Presidente de la República.

Existe una descentralización administrativa tanto en los Entes Autónomos como en el Gobierno Departamental.

Es evidente que ello es inconstitucional porque la carta de 1830 tanto en su texto como en su espíritu, no la autorizó.

La Constitución de 1918 va a consagrar la descentralización administrativa, tanto la funcional como la territorial.

Su artículo 100 constitucionalizó la existencia de los Entes Autónomos incorporándolos al sistema jurídico nacional, dándole un régimen general que no excluye las diferencias impuestas por las particularidades propias de cada servicio.

Por su parte la misma constitución en su artículo 130 consagra una autonomía en lo local sumamente amplia imponiendo soluciones más avanzadas que las tímidamente esbozadas en la ley de 1903.

Las constituciones posteriores de 1934, de 1942, y de 1952 desarrollarán la descentralización por servicios y la territorial en articulado numeroso y denso que limitarán la discrecionalidad legislativa cuando se trate de regular respecto de estos organismos.

Llegamos así a la Constitución vigente, la de 1967. Nuestro examen se detendrá en el estudio de los entes autónomos y los servicios descentralizados en la descentralización administrativa funcional y los Intendentes y las Juntas Locales en la descentralización territorial.

## LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR SERVICIOS

En nuestro país existen dos categorías de organismos descentralizados: los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados.

Ambos son personas jurídicas estatales, en consecuencia requieren acto legislativo para su creación. El Ente Autónomo requiere un quórum especial de dos tercios del total de componentes de cada cámara, excepto aquellos que son de creación constitucional, es decir que necesariamente deben existir porque así el texto de la carta lo impone como el caso de los Entes Autónomos de Enseñanza, el Banco de Previsión Social y el Banco Central del Uruguay.

La ley de creación fija las reglas fundamentales de organización de estos organismos. No podemos dejar de reconocer que el texto constitucional impone una seria valla para el legislador ya que deben res-

petar y observar las soluciones concretas que impone el texto constitucional. De no hacerlo la ley es, a todas luces, inconstitucional.

La administración de estos servicios se confía a un directorio o a un director general. Esto es válido para los entes autónomos y servicios descentralizados que integran el dominio industrial o comercial del Estado y para los de carácter social. Para los entes autónomos docentes, la administración se confía a un consejo directivo cuya integración asegura siempre la autonomía del ente.

El Consejo, el Directorio o el Director General es la autoridad administrativa superior del organismo, es su jerarca y como tal en los entes autónomos posee los poderes jurídicos de administración. En este sentido, el traspaso de poderes de administración es total. Para los Directores o para el Director General de los Servicios Descentralizados la afirmación es válida bajo la reserva de que, en general, no disponen de la totalidad de poderes jurídicos de administración o en caso de que la dispusieran, están sometidos a un contralor mucho más intenso del Poder Ejecutivo, plasmado en la ley de creación del servicio. Es el caso de los funcionarios. Los consejos, directorios o director general de los entes autónomos designan y destituyen sus funcionarios. Los directorios de los servicios descentralizados, salvo disposición legal en contrario, proponen y los designa el Poder Ejecutivo. Igual procedimiento rige para su destitución.

Los entes autónomos y los Servicios Descentralizados poseen patrimonio propio. Se compone de bienes y de obligaciones.

El capital inicial se constituye generalmente con títulos de deuda pública, emitidos por el Estado pero cuyo servicio de interés y amortización corre por cuenta del ente creado. A veces surgen como resultado de la nacionalización de una empresa privada y el capital inicial se integra con el conjunto de bienes que poseía la empresa al tiempo de su nacionalización.

A veces, el ente surge como resultado del descenso de poderes de administración a un servicio que anteriormente estaba organizado como simple repartición sometida a jerarquía del Poder Ejecutivo. En estos casos, es común que la ley atribuya al nuevo servicio, los bienes que manejaba esa repartición en sus operaciones habituales, separándolas del patrimonio estatal.

El capital inicial que integra el patrimonio del ente se ve engrosado con los recursos provenientes de las operaciones que realizan los entes autónomos y los servicios descentralizados industriales y comerciales en su gran mayoría (Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland, Usinas y Teléfonos del Estado, Administración Nacional de Puertos, los Bancos estatales, etc.).

No sucede lo mismo con la Administración de Ferrocarriles del Estado o con Primeras Líneas Uruguayas de Navegación Aérea, servicios de transporte de pasajeros que siempre son deficitarios y que el Estado debe socorrerlos con subvenciones a cargo de rentas generales o el producido de un determinado impuesto. Como contrapartida, el Estado obliga a los organismos descentralizados con recursos propios, a contribuciones en dinero cuyo monto se fija por ley y que se vierten

en la cuenta Tesoro Nacional con destino a rentas generales. Estas contribuciones pueden ser permanentes, o por una sola vez.

Los restantes entes descentralizados, los de enseñanza y los de contenido social, también carecen de recursos propios. La propia actividad de éstos, la prestación de servicios sociales, hace inexistente la posibilidad de ingresos, lo que obliga al legislador a crear impuestos que los financian. A veces se atienden sus gastos directamente por rentas generales.

Estas situaciones han impuesto una clasificación de estos organismos en los que tienen recursos propios y aquellos que carecen de recursos. Esta distinción ha sido recogida en leyes dictadas bajo la vigencia de la carta de 1918 y plasmada en las constituciones posteriores. En la actual, la diferencia se reconoce y determina que los presupuestos de los entes (comprende no sólo a los autónomos sino también a los servicios descentralizados) industriales y comerciales se aprueban por el Poder Ejecutivo y los de los restantes por el Poder Legislativo. En ambos procedimientos, los jefes de los entes proyectan el presupuesto, pero en el primer caso, previo dictamen del Tribunal de Cuentas, los aprueba el Poder Ejecutivo, con asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto. La Asamblea General puede eventualmente conocer estos presupuestos, si mediaran observaciones del Tribunal de Cuentas o del Poder Ejecutivo y puestas en conocimiento del ente, éste no las acepta. Si bien es una previsión, en la práctica, el jefe del servicio ha aceptado siempre las observaciones poniendo fin al procedimiento con la aprobación del Ejecutivo.

Para los entes no industriales o comerciales, el presupuesto proyectado por el ente se presenta al Poder Ejecutivo para ser incorporado al proyecto de Presupuesto Nacional; el Ejecutivo puede introducir modificaciones debiendo someter éstas y el proyecto originario al Poder Legislativo.

En cuanto a los actos de los Consejos, Directorios o Directores Generales de los entes autónomos, en reconocimiento a la autonomía, éstos se recurren con recurso de revocación, que es una revisión o una reposición ante el órgano que dictó el acto, agotándose así la vía administrativa y quedando expedita la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En cambio los actos de los Directorios o Directores Generales de los Servicios Descentralizados se recurren con recurso de revocación ante dichos órganos y conjunta y subsidiariamente con un recurso de anulación ante el Poder Ejecutivo, por razón de legalidad. Recién aquí estaría agotada la vía administrativa.

Por último, planea sobre estos organismos un intenso contralor ya que descentralización no implica independencia, ni desvinculación absoluta del Estado.

El contralor se inscribe entre los procedimientos de coordinación que operan entre los diferentes organismos estatales.

Los contralores fundamentales que soportan estos organismos son el contralor parlamentario, el del Poder Ejecutivo, el del Tribunal de

Cuentas y el jurisdiccional comprendiendo el del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el de la jurisdicción ordinaria.

El contralor parlamentario se ejerce por distintas vías. Cabe la posibilidad de que los legisladores soliciten al ministro respectivo datos e informes respecto a la actuación de un directorio, pueden designar una comisión parlamentaria de investigación, formular declaraciones y aun censurar, por la Asamblea General, a los ministros responsables cuando entiendan que no han ejercido adecuadamente sus facultades de contralor sobre la gestión del organismo descentralizado o la actuación de sus directores. El ministro o ministros respectivos responden por omisión en el contralor porque no son jefes del servicio.

También el contralor parlamentario se ejerce en el aspecto financiero, cuando aprueban los presupuestos de los organismos que integran el Presupuesto Nacional o cuando eventualmente resuelven las observaciones al presupuesto de los entes industriales y comerciales no aceptadas por sus respectivos jefes, como ya señaláramos precedentemente. Igualmente cuando decide sobre la legalidad de un gasto, al existir discrepancias entre el servicio y el Tribunal de Cuentas o cuando considera la memoria anual del Tribunal de Cuentas sobre la rendición de cuentas.

Por último, el Poder Legislativo regula por ley la superintendencia del Tribunal de Cuentas sobre todas las oficinas de contabilidad, recaudación y pago de servicios y debe sancionar la ley de contabilidad y administración financiera que contiene las normas reguladoras de la administración financiera y económica y especialmente la organización de los servicios de contabilidad y recaudación.

En otro orden de cosas, también el Parlamento debe dictar por ley el estatuto del funcionario, que es aplicable a la administración central y a los servicios descentralizados.

El Poder Ejecutivo ejerce una fiscalización fundamental sobre estos organismos. Si esta afirmación es válida para las distintas cartas que han regido nuestra vida institucional, lo es mucho más para la vigente, en que el Poder Ejecutivo emerge como único responsable de la gestión económica-financiera del Estado, asesorado por órganos técnicos. Para ello debe disponer de controles intensos, aun respecto de los organismos autónomos.

Así, interviene preponderantemente y en principio, en la designación de los jefes de estos servicios. Los designa "el Presidente de la República en acuerdo con el Consejo de Ministros previa venia de la Cámara de Senadores, otorgada sobre propuesta motivada en las condiciones personales, funcionales y técnicas".

Respecto a la gestión o a los actos de los jefes de estos organismos, el Poder Ejecutivo considerando inconveniente o ilegal puede observarlos o disponer la suspensión de los actos observados. Si las observaciones fueran desatendidas, puede disponer las rectificaciones, los correctivos o las remociones del caso al Senado, quien resuelve en definitiva. Si solicita la destitución el mismo Poder Ejecutivo puede, actuando en Consejo de Ministros, reemplazar a los directores cuya venia de destitución solicita, por miembros de Directorios o Directores Gene-

rales de otros entes, con carácter interino y hasta que se produzca el pronunciamiento del Senado.

También puede provocar la destitución de los miembros de Directorios o de Directores Generales, con la venia del Senado en caso de ineptitud, omisión o delito en el ejercicio del cargo o de la comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio de la institución a que pertenecen.

Las destituciones resultantes de estos dos procedimientos de contralor, por gestión o actos del órgano jerarca del servicio o el personal de los integrantes de ese órgano, no pueden ser revisados ante el Tribunal de lo Contencioso mediante la acción de nulidad por expresa disposición constitucional.

Estos dos contralores afectan a todos los entes autónomos, excepto los de enseñanza, y a todos los servicios descentralizados.

A los entes autónomos docentes sólo los alcanza el contralor sobre las personas integrantes de los consejos directivos. Además, de operarse la destitución por este procedimiento, cabe la posibilidad de impugnar el acto por la acción de nulidad. Tampoco les alcanza la posibilidad de sustituir a los directores observados y reemplazarlos por otros.

El Poder Ejecutivo también ejerce contralor al aprobar el estatuto de los funcionarios de los entes autónomos industriales y comerciales proyectado por el directorio del ente. En este sentido, gozan de mayor autonomía los entes autónomos docentes, ya que aprueban por sí el estatuto de sus funcionarios reconociendo como únicos límites, que sus disposiciones estén conformes a las bases contenidas en los arts. 58 a 61 de la constitución y a las reglas fundamentales que establezca la ley, respetando la especialización de cada ente.

Además, el Poder Ejecutivo debe autorizar los convenios entre estos entes y los organismos internacionales, instituciones o gobiernos extranjeros.

Para que sea eficaz el contralor de gestión o el personal, muchas leyes orgánicas de estos servicios instituyen el contralor automático, que consiste en comunicar al Poder Ejecutivo el testimonio del acta en la que un consejero o director votó negativamente una resolución dejando constancia expresa de su disidencia.

Es frecuente también que por ley se establezcan otros contralores en favor del Poder Ejecutivo, consistentes en actos de autorización o de aprobación para la validez de ciertos actos de los directorios descentralizados. Es el caso por ejemplo de la aprobación de las tarifas de los servicios o la fijación de los precios de los productos de los entes industriales y comerciales o la autorización a todos estos organismos para inversiones con excedentes o fondos de reserva.

El Tribunal de Cuentas es un órgano de contralor externo que no cumple funciones de administración activa. El contralor del Tribunal sobre estos organismos se ejerce en distintas oportunidades.

En forma permanente, en la ejecución del presupuesto y en el contralor de toda la gestión relativa a la Hacienda Pública. Investiga las irregularidades de la gestión financiera denunciando ante quien corresponda y visa preceptivamente los estados periódicos que publican estos

organismos debiendo reflejar claramente su vida financiera. Interviene en la sanción del presupuesto de cada ente industrial y comercial.

Preventivamente interviene en los gastos y en los pagos al solo efecto de certificar su legalidad, sin efecto suspensivo y estando a lo que resuelva la Asamblea General.

Este cometido en los entes descentralizados y en los Gobiernos Departamentales puede ser ejercido por los contadores o funcionarios que hagan sus veces en los referidos organismos.

A posteriori, apreciando las rendiciones de cuentas sobre las que debe presentar a la Asamblea General una memoria anual y dictaminar sobre las rendiciones de cuentas de la gestión de los directorios cesantes.

Por último, el contralor jurisdiccional se ejerce por el Poder Judicial y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. A éste le corresponde conocer la acción de nulidad de actos administrativos definitivos contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. También conoce en el contencioso interadministrativo, es decir, contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados y en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos organismos así como de las contiendas que se produzcan entre los integrantes de un Directorio o Consejo Directivo siempre que no hayan sido resueltas por el procedimiento normal de la formación de voluntad del órgano.

La competencia del Poder Judicial alcanza al conocimiento de la acción de reparación por el acto ilegal, una vez dictada sentencia en la acción de nulidad y también conoce el contencioso interadministrativo por contiendas de competencia fundadas en la Constitución.

## DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

En nuestro país, en cada uno de los 19 departamentos existe un gobierno departamental, persona pública territorial. Dentro de ella encontramos tres órganos: la Intendencia, la Junta Departamental y las Juntas Locales.

Según la Constitución y la ley Orgánica Municipal de 1935, la Junta Departamental ejerce la función legislativa y de contralor y el Intendente, las funciones ejecutivas y administrativas, fijándose de esta forma una distribución clara y terminante de competencias en atención al ejercicio de poderes jurídicos. Ambos órganos actúan en un mismo territorio, el departamento, y en una materia común, la municipal.

Las Juntas Locales también son órganos administrativos a pesar que la denominación de Juntas podía prestarse a equívocos. Actúan en circunscripciones urbanas o en zonas territoriales que comprenden el núcleo urbano y la zona adyacente.

Nuestra Carta dispone que en toda población fuera de la planta urbana de la Capital del Departamento podrá establecerse una Junta Local de 5 miembros respetando en lo posible la proporcionalidad de la representación política de la Junta Departamental. Ésta las crea

en el caso concreto a propuesta de la Intendencia. Sus miembros deben estar vecindados en la localidad desde 3 años antes por lo menos o ser nativos de ella. No pueden integrarlas los titulares de los otros órganos departamentales.

La ley por mayoría absoluta del total de cada cámara y a iniciativa del respectivo gobierno departamental puede ampliar "las facultades de gestión" de estas Juntas Locales en aquellas poblaciones que cuenten con más de 10.000 habitantes u ofrezcan interés nacional para el desarrollo del turismo.

Existen pues dos categorías de Juntas Locales en atención al grado de atribuciones. Las primeras se les llama comunes o centralizadas y a las segundas, Juntas locales autónomas o de competencia ampliada. A favor de estas últimas se produce un desplazamiento integral de las atribuciones del intendente, reservándose en favor de éste funciones de inspección y vigilancia. Por esta razón podemos afirmar que mientras la Junta Departamental tiene competencia en todo el territorio del departamento, el intendente la ve retaceada dentro de los límites de la localidad por el desplazamiento que se opera en beneficio de las Juntas Locales Autónomas.

La Constitución dispone que el régimen de recursos administrativos contra las decisiones de los órganos departamentales se establecerá por la ley. La aplicable es la orgánica municipal, N° 9515 de 28 de octubre de 1935. Esta ley dispone un recurso de reposición por el cual se solicita la revocación, sustitución o reforma del acto y se interpone ante la misma autoridad que lo dictó. Así se recurren las resoluciones de la Intendencia y de las Juntas Locales Autónomas. También se prevé un recurso de apelación de naturaleza jerárquica para ante el Intendente contra los actos de sus dependencias o para ante las Juntas Locales Autónomas contra los actos de sus dependencias. También procede este recurso, aunque en este caso no es de naturaleza jerárquica ya que se da intervención a un órgano de contralor, ante la Junta Departamental, contra los actos del Intendente o de las Juntas Locales Autónomas ya sean originarios o dictados en vía de apelación, siempre que estén vinculados con "materias propias de la competencia de la Junta Departamental". La terminología legal no es feliz ya que este giro de lenguaje lleva a confusiones.

Los Intendentes o las Juntas Departamentales pueden reclamar ante la Suprema Corte de Justicia por cualquier lesión a la autonomía departamental, señalando concretamente el precepto constitucional o legal violado y en qué consiste la violación. La ley de 1935 estructura la acción por lesión de autonomía que la Suprema Corte de Justicia decide por sentencia.

Respecto a los contralores que se ejercen sobre los órganos administrativos departamentales y en general sobre la persona pública Gobierno Departamental, corresponde señalar que se repiten en lo pertinente, los controles del Tribunal de Cuentas y de los órganos jurisdiccionales sobre los entes descentralizados.

El Tribunal de lo Contencioso mantiene competencia en la acción de nulidad de los actos administrativos de los órganos departamentales

contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder y en el contencioso interadministrativo por diferencias basadas en la Legislación.

El Poder Judicial conoce la acción de reparación, mediante la acción especial por lesión de derechos posterior a la anulación del acto por el Tribunal, o la acción ordinaria en los casos en que aquélla no proceda.

Además del contralor que ejerce la Junta Departamental sobre los órganos departamentales de administración activa, existe una serie de recursos que conviene precisar.

Los decretos de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción pueden ser examinados por la Suprema Corte de Justicia mediante la acción de inconstitucionalidad.

Los decretos de la Junta Departamental (que son resoluciones administrativas) y las resoluciones del Intendente Municipal contrarios a la Constitución y a las leyes, no susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, serán apelables ante la Cámara de Representantes por un tercio del total de miembros de la Junta Departamental o por mil ciudadanos inscriptos en el Departamento. En este último caso y cuando el decreto apelado tenga por objeto el aumento de las rentas departamentales, la apelación no tiene efecto suspensivo. La Cámara tiene 60 días después de recibidos los antecedentes, para resolver la apelación. Si no lo hace, el recurso se tiene por no interpuesto. Éste en realidad es un típico procedimiento de contralor administrativo y no, como algunos han entendido, un mero derecho de petición, destinado a promover el pronunciamiento de un órgano público.

Por su parte el Poder Ejecutivo puede apelar ante la Cámara de Representantes dentro de los 15 días de publicado en el Diario Oficial, fundándose en razones de interés general, los decretos de los gobiernos departamentales que crean o modifican impuestos. El recurso tiene siempre efecto suspensivo y el plazo para decidir es similar al anterior.

Por último, los Intendentes y los miembros de la Junta Departamental pueden ser acusados ante la Cámara de Senadores por un tercio de votos del total de componentes de la Junta por violación de la Constitución u otros delitos graves, después de haber conocido sobre ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa. Para separarlos de sus destinos, la Cámara de Senadores deberá resolver por dos tercios de votos del total de sus componentes.

## ÓRGANO COMPETENTE PARA DICTAR NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA

El interrogante que se nos plantea es el saber si las normas sobre Procedimientos Administrativos deben establecerse por *ley* o por *reglamento*. En otras palabras: si es el Poder Legislativo o el Ejecutivo quien tiene competencia para dictar esas normas.

La totalidad del Derecho positivo de un Estado en un determinado momento, está compuesta no solamente por las leyes, las costumbres y los reglamentos, sino también por otras clases de normas. Se trata de normas más concretas, e incluso individualizadas para situaciones singulares, como es el contrato —que es ley para las partes—, la sentencia judicial con referencia al caso concreto, las disposiciones y resoluciones adoptadas por las autoridades administrativas, etc.

Todos esos diversos preceptos, que integran el ordenamiento jurídico vigente en un momento dado, tienen distintos orígenes, y también distinta jerarquía, pero sin embargo, guardan entre sí una *conexión formal*, es decir, se dan en una articulación orgánica, a pesar de las diferentes fuentes de su procedencia y de sus caracteres dispares.

No podemos interpretar todos esos componentes como constituyendo un mero agregado inorgánico y desordenado, una mera yuxtaposición fortuita, sino que hemos de ordenarlos de modo que formen un todo unitario y conexo, un ordenamiento sistemático, cuyas partes guarden entre sí relaciones de coordinación y de dependencia.

Será Derecho aquello que establezca el Poder Constituyente, que no está sometido a ninguna traba positiva, pero sí está sometido a los valores jurídicos ideales y a las exigencias del bien común en una determinada circunstancia histórica. El Poder Constituyente no se halla restringido por ninguna autoridad jurídica humana, pero debe obedecer a los principios de justicia, a los demás valores jurídicos y al pueblo que lo ha originado.

El Poder Constituyente es unitario e indivisible. Es el fundamento

del Ejecutivo, Legislativo y Judicial; les fija además sus respectivas competencias, cuyos órganos ejercitan *partes del poder* del Estado.

La Legislación ordinaria representa, en el sistema jurídico, el grado inmediatamente inferior a la Constitución.

En el ordenamiento jurídico argentino la *ley* es, después de la Constitución Nacional, la fuente más importante del derecho administrativo; puede ser mencionada en dos sentidos distintos: *formal* o *material*.

Laband y la doctrina en general sostiene que ley en sentido *formal* es la norma jurídica que emite el Poder Legislativo de acuerdo al procedimiento establecido por la Constitución —en nuestro país, conforme lo dispone el Capítulo V, Sección Primera, Título Primero, Segunda Parte—; o sea la ley que emana exclusivamente del órgano que tiene por fin específico la formación y sanción de las leyes.

En cambio ley en sentido *material* es toda regulación de carácter general y para el futuro que emane de cualquiera de los tres Poderes, o como dice Duguit, todo acto emanado del Estado que contenga una regla de derecho objetivo.

Al referirnos a la ley en lo sucesivo estaremos mencionando a la ley en sentido formal.

En la Constitución Argentina como en la mayoría de las Constituciones extranjeras, la ley tiene un campo propio de acción, que no admite otra regulación que no sea por vía legislativa. Por ejemplo: restricciones a la propiedad (art. 17), a la libertad (art. 19), contribuciones directas (art. 67, inc. 2º), empréstitos (art. 67, inc. 3º), dictar los Códigos del fondo (art. 67, inc. 11), crear y organizar los Tribunales (art. 67, inc. 17), etc. Es lo que Otto Mayer planteó a principios de siglo con el nombre de *reserva de la ley* y receptada por la doctrina moderna.

Estas materias reservadas por la Constitución a la competencia exclusiva del Parlamento integran el *contenido* específico de las leyes.

Así como existe la *reserva de la ley*, también existe la zona que la doctrina ha denominado *reserva de la administración y reserva del juez*, ámbito este último privativo del órgano judicial en cuyo recinto jurídico —como dice Marienhoff— le está vedado penetrar al Legislador y al Administrador, so pena de realizar actos írritos por implicar una violación del principio constitucional de división de las funciones estatales.

Cuando mencionamos la *reserva de la administración*, nos referimos a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo, donde no puede ingresar el Legislador por pertenecer al dominio de la Administración. Se trata de una competencia de carácter constitucional (art. 86, inc. 1º) y en este caso la actividad está prenormada por los reglamentos que reciben el nombre de autónomos, independientes o constitucionales, por encontrar su plataforma jurídica en la Constitución misma.

Veamos ahora cuáles son los caracteres de la ley. Desde antiguo se sostuvo que la ley tiene como rasgo esencial el de ser una norma *general*, porque de su naturaleza le viene ser medida de conductas y

no puede haber tantas medidas como cosas a medir, ya que ello es inconciliable con la misma idea de medida: el valor de ésta deriva precisamente —enseña Villar Palasí— de poder reconocer y medir muchas por una misma cosa.

Según la Escuela Pura del Derecho —con Kelsen en teoría general y Merkl en derecho administrativo—, si todas las fuentes del derecho están escalonadas en una pirámide de jerarquía en virtud de la cual cada norma encuentra su justificación en la inmediata superior, es lógico que esta pirámide signifique un desarrollo gradual de cada escalón con el inmediatamente siguiente.

Cada clase de normas se apoya en otros grados superiores y además constituye la base o sostén de otros grados inferiores. La totalidad del orden jurídico es un sistema construido en forma escalonada o graduada, en estructura jerárquica, en el cual cada uno de sus pisos o eslabones depende de otros y a su vez sostiene a otros. El Derecho regula su propia creación, su ulterior producción y su reforma; de tal modo que la producción de una norma aparece condicionada en su validez por otra; y aquélla a su vez es el fundamento determinante de la emisión de otros preceptos y así sucesivamente hasta llegar a los mandatos ejecutivos.

La Constitución debe ser desarrollada por leyes; las leyes por los reglamentos; los reglamentos por las circulares o instrucciones u órdenes ministeriales, etc. Para la escuela vienesa la ley *debe ser general*, porque de otra forma, la pirámide normativa quedaría totalmente frustrada.

Aunque hay leyes que se dictan con relación a un caso particular y concreto —por ejemplo, cuando se otorgan pensiones o se decretan honores (art. 67, inc. 17 de la C.N.), que tienen indudablemente un contenido individual y son consideradas por la doctrina como actos administrativos y no actos legislativos— no por eso la “generalidad” deja de ser un carácter que hace a la *naturaleza*, como sostienen distinguidos administrativistas (Bielsa, Marienhoff, Diez) —opinión que comparto— y no a la *esencia* de la ley.

Decimos que la ley tiene por naturaleza la de ser *general* y *abstracta*, porque se dicta sin consideración a personas determinadas y para todos los que se encuentren en la misma situación.

La *obligatoriedad* es otro de los caracteres de la ley y se materializa —diremos siguiendo a Diez— en dos distintos aspectos: 1º) obligación de todos los habitantes de cumplir el mandato imperativo de ella; 2º) Respeto del derecho que a favor de terceros haya establecido un texto legal. La Ley es *obligatoria* ya sea que cree situaciones jurídicas generales o individuales.

De allí el *imperio* —otro de sus caracteres— que es la fuerza especial que la ley lleva en sí misma y permite que se pueda obligar a cumplirla aun por la coacción.

Dado el concepto de ley, pasemos ahora a analizar el concepto de reglamento.

Si desde el punto de vista *cualitativo* —luego de la Constitución—

la ley es la fuente más importante del derecho administrativo, el reglamento lo es desde el punto de vista *cuantitativo*.

Podemos decir que el reglamento es una declaración de voluntad unilateral y escrita de los órganos estatales que crea normas jurídicas generales y que rigen para el futuro.

El reglamento es una disposición general, una norma jurídica que se dirige a una generalidad indeterminada de personas y crea preceptos y nuevas normas de conducta.

La doctrina divide los reglamentos en dos categorías: *internos* que Forsthoff denomina *administrativos* y los *externos* que los alemanes llaman *jurídicos*. Pertenecen a la primera categoría aquellos preceptos generales de la Administración que obligan solamente a sus agentes y a las personas vinculadas con el servicio que esa Repartición preste; sólo indirectamente pueden afectar derechos subjetivos de los particulares. Están en esta categoría —enseña Zanobini— los reglamentos internos de los órganos colegiados, mediante los cuales, en los límites que les reconoce el derecho, organizan su propio funcionamiento, establecen las formas a observar en el ejercicio de sus funciones y los deberes de sus componentes en tal ejercicio, así como las normas de servicio, llamadas también instrucciones y circulares, con las cuales los superiores jerárquicos regulan y dirigen la conducta de los órganos inferiores.

Corresponden a la segunda categoría aquellas disposiciones generales y obligatorias que dicta la Administración y que regulan su actividad externa, ya sea con los particulares o con otros organismos públicos.

Mientras los reglamentos *internos* se basan en el poder de auto-organizarse y en la supremacía que el Organismo tiene sobre sus componentes, los *externos* son manifestaciones de la soberanía del Poder Ejecutivo, dirigidos a todos los habitantes del país.

El Poder Administrador dicta numerosos reglamentos administrativos o de organización que se refieren al funcionamiento o esfera jurídica de actuación de un órgano de la Administración y son dictados para auto-organizarse, para limitar sus derechos y deberes, etc.

El Poder Legislativo emite los llamados “reglamentos parlamentarios” con el fin de organizarse regulando el funcionamiento del cuerpo, estableciendo normas para la tramitación, discusión y votación de un proyecto de ley; determinando los derechos y deberes de los empleados, etc.

También el Poder Judicial tiene potestad para dictar sus reglamentos (art. 99, de la C.N.), para llenar las lagunas del ordenamiento procesal, para regular el funcionamiento de los tribunales, para establecer el derecho a la carrera de los empleados, etc.

El reglamento desde el punto de vista *formal* es una decisión ejecutoria tomada por el Poder Ejecutivo en virtud de atribución constitucional (art. 86, inc. 1º), y desde el punto de vista *material* es una disposición de carácter general e impersonal, que rige para el futuro. Por ello suele decirse que desde el punto de vista material el

reglamento es un acto de naturaleza *legislativa* y desde el punto de vista formal es de naturaleza *administrativa*.

La potestad reglamentaria se desarrolla con la tesis de la autonomía de la Administración en contraposición al principio de las materias “reservadas a la ley”, sobre las cuales la Administración no tiene potestad normativa alguna.

Jellinek, anticipándose en medio siglo a la vigente Constitución Francesa, se refirió al ámbito reservado al reglamento que la ley no podría invadir, de donde se deduce la existencia de una zona “reservada a la ley” y otra al reglamento.

Cuando el Estado afecta la capacidad jurídica de los individuos en su estatuto personal, en sus derechos patrimoniales o en sus libertades, *legisla*. Cuando se limita a fijar a sus agentes una pauta de conducta y organiza el aparato burocrático, *administra*.

Con relación a la jerarquía de las funciones estatales, Jellinek otorga prioridad a la administrativa o gubernamental. Un Estado sin legislación ni jurisdicción —expresa— puede, aunque imperfectamente, subsistir; pero sin gobierno ni administración su existencia es imposible.

En el mismo sentido Jean Dabin señala tres etapas en el crecimiento de las funciones del Estado: en la primera la entidad estatal es afirmada como poder apto para crear y mantener un orden material y elemental, correspondiendo la tarea a la acción de gobierno; luego, aparece la función jurisdiccional que transforma profunda y racionalmente aquel orden, eliminando la arbitrariedad y conformándolo al derecho; por fin, asoma la legislación destinada a regular, de modo cierto y firme, las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Se sostiene que la Administración lo es todo menos la función legislativa del Congreso y la jurisdiccional del Poder Judicial. Lo cual no quiere decir que toda la actividad legislativa le haya sido vedada sino solamente la que la Constitución otorga al Parlamento y que es extraña a la Administración. Tampoco todo el Poder de Decisión de conflictos sería extraño a la Administración, sino sólo aquella función que dentro del Estado constitucional tiene una potestad disciplinaria y correctiva, decidiendo en cada caso la aplicación de sanciones y conserva también la potestad de dictar ciertas y determinadas normas.

La doctrina distingue entre ley y reglamento, distinción que tiene importancia —como dice Carré de Malberg— a partir del Estado constitucional moderno. Entre uno y otro existen semejanzas desde el punto de vista material y diferencias desde el punto de vista formal. En efecto: desde el punto de vista material, los reglamentos, como la mayoría de las leyes, establecen normas generales e impersonales. Desde el punto de vista formal, la ley puede considerarse como expresión de la voluntad general, ya que emana del Congreso, mientras el reglamento no tiene ese carácter, pues proviene del Ejecutivo. Éste, al dictar un reglamento ejerce una función legislativa.

Adhiero a la posición de Marienhoff al sostener que la diferencia esencial entre ambos radica en su *contenido*: el reglamento de ejecución contine —como veremos en seguida— disposiciones que tienden a faci-

litar la aplicación de la ley, en tanto que el reglamento autónomo, independiente o constitucional, se refiere a materias cuya regulación, por imperio de la propia Constitución, le está reservada al órgano Ejecutivo y excluida de la competencia del órgano Legislativo.

Tanto la ley como el reglamento son fuentes de la legalidad en la administración y se imponen a las autoridades administrativas. Como bien expresa André de Laudadère, la violación de cualquiera de esas disposiciones constituye una ilegalidad.

Jurídicamente el reglamento goza de las prerrogativas de la ley y tiene en principio, la misma fuerza y valor que ésta, debiendo ser aplicado e interpretado por los jueces de la misma manera que aquélla. Al igual que la ley, la obligatoriedad del reglamento depende de la promulgación y publicación.

Con relación al rango que tiene el reglamento con respecto a la ley, algunos autores como D'Alessio, Forsthoff, Garrido Falla, entre otros, consideran que se encuentra *subordinado a la ley*. Este criterio es bastante discutible. Participo de la tesis de Merkl y Marienhoff, ya que no es posible dar una regla fija: a veces la ley estará por encima del reglamento, otras veces éste estará por encima de aquélla. Todo depende de las circunstancias. En el primer caso, se hallan los reglamentos de ejecución que indiscutiblemente han de subordinarse a las leyes que ejecutan (art. 86, inc. 2º). En el segundo caso están los reglamentos autónomos, independientes o constitucionales que no dependen de ley alguna, sino que tienen su origen en la Constitución Nacional (art. 86, inc. 1º), por referirse a materias atribuidas por la Ley Suprema al órgano Ejecutivo. Si una ley estatuye una materia que constitucionalmente es propia y exclusiva del Ejecutivo, dicha norma debe ceder ante un reglamento del Poder Administrador que preceptúa en forma distinta.

En Francia, la Constitución de 1958 ha producido una verdadera revolución jurídica. El art. 34 ha fijado el dominio reservado al Poder Legislativo y el art. 37 establece que las materias que no pertenecen al dominio de la ley, tienen un carácter reglamentario. En el régimen anterior el legislador podía intervenir en todas las materias; ahora se enumeran limitativamente las materias sobre las que puede legislar el Parlamento y es incompetente para todas las otras. Después de la sanción de la Constitución actual el campo del reglamento se ha extendido considerablemente, y tiene un dominio exclusivo donde no puede entrar el legislador. En estos supuestos, indudablemente que el reglamento tendrá prioridad sobre la ley, pues la competencia deviene de la Constitución. En los casos previstos por el art. 34, la competencia es exclusiva y excluyente del Poder Legislativo y la ley tiene prioridad sobre el reglamento.

De lo expresado se desprende que tampoco en Francia se puede decir que siempre el reglamento está subordinado a la ley. Será necesario analizar la materia legislada para recién responder si debió ser normada por ley o por reglamento, pues no sólo existe la zona *reservada a la ley*, sino también —y ahora con mayor extensión— la *reservada al*

*reglamento*, donde únicamente tiene competencia el Poder Administrativo.

Veamos ahora el fundamento de la *potestad reglamentaria*. Se ha dicho que hay razones de orden lógico para justificar la existencia de los reglamentos y razones de orden jurídico. De acuerdo a las primeras se sostiene que el procedimiento legislativo es lento, lo que hace difícil modificar las normas con la debida celeridad, para adaptarlas a las necesidades sociales y políticas. Que el legislador no puede preverlo todo, siendo necesario atribuir determinadas materias al Poder Ejecutivo para que dicte reglamentos.

El fundamento jurídico radica en que no sólo es una dependencia de la potestad ejecutiva que proviene de la misión que tiene el jefe del Ejecutivo de asegurar la ejecución de las leyes, sino que se funda también —como bien expresa Marienhoff—, en la potestad gubernamental del Jefe del Estado; el gobierno se haría imposible, si junto al cuerpo legislativo y en caso de silencio de las leyes, no tuviera el jefe del Estado el poder de tomar aquellas medidas reglamentarias cuya necesidad puede sentirse imperiosamente.

El reglamento es un instrumento jurídico esencial de la Administración, indispensable para que ésta pueda cumplir adecuadamente sus funciones. Como enseña Fiorini, la potestad reglamentaria, por ser potestad constitucional, la ejerce el Poder Ejecutivo nacional o provincial, sin necesidad de una norma legislativa que la autorice.

En doctrina se distinguen varias clases de reglamentos: los de *ejecución*, los *autónomos*, los *delegados* y los de *necesidad*.

Los reglamentos de *ejecución* son aquellos que se emiten para disciplinar mediante normas particulares, materias ya regladas por la ley, por eso son “*secundum legem*”, y en nuestra Constitución Nacional el fundamento está dado por el art. 86 inc. 2º y es esa misma norma la que fija el límite a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo: no alterar el espíritu de la ley.

Los reglamentos *autónomos* son los que la Administración dicta en el ejercicio de poderes propios que la Constitución Nacional le atribuye, con prescindencia de la existencia o no de ley (art. 86, inc. 1º). Por eso son “*praeter legem*”.

La Constitución otorga a la Administración competencia exclusiva y excluyente sobre determinadas materias, las que deben ser normadas por reglamentos. El límite está dado por disposiciones expresas o implícitas de la Constitución Nacional.

Los reglamentos *delegados* son los que emanan del Poder Ejecutivo en virtud de una atribución expresa del Legislativo. De tal modo que no surgen de la potestad reglamentaria normal del Poder Ejecutivo y la Constitución no hace referencia a estos reglamentos.

Mientras algunos autores (Bullrich, Linares Quintana) niegan la posibilidad constitucional de estos reglamentos porque significa violar el principio de la división de los poderes, otros (Bielsa) aceptan su existencia siempre que no se refieran a materias exclusivas del Poder Legislativo.

Aceptamos la existencia de los reglamentos delegados siempre y

cuando se trate de *atribución de competencia* de acuerdo a lo sostenido por la Corte Suprema en "A. M. Delfino y Cía.", y no de *delegación de funciones*.

Como bien afirma Marienhoff, el Poder Legislativo no puede *delegar el ejercicio de la función* en el Ejecutivo, pero sí puede asignar al Ejecutivo la atribución de estatuir sobre determinadas materias, dentro de ciertos límites preestablecidos en la ley que efectúa esa atribución de competencia.

Los reglamentos de *necesidad* son los que dicta el Poder Ejecutivo en virtud de hechos que por la urgencia de su tratamiento es necesario normar. Por vía reglamentaria se regula materia propia del Poder Legislativo.

Tanto estos reglamentos como los delegados no son actos administrativos sino que son actos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo.

Dado el concepto de los distintos reglamentos, aceptada y delimitada la existencia de zonas —una reservada a la Administración y otra al Poder Legislativo—, analicemos en cuál de esas zonas podemos ubicar la facultad de dictar normas sobre procedimiento administrativo.

Consideramos que estas normas tienen por finalidad —como lo dijimos en la exposición de motivos de las normas de procedimiento administrativo de la Provincia de Córdoba con los doctores Ildarraz, Meehan y Palazzo— la tutela necesaria del interés público y del interés de los administrados. El primero, si bien exige que las tramitaciones sean ágiles, no se conforma con eso y es menester para satisfacerlo plenamente, lograr que la actividad de la Administración se desenvuelva dentro de cánones legales cada vez más rígidos y precisos, desplazando en la medida que ello sea posible, la discrecionalidad y el arbitrio de los funcionarios, todo lo que redunde en definitiva en beneficio de los administrados que ven respetados sus derechos y tienen la seguridad de recibir un tratamiento igualitario frente a la Administración.

Como corolario del Estado de Derecho no sólo las garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional sino también las normas de procedimiento administrativo se han instituido principalmente en beneficio de los administrados.

Adhiero a la tesis de Marienhoff, pues considero que los recursos administrativos importan una manifestación de la *organización administrativa*, a la vez que una autolimitación o regulación de sus propias potestades por parte del Poder Ejecutivo. Esas normas se pueden instituir por *decreto*, ya que se trata de un reglamento autónomo, independiente o constitucional.

Al emitir el Poder Ejecutivo las normas de procedimiento administrativo ejercita facultades constitucionales propias integrantes de la *zona de reserva de la Administración* (art. 86, inc. 1º).

La historia jurídica argentina avala nuestra posición: el Recurso Jerárquico fue instituido por primera vez por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 20.003 el 7 de abril de 1933, considerándose ya en esa época como una manifestación específica del Poder Administrador en ejercicio de una facultad que le era exclusiva por encuadrar estrictamente dentro de la "administración general" que tiene el Presidente de

la Nación. Ese decreto que instituyó el Recurso Jerárquico en el orden nacional y sus modificatorios 7520/44 y 2129/61, son claros ejemplos de Reglamento Autónomo.

La Provincia de Córdoba también tuvo ese criterio al estatuir sobre el procedimiento administrativo por decreto del Poder Ejecutivo n° 17.181/B/37; tesis modificada en 1941 cuando la Legislatura provincial sancionó el Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, disponiendo en su art. 66: "Hasta tanto la H. Legislatura dicte una ley sobre procedimiento administrativo, téngase por tal carácter el decreto del Poder Ejecutivo n° 17.181/B/37" y mantenida en 1972 al modificarse el trámite administrativo provincial mediante la ley 5350.

Por todo lo expuesto consideramos que el Poder Ejecutivo es el órgano competente para dictar normas sobre procedimientos administrativos mediante los reglamentos autónomos, los que una vez emitidos son obligatorios no sólo para los administrados sino también para la propia Administración; constituyen un límite a su actividad e integran, juntamente con las leyes, lo que los franceses denominan "el bloque de la legalidad".

## EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY 19.549

MANUEL MARÍA DIEZ

El tema de esta exposición, el acto administrativo, es amplio y fundamental en el estudio del derecho administrativo, ya que prácticamente toda la actividad de la administración se desenvuelve por medio de actos administrativos. La ley 19.549, que tiene conjuntamente con disposiciones de derecho objetivo normas sobre derecho subjetivo, se ocupa extensamente del acto administrativo. Estudia los requisitos esenciales del mismo, en cuya oportunidad considera los elementos del acto. Luego se refiere a la forma irregular de actuación de la administración por medio de vías de hecho, contempla el problema del silencio negativo de la administración, la eficacia del acto, sus caracteres: presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, la retroactividad del acto, la nulidad, el saneamiento, la caducidad y la revisión. El estudio completo de estos temas demandaría múltiples exposiciones y como han sido confiados a estimados colegas en estas jornadas, los excluyo de mi disertación. He creído, entonces, que en el estudio del tema "El acto administrativo en la ley 19.549" debo ceñirme a estudiar la noción conceptual dentro de las disposiciones de la ley y a ello me limitaré.

La ley 19.549 no da una noción conceptual del acto administrativo. Analizaremos el contexto de la misma y trataremos de dar esa noción. La noción conceptual del acto administrativo da lugar a la consideración de distintos problemas sobre los que la doctrina no es pacífica. En nuestra opinión los problemas se refieren a tres cuestiones distintas.

- a) Concepto material o formal del acto administrativo.
- b) Carácter unilateral o bilateral del acto administrativo.
- c) Actos administrativos de carácter concreto y actos de contenido general.

Solamente se podrá llegar a una noción conceptual unitaria del acto administrativo si el régimen jurídico aplicable en los distintos supuestos fuera uno. Vale decir, por ejemplo, si los actos unilaterales y bilaterales tuviesen el mismo régimen. Pero si la realidad nos demuestra que no es tal, habrá forzosamente que encarar el estudio de los diferentes aspectos que hemos señalado, a los efectos de llegar a una noción conceptual que signifique la aplicación de un régimen jurídico uniforme. Vamos

a considerar a continuación los distintos problemas que hemos propuesto en relación con la ley 19.549.

a) **Carácter formal o material del acto administrativo.** Como todos los actos jurídicos públicos del Estado, el acto administrativo puede definirse sea desde un punto de vista orgánico o formal, sea desde un punto de vista material. Desde el punto de vista formal serán actos administrativos todos los que emanaren de un órgano administrativo. Desde el punto de vista material serán actos administrativos todos aquellos que tuvieren un contenido administrativo, independientemente de la naturaleza del órgano del que emanaren. Desde este punto de vista, la función administrativa está considerada en su aspecto material, objetivo, tomando en cuenta solamente la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano que la produjo. En este sentido, entonces, serán actos administrativos los que tuvieran un contenido administrativo aunque emanaren del órgano legislativo o del órgano judicial y es lógico pensar que si se rigieran por los mismos principios no habría inconveniente en llamar administrativos a estos actos. Así serían tales los que dicta el legislador, pero que carecen de la generalidad que tiene la ley, son de un carácter concreto, limitando sus efectos a la creación de situaciones jurídicas subjetivas. Podrían citarse como ejemplo los que establecen pensiones graciables. También podrían considerarse como actos administrativos del legislador los referentes al nombramiento o separación de su personal, los reglamentos de organización interior, etc. En el mismo sentido el órgano judicial realiza actividades administrativas en todo lo relativo a su propia organización interna y al nombramiento y separación de su personal.

También algunos autores consideran como administrativa la llamada jurisdicción voluntaria. En cambio desde el punto de vista formal, sería solamente acto administrativo el que emana del órgano ejecutivo. Esta distinción es consecuencia de la división de la administración desde el punto de vista objetivo y subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, la noción de la administración es el de la actividad de los órganos del Estado que realizan funciones administrativas. Desde el punto de vista subjetivo, la noción de la administración se refiere a los órganos y en consecuencia al órgano ejecutivo.

La doctrina no es pacífica en esta materia. En nuestra opinión entra dentro del derecho administrativo solamente la administración considerada desde el punto de vista subjetivo y en consecuencia el acto administrativo sería el que dictara el órgano ejecutivo. Decimos así porque el derecho administrativo se construye sobre dos ideas básicas: la administración no es la única tarea del Poder Ejecutivo pero es exclusivamente tarea del Ejecutivo. Se dice que no es la única tarea del Ejecutivo porque éste tiene también a su cargo la tarea de gobierno, consecuencia de la cual son los llamados actos de gobierno o actos políticos del órgano ejecutivo. Este problema ha sido ampliamente discutido en doctrina porque mientras ciertos autores aceptan la doctrina positiva que admite la separación de los actos administrativos y los de gobierno, otra parte de la misma entiende que es mejor aceptar la teoría negativa, vale decir no establecer distinciones entre los actos administrativos y los actos

de gobierno. A nuestro juicio, hay que estar al derecho positivo vigente en cada país. Si ese derecho establece la distinción, es necesario aceptarla. De lo contrario podría decirse que el acto administrativo tiene el mismo régimen jurídico que el acto de gobierno si el régimen jurídico imperante hiciera posible esa solución.

La aceptación del criterio formal de acto administrativo la hacemos partiendo de la base de que el régimen jurídico que surge de la Ley 19.549 aplicable a los actos con contenido administrativo dictados por el órgano legislativo y judicial es distinto del de los actos que dicta el órgano ejecutivo. En efecto, solamente contra estos actos se podrá interponer recurso administrativo y obtener actos que hayan agotado la vía administrativa, es decir que causen estado. Los actos de contenido administrativo que emanen de los órganos legislativo y judicial no son susceptibles de este recurso en sede administrativa. El recurso de reconsideración y el jerárquico entre otros, por ejemplo, no es posible instaurarlos contra esta clase de actos. En la misma forma el control judicial dentro de la ley 19.549 solamente se realiza con respecto a los actos emanados del órgano ejecutivo. Los que, con contenido administrativo, emanen del legislativo y del judicial no son susceptibles de un control de esa naturaleza. Vale decir que contra los mismos el particular no puede ocurrir interponiendo acciones en sede judicial.

En el mismo sentido podemos agregar que la ley española de régimen jurídico dice que la administración pública está constituida por órganos jerárquicamente ordenados y se entiende que no hay órganos jerárquicamente ordenados dentro del legislativo ni del judicial. En mérito a estas razones aceptamos que el acto administrativo debe considerarse desde el punto de vista formal. También la ley española de jurisdicción contencioso-administrativa dice que se entenderá por administración pública la administración del Estado y la local.

Éste es el criterio, por otra parte, que adopta la ley 19.549 cuando dice que las normas del procedimiento que se aplicarán ante la administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley. Quiere decir que indirectamente la ley, al hablar de administración centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, se está refiriendo al aspecto formal del acto, es decir considerando como actos administrativos solamente aquellos que emanan del órgano ejecutivo.

b) Otro problema que ha ocupado la atención de los estudiosos es el relativo al carácter unilateral o bilateral de los actos administrativos. El acto unilateral es aquel cuya emanación y contenido se debe a una sola voluntad: la de la administración pública, que puede expresarse a través de un órgano burocrático o colegiado, pero en cualquiera de los dos supuestos habrá la voluntad de un solo sujeto de derecho. El acto administrativo es bilateral si la emanación y el contenido se deben a dos voluntades coincidentes, voluntades que pueden expresarse a través de órgano individual o colegiado. Habrá entonces dos sujetos de derecho. Para determinar el carácter unilateral o bilateral del acto es necesario estudiar la participación que se debe a la voluntad de una

de las partes en la formación del mismo; en el caso especial del acto administrativo habrá que estudiar la participación que tiene la voluntad del particular en su formación. Puede ocurrir que el acto se forme por la sola voluntad de la administración pero luego, para la producción de los efectos, sea necesaria la intervención de la voluntad de los particulares. En este último supuesto entendemos que el acto debe considerarse como unilateral porque en su formación ha participado únicamente la voluntad de la administración. El particular ha intervenido con su voluntad única y exclusivamente en lo que respecta a los efectos del acto. Así, si un alumno solicita ser admitido en una casa de estudios y está en condiciones reglamentarias, la administración deberá admitirlo. El acto administrativo evidentemente es unilateral, ya que en su formación ha intervenido solamente la voluntad de la administración. Pero es bilateral en cuanto a sus efectos, ya que al admitirse un alumno en una casa de estudios se crean obligaciones para ambas partes.

Un problema que ha decidido a algunos autores a considerar que los actos administrativos pueden ser de carácter bilateral, es el relativo al supuesto en que el particular solicite que la administración dicte un acto que pudiera ser en su beneficio. Dice esta doctrina que, en ese supuesto, al dictar el acto la administración, se encontrarán las dos voluntades coincidentes y el acto será bilateral. En realidad, el particular al manifestar su voluntad, solicitando un acto de la administración, no por ello contribuye a esa manifestación común de voluntad que caracteriza los actos bilaterales. El particular con su pedido habrá puesto en marcha a la administración, pero el acto que ésta dicte es unilateral, ya que la voluntad del particular no ha intervenido en la formación del mismo. Así, si el particular solicita un permiso de ocupación de un bien del dominio público, la administración puede pronunciarse otorgando ese permiso. Es decir el acto habrá nacido solamente por efecto de la voluntad de la administración. El particular habrá de considerar las condiciones en que el permiso ha sido otorgado y aceptarlas o rechazarlas, según le resulte o no conveniente. Si las aceptara, procederá a ejecutar el acto ocupando la parte de dominio público que se le hubiese asignado. Si no las aceptara, la administración deberá revocar el acto. En el caso de solicitarse una jubilación ocurre exactamente lo mismo; sea esta jubilación ordinaria o extraordinaria el particular deberá justificar que están reunidos los extremos exigidos por el derecho positivo en vigor. La administración habrá de comprobar si esos extremos exigidos han sido satisfechos y, si así fuera, otorgará la jubilación por un acto unilateral y cumpliendo exactamente las disposiciones de la reglamentación jurídica vigente. La voluntad del particular no habrá de unirse a la voluntad de la administración, y no habrá de integrar el acto de la misma por el cual se le otorgó la jubilación. También podrá suceder que un particular solicite la demolición de construcción que amenace ruina. La administración ha de actuar de acuerdo con las constancias de los inspectores municipales y ordenar la demolición del bien o su apuntalamiento. La orden que imparta la municipalidad será siempre un acto unilateral, a pesar del pedido que hiciera el particular. Vale decir, enton-

ces, que el pedido de un particular no basta para que un acto resulte bilateral. Su voluntad no ha contribuido a la formación del acto.

En el caso que haya dos manifestaciones de voluntad común, el acto tiene el carácter de un contrato. Así lo ha reconocido la ley 19.549 al expresar que los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas (art. 7), se regirán por sus respectivas leyes especiales. Es decir que los contratos tienen un régimen jurídico especial y que el acto administrativo nace como consecuencia de una declaración unilateral del órgano ejecutivo. Por lo demás, las diferencias entre el acto bilateral, contrato, y el acto unilateral, acto administrativo, son profundas y marcan dos instituciones bien distintas en el campo del derecho administrativo.

En algunos supuestos la administración, en ejercicio de sus facultades, puede imponer una multa, puede clausurar un negocio, puede determinar una obligación tributaria, puede sancionar a un funcionario, etc. En estos supuestos el Estado ejerce una potestad legal para imponer un deber jurídico al administrado y la voluntad del particular no participa en la formación del acto, que es, en consecuencia, eminentemente unilateral. El particular tendrá que cumplir el deber impuesto por la administración. Pero la administración también está obligada por el acto que ha dictado, de manera que ese acto que es unilateral en cuanto a su formación, es bilateral en cuanto a sus efectos, ya que éstos se refieren no solamente al particular sino también a la administración. Ambos, particular y administración, están obligados como consecuencia del acto.

c) Actos administrativos individuales y generales. La administración, en ejercicio de sus facultades, puede dictar actos con contenido individual, actos concretos o actos con contenido general. Parte de la doctrina entiende que dentro de la denominación de acto administrativo deben comprenderse las dos categorías de actos, sea los que tienen un contenido concreto, sea los que tienen un contenido general. Otros autores entienden que los actos administrativos son concretos, es decir individuales, particulares, mientras que los actos de contenido general o abstracto, vale decir los reglamentos, deben distinguirse de los actos concretos por tener un régimen jurídico diferente. Es indudable que la facultad reglamentaria ha sido reconocida al órgano ejecutivo. La Constitución Nacional, en su art. 86, inc. 2, le concede facultades al Ejecutivo para reglamentar la ley. Y cierta doctrina entiende que es también una facultad indiscutible del órgano ejecutivo la de dictar los reglamentos autónomos o independientes, basándose en la disposición de la Constitución Nacional que establece que el Presidente de la República es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país. Ambos supuestos, reglamento ejecutivo y reglamento autónomo implican, en nuestro concepto, una reglamentación directa de la Constitución. Así, en el caso de un reglamento autónomo, si el Congreso no hubiera reglamentado el derecho de reunión, puede hacerlo el órgano ejecutivo, supliendo esa falta de legislación y dictando al respecto un reglamento autónomo que tendrá, evidentemente, un contenido legislativo. Si posteriormente el Congreso reglamentara el derecho de

reunión, el reglamento desaparecería por falta de objeto. Lo mismo los reglamentos de ejecución tienen un contenido legislativo, ya que su objeto (legislación secundaria como se llama) es reglamentar la ley y la ley es evidentemente una reglamentación de la Constitución. En este supuesto, entonces, el órgano ejecutivo habrá reglamentado la Constitución a través de la ley. Por ello entendemos que tanto en uno como en otro supuesto, reglamento autónomo o reglamento de ejecución, tienen un contenido legislativo y no administrativo; exactamente lo mismo que ocurre con los reglamentos delegados y los reglamentos de necesidad o urgencia.

Se puede señalar, entonces, una primera diferencia entre los actos administrativos concretos y los reglamentos y es la de que en los primeros el contenido es eminentemente administrativo mientras que en los segundos, aunque se tratara de reglamentos autónomos o de reglamentos de ejecución, el contenido es legislativo. Es, pues, conveniente distinguir el acto administrativo del reglamento, si el régimen jurídico aplicable a uno y otro es distinto y este régimen surge del derecho positivo. La ley 19.549 señala diferencias a este respecto. En cuanto al acto administrativo, adquiere efectos jurídicos a partir de su notificación, como establece expresamente la ley (art. 39 regl.). Es decir, el acto administrativo adquiere eficacia después de su notificación al particular, lo que implica un conocimiento cierto del mismo. En cuanto a los reglamentos, surtirán efectos a partir de su publicación (art. 4) y desde el día que en ellos se determine; si no se designa tiempo, producirán efecto después de los 8 días, computados desde el día siguiente al de su publicación oficial, (10, regl.). Así lo establecen la ley y la reglamentación. Quiere decir, en consecuencia, que existe una diferencia profunda, ya que el acto administrativo producirá efectos solamente después de notificado, mientras que el reglamento es eficaz solamente después de su publicación y a contar de la fecha que se indique.

Por lo demás, el acto concreto del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los particulares no puede ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa una vez notificado, como establece la ley. Su eliminación solamente podrá realizarse en sede judicial mediante la conocida acción de lesividad, (art. 17). Por otra parte, el reglamento puede ser revocado en cualquier momento por razones de ilegitimidad en sede administrativa.

La ley se refiere al supuesto de silencio o ambigüedad de la administración y considera que, vencido el término que establece, se presume que la decisión administrativa será contraria a las pretensiones del particular, lo que le permite a éste acudir a sede judicial (art. 10). Del silencio negativo de la administración va a nacer, por supuesto, un acto concreto, un acto administrativo. Nadie puede pretender que del silencio de la administración nazca un acto con contenido general o reglamento.

La reglamentación de la ley 19.549 establece el procedimiento para la elaboración de los reglamentos que se iniciarán por el órgano o ente de la administración que corresponda según las leyes o disposiciones del Poder Ejecutivo y que deberá realizar los estudios y obtener los in-

formes previos que garanticen la juridicidad, acierto y oportunidad de la iniciativa (art. 104). Además, los proyectos de reglamento serán sometidos como trámite final al dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación o de la delegación pertinente del cuerpo de abogados del Estado (art. 106). Todo ese procedimiento no es aplicable cuando se dicten actos con contenido concreto en cuya formación puede intervenir cualquier órgano. Por lo demás, en caso de dictarse un acto con contenido concreto, como éste puede decidir cuestiones o peticiones no propuestas por el interesado, debe otorgarse previa audiencia al mismo (art. 7). Esta audiencia no es necesaria en el supuesto de dictarse un reglamento.

La ley establece como requisito esencial la motivación del acto administrativo (art. 7). Esta exigencia no es aplicable al caso del reglamento. Por lo demás, es un principio inconcuso en la jerarquía normativa que siempre las normas de carácter general están por encima de las de carácter concreto o particular, las que deben conformarse con las disposiciones que establezcan las normas generales. De allí, entonces, que el acto administrativo deba dictarse conforme a las disposiciones generales vigentes en el momento de su nacimiento, sean éstas de carácter constitucional, legal o reglamentario (art. 3).

El acto administrativo anulable puede ser saneado. La ley establece que los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de la emisión del acto objeto de ratificación o confirmación (art. 19). El reglamento, como norma general, es de carácter no retroactivo y en consecuencia, como nada dice la ley al respecto, es de suponer que el saneamiento del reglamento también tendrá carácter no retroactivo. En ciertos supuestos la ley se refiere a la retroactividad del acto administrativo dictado siempre que no lesionara derechos adquiridos: a) en sustitución de otro revocado; b) que favoreciera al administrado (art. 13). En uno y en otro supuesto se trata de un acto administrativo concreto y no de un reglamento, ya que, como señalamos, el principio dominante es la irretroactividad de la norma reglamentaria. La ley se refiere a la delegación o sustitución (art. 3 *in fine*). Ellas pueden hacerse si existe autorización sea emanada de la ley o reglamento, es decir de disposiciones con contenido general. La avocación es procedente salvo que una norma expresa disponga lo contrario. El acto de avocación y delegación tiene carácter particular, es un acto administrativo. El reglamento creará entonces competencia para delegar o sustituir o para avocarse y el acto administrativo ejercerá esa competencia pero no la crea.

En cuanto a la impugnación administrativa, el decreto 1759/72, reglamentario de la ley de procedimiento administrativo, establece que los actos administrativos de alcance individual, así como también los de alcance general, a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente título. Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público (art. 73).

En materia de impugnación judicial de los reglamentos, la situación se presenta distinta. Estos, los reglamentos, pueden impugnarse en

sede judicial directamente cuando afectan o puedan afectar en forma cierta e inminente los derechos subjetivos del interesado, siempre que éste haya formulado reclamo ante la autoridad administrativa cuyo resultado fuera adverso o se dé el supuesto de silencio de la administración (art. 24). En cambio en sede administrativa solamente pueden impugnarse los reglamentos desde que la autoridad les hubiere dado o comenzado a dar aplicación. Vale decir, entonces, que mientras en sede judicial se puede impugnar el reglamento por sí mismo, en sede administrativa se puede hacer solamente a través del acto concreto de aplicación. Parecería lógico que el reglamento 1759/72 de la ley 19.549 hubiera adoptado un criterio similar en el acto de impugnación administrativa, vale decir que el reglamento en esta sede se pueda impugnar directamente como puede hacerse en sede judicial y no a través del acto de aplicación.

Hay que señalar otra diferencia a este respecto. Mientras que en sede administrativa el reglamento puede impugnarse si afecta los derechos subjetivos o los intereses legítimos del particular, en sede judicial solamente se podrá impugnar si afectara los derechos subjetivos. Parece lógico que en ambos supuestos la impugnación en sede administrativa o judicial se ataque el reglamento si afecta los derechos subjetivos o los intereses legítimos de los particulares.

Por lo demás y refiriéndonos expresamente a la impugnación judicial, la ley distingue claramente los supuestos en que se trata de un acto de carácter particular o un acto de alcance general. En el primer supuesto no exige el reclamo administrativo previo; en el segundo, sólo lo exige cuando el acto afecte o pueda afectar en forma cierta o inminente los derechos subjetivos del particular accionante. En este supuesto, como vemos, la ley distingue claramente el reglamento del acto concreto. La ley se refiere a la caducidad del acto administrativo concreto y dice que la administración podrá declararla unilateralmente cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas por el mismo, aunque deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto (art. 21). Se entiende que en este caso la ley se está refiriendo al acto concreto. También se refiere la ley a la revisión de los actos en sede administrativa y dice que podrán revisarse los actos firmes (art. 22). La ley alude indudablemente a los actos concretos y no a los reglamentos y a mi juicio procede con error, ya que habla de revisión de un acto firme y debió decir revisión de un acto que causa estado. El decreto reglamentario de la ley 19.549 trae una disposición expresa sobre derogación, revocación de actos de alcance general (art. 83) y, por supuesto, se refiere a los reglamentos y no considera los actos particulares.

De lo que llevamos dicho podemos extraer principios que nos permiten llegar a una noción conceptual del acto administrativo, la que infortunadamente no trae la ley. Se nos ocurre que podríamos decir que el acto administrativo es una declaración concreta y unilateral del órgano ejecutivo que produce efectos jurídicos inmediatos. Al decir que es una declaración del órgano ejecutivo excluimos los actos que puedan emanar de los órganos legislativo y judicial. Quiere decir que nos ate-

nemos al concepto formal u orgánico del acto administrativo según indicáramos que surge de la ley. Al decir que la declaración es unilateral distinguimos los actos y los contratos exactamente como lo hace la ley, que dice que los contratos habrán de regirse por su régimen especial, distinto de los actos unilaterales. Y al decir que el acto es concreto dejamos fuera los actos de contenido general que son los reglamentos. Naturalmente, tiene que producir efectos jurídicos, que surgirán directamente del mismo y que serán consecuencia de su aplicación.

Por otra parte, en algunos fallos jurisprudenciales se advierte esta tendencia. Así el Tribunal Supremo de Córdoba resolvió que el acto administrativo requiere la existencia de un sujeto legalmente hábil para emitirlo, la administración pública, y frente a ella el administrado. En sentido similar el superior tribunal de Santiago del Estero, en fallo de marzo de 1970, estableció que el acto administrativo está dado por una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

## LA VOLUNTAD EN EL ACTO ADMINISTRATIVO

CELIA E. GALLO DE POMPONE

El acto administrativo, como manifestación voluntaria de un órgano estatal, emitida en ejercicio de función administrativa y productora de efectos jurídicos, debe reunir determinados requisitos que la doctrina, generalmente, designa como “elementos”, de la existencia y validez de los cuales depende la existencia y validez del acto mismo.

En situación de analizar tales elementos —o requisitos, como los llama la ley 19.549— se plantea inmediatamente el interrogante relativo a si la voluntad productora del acto debe ser considerada como un elemento esencial del mismo. Veremos la cuestión desde el punto de vista teórico, y luego con referencia a las normas contenidas en la ley 19.549.

Una calificada corriente doctrinaria considera que la voluntad es un elemento esencial del acto administrativo y, como tal, lo estudia al lado de los otros, tales como la competencia, el objeto, la causa, el fin, la forma. Por otra parte, otros autores igualmente calificados, excluyen a la voluntad de la enunciación de los elementos esenciales por entender que ella no es un elemento más, sino un presupuesto del acto.

Si partimos de que el acto es manifestación volitiva de un órgano, lo primero que debemos afirmar es que, para que el mismo sea válido y pueda producir sus efectos jurídicos propios, será menester que emane de una voluntad administrativa válida, o sea, no viciada.

Por cierto que el concepto de voluntad, referido al acto administrativo, no tiene el mismo sentido psíquico y subjetivo de la voluntad, cuando ésta se trata con relación a los actos jurídicos de las personas físicas. En la voluntad administrativa se destacan distintos momentos, comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad, y finalmente su declaración o exteriorización.

Es decir, que la expresión “voluntad” no tendrá para el acto administrativo un significado psíquico real, sino que comprenderá un conjunto de factores subjetivos, más factores objetivos que constituyen el proceso a través del cual se manifiesta esa voluntad. Ésta, en sus distintos momentos, debe ser considerada y ponderada en relación a ese conjunto de elementos que la estructuran, es decir, los aspectos a tra-

vés de los cuales se pone de manifiesto; éstos son: la competencia del órgano emisor, la causa o motivo, el objeto o contenido, el fin, la forma.

En el análisis de los vicios que puede tener la voluntad administrativa, encarada así como un proceso total, será necesario distinguir los de carácter subjetivo y los de carácter objetivo.

Entre los *vicios subjetivos* quedan incluidos: a) aquellos que afectan e invalidan la voluntad psíquica del órgano emisor, debiendo recordar en primer lugar los comunes de error, dolo o violencia, también la simulación; y b) los específicamente referidos al ejercicio de la función pública, que son la arbitrariedad y la desviación de poder. Estos últimos se caracterizan fundamentalmente por aparecer como una relación no equilibrada entre la causa, el objeto y el fin del acto.

Entre los *vicios objetivos* debemos contemplar los que pueden aparecer en los sucesivos momentos de elaboración y emisión de la voluntad. Tomando en cuenta el origen de la misma, y la condición jurídica del órgano que la manifiesta —ahora no ya considerado en su aspecto psíquico o subjetivo, sino funcional— corresponde el análisis de la competencia, el que debe abarcar todos sus matices (materia, grado, territorio, tiempo). Posteriormente, debe atenderse al proceso de elaboración, determinación y exteriorización, el que comprenderá el cumplimiento de todos los requisitos de procedimiento y forma establecidos por la ley, tanto previos a la emisión, concomitantes y hasta posteriores a ella, y constatación de que la causa, objeto y fin sean acordes con la ley.

De lo precedente, surge que los distintos vicios que puede tener la voluntad que ha producido un acto administrativo, siempre se habrán de reflejar en un vicio, fácilmente constatable, localizado en alguno de esos elementos esenciales que mencionamos al principio, y que más o menos uniformemente son admitidos por la generalidad de la doctrina.

Cabe reiterar aquí el interrogante formulado originariamente, para decidir si corresponde, o no, ubicar a la voluntad como un elemento más, al lado de los otros aceptados, y proceder al análisis de su validez en forma independiente de éstos. Mi respuesta es no. Incluso, extremando la posición, hasta es posible afirmar que la validez del acto administrativo depende tan sólo de la validez de la voluntad que lo dicta. Y para determinar esa validez, debe procederse al desglose y análisis separado de los distintos aspectos de esa voluntad, destacando que será menester que ella emane de un órgano con facultades legales para emitirla —competencia—, que se manifieste en atención a determinadas razones de hecho y de derecho que la respalden —motivos o causa—, que se proponga obtener un resultado u objetivo concreto y determinado, posible y permitido —objeto o contenido—, con una finalidad, genérica y específica, acorde con la ley y los intereses generales —fin—, debiendo elaborarse y manifestarse de conformidad con un procedimiento y modos legalmente establecidos —forma—. Cabe aclarar que la expresión “forma” es utilizada en sentido comprensivo de: a) la forma final de exteriorización del acto; b) como procedimiento, lo que también suele llamarse “formalidades” para la elaboración del acto, tales como serían, a título de ejemplo, la licitación para la cele-

bración de un contrato, o el sumario para la aplicación de una sanción disciplinaria grave.

Como consecuencia lógica, no habrá un vicio referido a cualquiera de esos elementos, que a su vez no implique, necesariamente, un vicio de la misma voluntad productora.

Ahora bien, por razones metodológicas y de orden práctico, considero que la validez del acto administrativo y de sus elementos o requisitos condicionantes, debe ser estudiada en base a éstos, analizando los vicios que puedan afectarlos especialmente; pero, con la previa aceptación de que todos los elementos no son sino aspectos integrantes de la voluntad administrativa, cuya validez depende de la validez de todos ellos. La inclusión de la voluntad como un elemento más, distinto de los otros, conduce necesariamente a incurrir en repeticiones en el estudio y caracterización de las causales de invalidez, y, por ende, del régimen de nulidades.

La ley 19.549, al enumerar en su artículo 7º los que llama "requisitos" esenciales del acto administrativo, se refiere a la competencia, causa (como equivalente a motivo), objeto, procedimientos, motivación y finalidad, complementada la enunciación con el artículo 8º que establece la forma como debe manifestarse o exteriorizarse el acto, o sea, refiriéndose a la forma en la primera acepción que se explicó anteriormente; los procedimientos y motivación también serían parte del elemento forma, según el segundo significado.

No se ha incluido, evidentemente, a la voluntad como requisito o elemento autónomo, de modo que el criterio seguido resulta coincidente con el sustentado precedentemente.

En cambio, al tratar las nulidades en el artículo 14, se puntualizan en el inciso a) los vicios que pueden resultar excluyentes de la voluntad, los que, tal como se ha manifestado, se refieren exclusivamente a la voluntad psíquica o individual del funcionario (vicios subjetivos de la voluntad); en el inciso b) se indican algunos de los vicios concretos que pueden afectar los elementos enunciados en el artículo 7º, los que comprenden tanto a los que señalamos como subjetivos, como a los objetivos; aunque tampoco puede considerarse que cubra íntegramente los distintos casos que con relación a cada uno de los incisos del artículo 7º se puedan plantear.

El inciso a) del artículo 14 habla del error *esencial*, pero la determinación de cuándo el error deberá reputarse esencial se deja a criterio del intérprete y supeditado, naturalmente, a las circunstancias particulares de cada caso. Se refiere al dolo "cuando se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos" (en esto hay coincidencia con lo que expresa el inciso siguiente al referirse a la falta de causa); menciona la violencia física y moral ejercida sobre el agente, y la simulación absoluta, todos ellos —reitero— vicios subjetivos de la voluntad.

Aparte de la repetición señalada entre el texto de los dos incisos que trae el artículo, y que corrobora lo expuesto al principio en el sentido de que todo vicio de la voluntad se refleja en un vicio de un elemento, y viceversa, tendremos que en la práctica se superpondrá fre-

cuentemente la aplicación de uno u otro inciso, cuando se quieran encuadrar determinados vicios causantes de nulidades, ya que el error, dolo, violencia o simulación indicados en el inciso primero, podrán recaer tanto respecto a la competencia, a la causa, a las formas esenciales o a la finalidad, que el inciso segundo menciona.

Para que las causales de nulidad del inciso a) puedan realmente incidir en la validez del acto, tendrán que revestir determinados caracteres. Porque no siempre los vicios de la voluntad psíquica o subjetiva, habrán de implicar a su vez un vicio de la voluntad administrativa, compuesta de una serie de etapas en su formación y exteriorización, que deben conformarse a la ley. Y debemos admitir que una voluntad subjetivamente viciada, puede ser objetivamente válida, en relación con las normas que regulan su producción y emisión. Incluso, si objetivamente se ajusta a la legalidad en todos sus elementos, la voluntad de un agente que actúa por error, dolo o violencia personales podrá producir actos administrativos plenamente válidos. El dolo, por ejemplo, podrá existir, pero no obstante no invalidará el acto si, a su vez, no se refleja en un vicio en el fin que la ley ha querido para el acto, en cuyo caso habría arbitrariedad o desviación de poder. Si el error en que pudo haber incurrido el agente, no tiene incidencia, por ejemplo, en la ponderación de la causa, o en la selección del objeto, y ambos están conformes con las normas respectivas, y mantienen entre sí el adecuado equilibrio y correlación con la finalidad, genérica y específica, querida por la ley, el acto será válido. Y así se podrían multiplicar ejemplos.

En definitiva: considerando al acto como manifestación voluntaria, por una parte, y como manifestación administrativa, por otra, cabe concluir que los vicios que tenga en el primer carácter sólo invalidarán el acto cuando, a su vez, el vicio lo afecte en el segundo carácter, es decir, como manifestación administrativa, producto de una voluntad, no psíquica, sino objetivamente reglada, producida de conformidad con la ley.

# FORMA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SIMÓN F. ZELAYA

## I. CONCEPTO

La declaración de la Administración, sea que signifique una voluntad, cognición o juicio, se concreta en el acto administrativo. Por rigor lógico y fáctico debe exteriorizarse para que adquiera entidad en el mundo jurídico.

El modo o manera de producirse esta exteriorización es lo que la doctrina llama "forma" del acto administrativo.

Sea dictado de oficio, sea provocado, normalmente es consecuencia o resultado de un procedimiento previo, que jalona las etapas de preparación de la voluntad administrativa.

Respetable doctrina incluye en el concepto de forma a todo este proceso y de allí que si en el mismo se han cometido irregularidades concluya que el acto dictado está viciado en su forma.

También hay doctrina que engloba en este elemento actuaciones posteriores al acto como ser su publicidad.

Me inclino por el criterio restringido.

Considero que si el procedimiento administrativo previo tiene la finalidad señalada (preparar la voluntad de la Administración) las irregularidades o defectos que en él se produzcan se traducirán en un vicio de la voluntad. En cambio el vicio en la forma no está referido a la voluntad, sino a lo objetivo que el concepto de forma significa.

Por otra parte, el paso posterior a la emisión del acto o sea su publicidad, lleva a la perfección del mismo, a darle eficacia y por ende posibilidad de ejecución, para que en los hechos se produzcan los efectos jurídicos queridos por la Administración, satisfaciéndose así el interés público que determinó su producción.

No creo que signifique una contradicción o inconsecuencia aceptar que el acto administrativo es productor de efectos jurídicos inmediatos, pero que tales efectos se producirán después de la publicidad (notificación o publicación, según corresponda a la especie del acto).

En este orden de ideas el Profesor Dr. Agustín Gordillo afirma que el acto administrativo no notificado no es acto administrativo, justamente porque no puede producir efectos jurídicos.

Pero, me pregunto, ¿qué es entonces?

¿Un acto preparatorio? Evidentemente no.

¿Una nada, jurídicamente? Tampoco, pues no puedo negar la realidad que hay en el expediente. Está, indudablemente, ya exteriorizada la voluntad de la administración.

Y si recordamos lo que enseña el Profesor Dr. Manuel María Díez, en el sentido de que aún no notificado el acto administrativo ya produce efectos jurídicos, por lo menos contra la administración, creo que queda desvanecido el temor a la contradicción o inconsecuencia que antes señalé.

Concluyo pues que la publicidad es nada más que una etapa del procedimiento administrativo, que cumple su misión específica.

Estructurar el acto perfecto.

Por su importancia, la publicidad debe a su vez respetar formas mínimas que signifiquen seguridad jurídica.

Reprochable resulta la costumbre de notificar haciendo conocer al interesado únicamente la parte resolutive del acto administrativo.

No dándose la notificación directa en el expediente, cuando se realiza por cédula o carta certificada debe acompañarse copia íntegra del acto que se notifica.

Observo, en este sentido, que los incisos c) d) y e) del art. 41 del Decreto 1759, han omitido mencionar expresamente esta exigencia, con el agravante que al efectuar el inc. c) remisión de los arts. 140 y 141 del Código de Procedimientos Civiles, da pie a que la cédula se redacte siguiendo el texto del art. 136, el cual en su inciso 4) sólo exige "transcripción de la parte pertinente de la resolución".

Concluyendo este primer punto de mi exposición, me permito señalar que la ley 19.549 hace derecho positivo el criterio restringido del elemento "forma" del acto administrativo.

Dice en su artículo 8: bajo el título "forma":

"El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieran podrá utilizarse una forma distinta".

El procedimiento previo a la emisión del acto es tratado por el art. 7 apartado d) y la notificación y publicación por el art. 11.

## II. REQUISITOS DE FORMA

El derecho positivo en el orden nacional nos señala los siguientes:  
Lugar y fecha de emisión del acto. Que sea escrito y expreso. Que sea firmado.

A todo ello agrego:

La motivación, la determinación del órgano emisor y la función que ejerce, el sello aclaratorio de firma y la emisión por conducto del instrumento idóneo.

Y tratándose de un órgano colegiado, el acta de la sesión.

Ahora bien:

En relación a los requisitos exigidos por la ley creo que es un error haber incluido la firma.

Ésta no es requisito de forma. Es sencillamente lo esencial para la existencia del acto administrativo.

Un decreto o una resolución no firmados, significa que no hay decreto ni resolución. Hay un papel escrito, sin trascendencia jurídica alguna. Creo que el Profesor Dr. Fiorini exagera cuando ve en este papel un acto preparatorio. Podría verse un proyecto, a lo sumo.

Cuando falta una forma esencial el acto es nulo y no me parece muy jurídico predicar la nulidad de un decreto no firmado. Y si es así, la conclusión que sostengo es válida:

La firma no es requisito de forma.

Recordando que el Decreto del Poder Ejecutivo debe ir acompañado por la firma del Ministro correspondiente, vale la pena decir dos palabras del problema que significa su omisión.

Si faltan las dos firmas, la conclusión ya está expresada. Pero, ¿si falta una?

¿Cuál es la consecuencia jurídica?

Creo que la respuesta depende de la posición que adoptemos en el problema que divide a la doctrina argentina.

El carácter jurídico de nuestro Poder Ejecutivo.

Si es unipersonal y pluripersonal.

Quien esté en la primera posición dirá:

La falta de firma del Presidente significa que no hay decreto.

La del Ministro nos pondrá en presencia de un decreto viciado en su forma.

Para quien esté en la segunda tesitura, la falta de cualquier firma le significará que no hay decreto, ya que, siendo un acto administrativo complejo, no existe mientras las voluntades que le deban dar nacimiento no se hayan exteriorizado.

En relación a este problema pienso que nuestro Poder Ejecutivo es unipersonal, conforme lo expresa el art. 74 de la Constitución Nacional.

Entiendo que el Decreto emana del Presidente y que la firma del Ministro, que refrenda y legaliza como requisito de eficacia, no traduce una voluntad coproductora del acto, sino de conformidad con su contenido, en cuanto a su legalidad, oportunidad y constitucionalidad. De allí la responsabilidad que le impone el art. 88 de la Constitución Nacional.

Pasando a los otros requisitos de forma mencionados por la ley su claridad exige de mayores comentarios.

Vale la pena detenerse un poco en los que no están exigidos y que, por tal razón, en la terminología legal tendrían el carácter de no "esenciales".

### *Veamos la motivación*

Por su conducto se especifican las razones de hecho y de derecho determinantes de la producción del acto administrativo. Es decir que en ella queda explicitada la "causa" del acto.

Por lo tanto, si todo acto administrativo, sea la competencia reglada o discrecional, debe dictarse en miras a satisfacer el interés público, el mejor funcionamiento del servicio público, va de suyo que debe ser motivado.

Lo escrito y motivado del acto administrativo se conecta con valores ponderables que aseguran la juridicidad del quehacer de la Administración. Tales son:

Certeza, seguridad jurídica, responsabilidad del funcionario y facilidad para hacer efectivo el contralor de legitimidad y oportunidad en sede administrativa y de legitimidad por el órgano jurisdiccional.

Por todo ello pienso, siguiendo la enseñanza del Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, que la motivación es una expresión de la "forma" que hace a la sustancia del acto.

#### *El órgano emisor y su función*

Deben estar explicitados en el acto administrativo.

De una u otra manera deben surgir del instrumento, coincidiendo con el Profesor Agustín Gordillo que si ello no se cumple el acto será nulo. En este orden de ideas no olvidar que el acto exteriorizado por el órgano persona se imputa al órgano institución.

Conéctase al punto la conveniencia del sello aclaratorio, sin que esto signifique algo importante, si el requisito en análisis está cumplido.

#### *El Instrumento idóneo*

El Poder Ejecutivo se sirve del Decreto. Otros funcionarios de la Resolución. El H. Consejo Deliberante de la Ordenanza, etc.

Es decir, del documento público correspondiente, recordando en este sentido el conocido ejemplo de la invalidez de un nombramiento por carta del funcionario que nombra.

#### *El uso del idioma nacional*

No lo enumeré entre los requisitos, por considerarlo superfluo, pero la experiencia me puso en presencia de este absurdo.

Hace varios años, en Tucumán, en un expediente tramitaba una subcontratación realizada por la Empresa que construía la obra Dique El Cadillal. El Subcontrato, de conformidad el régimen legal, para su validez necesitaba la aprobación del Poder Ejecutivo.

El acto administrativo que se dictó y que evidentemente tenía el propósito de aprobar, llevaba lugar, fecha y firma del Sr. Gobernador, y su contenido estaba expresado con las letras "O. K."

La nulidad de este acto la consideré siempre incuestionable.

### **III. OTRAS FORMAS**

Por oposición a la escrita, tenemos la verbal.

Es común en la administración interna en las órdenes de servicio de un superior a un inferior jerárquico, bien entendido que referido a

actividades de poca significación pues, cuando ello no se da, los problemas de responsabilidad, del deber de obediencia, del derecho de desobedecer, etc., exigen la orden escrita.

También es común en la actividad policial (orden de detención, disolución de manifestación, etc.).

En general son actos que se extinguen de inmediato por el instantáneo cumplimiento del objeto.

No obstante recuerdo un antecedente que en su tiempo causó conmoción en la Administración de Tucumán.

La Caja Popular de Ahorros de la Provincia, Ente Autárquico que, entre otras actividades, explotaba y explota el juego de lotería, realizaba un sorteo por el procedimiento de extracción de bolillas. La tarea estaba a cargo de niños no mayores de 12 años.

Ante la versión de que en los sorteos se realizaban maniobras que afectaban su regularidad, se constituyó en la Repartición el Ministro de Gobierno, a la sazón el Dr. Manuel Andreozzi, ex titular de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Tucumán. Constatado por él lo que se consideró irregular ordenó la suspensión del sorteo y dispuso la intervención del Ente Autárquico.

Este acto administrativo, de verdadera trascendencia jurídica por su contenido, fue verbal, no pudiéndose negar que las circunstancias excepcionales lo autorizaban.

Más, justamente por ello, exigió de inmediato el decreto del Poder Ejecutivo ratificándolo, lo que así sucedió.

Este ejemplo nos señala la posibilidad de que actos de gran significación jurídica sean producidos verbalmente por así exigirlo las circunstancias, pero que, necesariamente, deben ser seguidos del acto escrito que los ratifique o reitere, según sea lo que corresponda.

Régimen éste no exigido para los actos verbales comunes.

Otra forma lo constituyen los signos o señales.

Pueden emanar de un agente de la administración (policía del tránsito, por ejemplo) o de un elemento físico (señales, carteles, etc.).

La gama es numerosa, pero es indudable que en todo supuesto nos encontramos ante una exteriorización de voluntad expresa.

Conviene distinguir entre signos que exteriorizan el acto administrativo de aquellos que significan su notificación.

En el primer grupo pueden incluirse, vía ejemplo, los movimientos de brazos del agente de tránsito, las luces del semáforo, etc. En el segundo el letrero indicador de velocidad máxima en determinada zona del camino o al ingreso a zona urbanizada.

Se percibe en el primer grupo la contemporaneidad entre el acto y su notificación. En cambio en el segundo no hay duda que el acto ya fue dictado por autoridad competente y la señal lo notifica, a fin de que el conductor no pueda alegar ignorancia en caso de contravenir la norma.

Comparto absolutamente el pensamiento del Profesor Dr. Agustín Gordillo en cuanto a que los signos o señales deben ser generalizados, comprensibles por todos, pues de no ser así no sería idóneo de exteriorizar la voluntad de la administración.

Por considerarlo de utilidad traigo a colación datos extraídos del proyecto de Manual Interamericano de dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras, presentado por el Subcomité de Manual a la séptima reunión de la Comisión de Tránsito y Seguridad que tuvo lugar en Quito en Junio de 1971.

En este proyecto, desde el punto de vista funcional, las señas se clasificaron de la siguiente manera:

De reglamentación, las que tienen por objeto notificar a los usuarios de la vía, las limitaciones, prohibiciones o restricciones que gobiernan el uso de ellas. Ejemplo, prohibido girar o estacionar o adelantarse, carga o altura máxima permitida, etc., etc.

De prevención, las que tienen por objeto advertir al usuario del camino la existencia de un peligro y la naturaleza de éste. Ejemplo, camino sinuoso, curva y contracurva, cruce de vías, etc., etc.

De información, las que tienen por objeto guiar al usuario proporcionándole los datos que pueda necesitar. Ejemplo, identificación de rutas, kilometraje a ciudades, servicio mecánico, etc., etc.

Se percibe que en este sistema funcional de señas no hay actos administrativos. La primera es de notificación y las otras dos son meros hechos administrativos.

#### IV. *EL ACTO TÁCITO*

Es un medio de manifestarse la voluntad de la administración. Se opone al acto expreso.

Su solo enunciado pone en prevención a la doctrina pues en principio no resulta aconsejable.

El acto tácito puede darse por el silencio de la administración, por hechos o conductas materiales o por producción de actos con contenido implícito.

El silencio es problema en tanto y cuanto la administración tenga la obligación de pronunciarse. Es decir, frente a la petición apoyada en derecho subjetivo, el recurso o la reclamación administrativa.

Es sabido que como tal, por sí, no tiene significación jurídica, siendo válida esta afirmación tanto para el derecho privado como para el administrativo.

Por esto es que, en procura de seguridad jurídica para el administrado, debe existir la norma que le dé un sentido, transcurrido un determinado lapso.

En las relaciones con los administrados la buena doctrina aconseja el sentido negativo. Así lo soluciona el derecho positivo (art. 10 de la Ley 10.549 y art. 19 de la Constitución de la Provincia de Tucumán, por ejemplo).

Es lo prudente, no sólo porque el administrado no queda desamparado, desde el momento que tiene a su favor la protección judicial, sino también porque una solución contraria que dé el legislador podría ser reprochada de exceso de sustituir la voluntad de la administración.

Por el contrario, en las relaciones internas de la administración se aconseja como solución el sentido positivo, en razón de facilitar ello su desenvolvimiento.

Como ejemplo señalo los artículos 76 y 77 de la Ley 3.600 de Tucumán en cuanto concedida o negada una jubilación o pensión por el Instituto de Seguridad Social y remitida para su aprobación por el Poder Ejecutivo, se considera aprobada la decisión si no hay pronunciamiento dentro del lapso de 15 días hábiles a contar desde la recepción del expediente.

A propósito, en Tucumán tenemos vigente la ley 3.126 de racionalización del transporte automotor de carga, la cual en su art. 38 establece:

“De las resoluciones que dicte la Inspección del Transporte Automotor, en el supuesto del art. 37, podrá interponerse recurso jerárquico por ante el Poder Ejecutivo, el que deberá ser deducido dentro de los tres días de su notificación personal. El Poder Ejecutivo deberá expedirse dentro de ocho días y su falta de pronunciamiento dentro de dicho lapso deberá ser interpretado como revocatoria de la resolución recurrida”.

Este artículo consagra una doble violación constitucional:

Reduce a ocho días el término de tres meses que debe transcurrir para que el silencio tenga un sentido jurídico.

Da al silencio sentido afirmativo.

Transcribo el citado art. 19 de la Constitución:

“Toda reclamación de carácter contencioso administrativo, debe ser despachada en el término de tres meses a contar desde el día de su presentación. Vencido este plazo se tendrá por denegada y el interesado puede ocurrir directamente a la justicia”.

La simple confrontación de los textos convence de la inconstitucionalidad señalada, siendo de aclarar que aunque la norma constitucional use la expresión “reclamación” ninguna duda puede haber que en el lenguaje del constituyente estuvo la intención de comprender la reclamación administrativa propiamente dicha, el recurso administrativo y la petición apoyada en un derecho. La ratio juris es la misma.

En lo que respecta a las operaciones materiales o hechos administrativos significadores de actos tácitos es típico el ejemplo del libramiento de una obra pública al uso de la colectividad. Ejemplo: corte de cintas en un camino, acto oficial de inauguración de un edificio, etc. En estos hechos está tácito el acto administrativo de afectación al dominio público.

La otra especie de acto tácito, el de contenido implícito, se da en el supuesto de un acto expreso que implica un contenido no expresado.

Sayagués Laso ejemplifica con la decisión de autoridad competente de vender un bien del dominio público, ya desafectado en los hechos, sin la previa declaración de desafectación.

Esta decisión implicaría la desafectación.

Por mi parte señalo el siguiente:

Planteada la nulidad de un concurso para la provisión de un cargo en la administración, la decisión de la autoridad competente, después

de extenderse en consideraciones sobre las graves irregularidades en que se incurrieron (falta de publicidad, inscripciones fuera de término, dictamen defectuoso de la comisión asesora, etc., etc.) en la parte dispositiva simplemente disponer llamar a nuevo concurso, sin decir que declara inválido el procedimiento tramitado.

Creo que en estos ejemplos se capta claramente el contenido de los actos implícitos.

Concluyendo el punto señalo que el contenido del acto tácito en el supuesto del silencio está expresado o determinado por la norma. No se trata de una presunción, sino de una solución o relación legal.

En los supuestos de operaciones materiales o de actos de contenido implícito, en cambio, no está expresado.

Por lo demás, en el acto tácito no se da el requisito de forma.

En el caso del silencio y de las operaciones materiales, porque no se dicta ningún acto. Aquí no puede haber vicio de forma evidentemente.

En el caso del acto implícito, porque la forma se da en el expreso, que lo implícita.

Ésta es la razón por la que al iniciar el tratamiento del acto tácito dije que es un medio y no "otra forma".

## V. EL VICIO EN LA FORMA

Antes de entrar al tema paréceme oportuno recordar el concepto restringido que di a este elemento del acto administrativo.

Por lo tanto el vicio ha de buscársele en la instrumentación del acto administrativo.

Si los defectos o irregularidades estuvieron presentes en el procedimiento previo a la emanación del acto, la impugnación de nulidad irá dirigida a la voluntad del órgano emisor. La consecuencia de un procedimiento irregular no puede ser sino la producción de un acto irregular. Dependerá de la trascendencia de los defectos la validez o invalidez del acto administrativo. Será de aplicación, por analogía, el apartado c) del art. 1º de la Ley 19.549.

Por el contrario, si la irregularidad radicara en la ejecución del acto antes de su publicidad, es decir cuando aún no es eficaz, habrá que distinguir entre acto general y acto individual.

### *Acto de alcance general*

Su ejecución significará la producción del acto individual. Lisa y llanamente será éste nulo y por lo tanto impugnable por la vía de los recursos administrativos y la acción judicial posterior.

### *Acto de alcance individual*

Si se lo ejecuta en sede administrativa nos encontraríamos ante las "vías de hecho" referidas por el inciso b) del art. 9 de la Ley 19.549.

Me apresuro a aclarar que este inciso sólo contempla dos supuestos: Ejecución de un acto, pendiente recurso administrativo.

Ejecución de un acto después de resuelto el recurso, pero sin estar notificada la decisión.

No obstante ello no dudo que también se configura la “vía de hecho” en el supuesto en tratamiento. La ratio juris es la misma.

En consecuencia el remedio será, en el orden nacional, la acción judicial sin necesidad de agotar instancias administrativas (arts. 23 inc. d) y 25 inc. 2 de la Ley 19.549).

Incluso no descarto el recurso de amparo si se dan los requisitos para su procedencia.

Si en cambio la ejecución del acto administrativo lo es en sede judicial (cobro de obligación tributaria o multa contravencional, por ejemplo), la defensa será la excepción de inhabilidad de título, por cuanto la ineficacia del acto le priva de fuerza ejecutoria.

Al pasar señalo que dada esta situación no podrá alegarse en adelante el desconocimiento del acto, de tal manera que dentro de término deberá interponerse el recurso administrativo que corresponda. La omisión puede significar el fracaso de la excepción judicial, con el argumento que al habérselo consentido cobró el mismo la plenitud de su fuerza ejecutoria.

Si el contenido del acto fuere otro y determinara un juicio ordinario por la administración, la defensa será la falta de acción, con el argumento antes expresado.

Entro ahora al tema de los vicios en la forma.

En el orden nacional y en razón de que el capítulo III de la Ley 19.549 se inspiró fundamentalmente en las enseñanzas del Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, conforme lo dicen los redactores del proyecto, estos vicios determinarán la nulidad o anulabilidad del acto administrativo según se haya violado una forma esencial o no (arts. 14 inc. b) y 15 de la Ley).

Enseñándonos el Profesor Marienhoff que forma “esencial” hay cuando el ordenamiento jurídico la exige de una manera determinada; para la anulabilidad o nulidad habrá que estar al texto del art. 8º de la ley.

No obstante creo que si se trata de la omisión de fecha no habrá nulidad sino anulabilidad, cuando de las demás constancias del expediente pueda ser determinada, a menos que la fecha esté vinculada a un problema temporal de cese de funciones del agente productor del acto.

Lo mismo pienso para el caso de falta de designación del lugar, salvo que esté comprometido un problema de competencia territorial.

La importancia de la distinción radica en la posibilidad de la confirmación (arts. 14 y 19 inc. b) de Ley 19.549).

El acto no escrito es nulo, por falta del elemento forma, salvo que se dé la excepción prevista en el último párrafo del art. 8º de la ley citada.

Aunque la ley no lo exija pienso que es nulo el acto no documentado en instrumento idóneo.

Si no se determina el órgano emisor y la función, el acto será nulo.

En lo que respecta al vicio en la motivación corresponde, en mi entender, analizar dos supuestos, a saber:

- Falta total de motivación.
- Insuficiencia de la misma.

### *Falta total*

En este caso el tratamiento es distinto según el acto sea reglado o discrecional.

Si es reglado, cualquiera sea su objeto, la motivación adquiere el carácter de forma esencial. Por lo tanto su ausencia determinará su nulidad.

Aclaro que respetable doctrina afirma que es un caso de anulabilidad y, por ende, susceptible de confirmación mediante la motivación a posteriori.

Lo medité y, dejando a salvo el profundo respeto a la opinión contraria, mantengo mi afirmación.

Veo un paralelo entre una motivación posterior y una autorización posterior al acto autorizado, y así como en este supuesto se afirma, con razón, que admitirla es contrariar lisa y llanamente el régimen jurídico de las autorizaciones, confundiéndolo con el de las aprobaciones, ha de decirse que un acto reglado no motivado no puede ser confirmado purgando el vicio.

Sencillamente habrá que dictar un nuevo acto, con todos sus elementos correctamente estructurados.

La falta de explicitación de los motivos o causa del acto administrativo, en el supuesto que me ocupa, nos pone en presencia de la arbitrariedad. Es el funcionario que dice "esto es así y así lo dispongo porque es mi voluntad".

La antijuridicidad de tal conducta me impide ver en tal acto un vicio leve. Lo veo gravísimo, privando al acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad.

Si fuera el acto anulable, requisito básico para que pueda funcionar la confirmación, los citados caracteres se darían en este acto administrativo. Y esto me resulta inaceptable.

Piénsese en una licitación en que se declaran inválidas o inadmisibles todas las propuestas, o que se adjudica a un proponente o en la negativa a otorgar una jubilación o pensión, y será suficiente, a mi juicio, para compartir mi criterio de que aquí hay nulidad y no anulabilidad.

Si es discrecional el principio es el mismo, y en muchos supuestos con mayor razón:

La falta de motivación determina la nulidad del acto administrativo.

No obstante esta afirmación no es rigurosa.

Corresponde distinguir entre actos de administración interna y externa.

En el primer supuesto pueden darse situaciones en que la ausencia de motivación carecerá de significación o trascendencia. Por ejemplo:

Informa Secretaría que es necesario pintar un aula de la Facultad de Derecho, porque se encuentra en mal estado. En mi carácter de Decano así lo decido sin dar razones.

Esta omisión, me parece, no tiene mucha relevancia por constar en el expediente el mencionado informe de Secretaría.

En cambio cuando se trata de administración externa la conexión con el administrado determina distinto tratamiento.

En este supuesto corresponderá distinguir:

Un acto discrecional como respuesta a una petición graciable, con otro del mismo carácter pero que se conecta con relaciones jurídicas preexistentes con la Administración.

El primer caso se da, por ejemplo, cuando solicito al Intendente Municipal permiso para realizar un determinado uso especial de la vía pública.

La respuesta, negativa o afirmativa, sin motivación no invalidará el acto, pues no debemos olvidar que ni siquiera tiene la obligación de producir el acto expreso.

En el segundo caso no es igual.

Por ejemplo, modificar el recorrido de las líneas de transporte urbano atendiendo conveniencias de la comunidad, obliga la motivación en atención a las consecuencias que la decisión significará para los concesionarios de las líneas en servicio.

Su falta determinará la anulabilidad del acto.

Por último, si la motivación es insuficiente opino que no habrá vicio de forma, porque ella está presente en el acto. Por supuesto puede darse otro vicio: falsa causa, arbitrariedad, etc., etc.; pero vicio de forma no.

# LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las prerrogativas de Poder Público con que cuenta la Administración es sin duda la ejecutoriedad la que plantea con mayor agudeza el antiguo y siempre actualizado conflicto entre la autoridad y la libertad.

A raíz del crecimiento de la actividad estatal sobre esferas de actuación reservadas en los regímenes pasados exclusivamente a los particulares, el Derecho Administrativo vive más que ninguna otra rama jurídica esa problemática, que encierra una tensión de carácter permanente, en virtud de la propia naturaleza de una actividad que exige realizarse sin intermitencias.

El Derecho Administrativo procura resolver esta cuestión buscando conciliar las prerrogativas que surgen de la autoridad con las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos individuales. Pero pese a la dificultad que implica conciliar dos instituciones que tienden a hacer efectivas ideas tan opuestas como la autoridad y la libertad, debe reconocerse que el Derecho Administrativo posee una gran flexibilidad en la conformación de sus principios que permiten integrar los elementos autoritarios y liberales que se agitan en su seno.

Hay quienes pretenden que la ejecutoriedad constituye un resabio del Estado de Policía y, como tal, propugnan desterrarla del derecho administrativo contemporáneo. Pero aparte de que el sometimiento del Estado al Derecho debe eliminar los abusos que puedan cometerse en este campo, ello implica desconocer las raíces históricas en que se funda la institución, que ha permanecido inalterable como una regla general del acto administrativo en los países de Europa Continental, a través de todas las formas de Estado conocidas.

Lo contrario acontece en Inglaterra y Estados anglo-sajones, en los que los actos administrativos carecen ordinariamente de ejecutoriedad y, donde en consecuencia, su ejecución debe ser autorizada por los jueces. Sin embargo, este principio clásico del Derecho anglo-sajón ha sufrido importantes derogaciones impuestas por las necesidades actuales de la Administración Pública en dichos países.

Aparte de ello, el sistema vigente en Inglaterra se halla enraizado a la naturaleza y costumbres de sus habitantes, circunstancia que permite que la desobediencia a una orden judicial sea castigada normalmente con prisión, otorgando así a los actos judiciales una eficacia mayor que la que poseen los actos administrativos.

Actualmente, la regla de la ejecutoriedad, que recibe distintos nombres según los países y autores, se halla indisolublemente unida a la existencia del denominado "régimen administrativo" del derecho continental europeo, dentro de cuyo sistema se halla enrolado nuestro derecho administrativo desde las exposiciones doctrinarias primigenias hasta el derecho positivo actual.

## II. NOCIÓN

En la teoría del acto administrativo se hace necesario distinguir, con relación a la ejecutoriedad, distintos aspectos que muchas veces resultan proclives a la confusión conceptual, al menos en nuestro país. En este sentido, no siempre se ha diferenciado claramente la facultad genérica que tiene el Poder Ejecutivo respecto del cumplimiento de los actos estatales a través de la ejecución coactiva, de la facultad de disponer ésta sin intervención judicial, comúnmente denominada ejecutoriedad del acto administrativo.

No se ha advertido tampoco de que la coacción no constituye un ingrediente imprescindible del cumplimiento del acto administrativo aunque constituye sí seguramente el más importante medio de ejecución. Cabe señalar, en este sentido, la existencia de numerosos actos administrativos cuya realización se opera por su propia virtualidad sin que la Administración tenga que apelar a la ejecución forzada. En esta situación se encuentran —por ejemplo— las declaraciones de conocimiento o de juicio que producen efectos jurídicos directos, como los denominados actos registrales y las certificaciones.

Existen también otros supuestos en los que el acto administrativo se cumple sin coacción, aun contra la voluntad del administrado, cuando ello aparece exigido por una norma expresa como condición para que el particular accione contra el Estado por actos ilegítimos de aplicación o recaudación de impuestos. Finalmente, también existen casos en que la ejecutoriedad no requiere el uso de la coacción, tal como ocurre cuando la Administración procede a la ejecución directa de un acto administrativo con obligación para el particular de soportar los gastos que ello origine.

Tales referencias, que no agotan desde luego la mención de todas las situaciones en que el cumplimiento del acto administrativo se lleva a cabo sin coacción, demuestran que la noción de la ejecutoriedad debe ser lo más genérica que sea posible, entendiéndose por ella la facultad atribuida por el ordenamiento jurídico a los órganos estatales que ejercen la función administrativa, para disponer la realización o cumplimiento del acto administrativo, sin intervención judicial, acudiendo de ser necesario al empleo de medidas de ejecución.

### III. EJECUTORIEDAD Y EJECUTIVIDAD

Sobre la base de la noción que hemos dado, interesa aclarar ciertos desacuerdos terminológicos que existen con respecto a los términos ejecutoriedad y ejecutividad.

Algunos autores, para designar la posibilidad de que la Administración Pública ejecute un acto sin acudir a los jueces, utilizan el término "ejecutividad", por razones idiomáticas.

No obstante, a pesar de que el término ejecutoriedad es de manifiesta procedencia italiana, consideramos que su uso constante y general crea un valor entendido que resulta fácilmente comprensible para quienes van dirigidas las normas. Por este motivo, preferimos seguir hablando de ejecutoriedad a pesar de que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos no utiliza esta terminología y opta por denominar a esta característica del acto bajo el nombre de "fuerza ejecutoria".

¿Qué es entonces la ejecutividad? Sin entrar a analizar aquí a fondo las doctrinas extranjeras y nacionales sobre el punto, es evidente que este término es que el que presenta mayores discrepancias. Así, por una parte, cabe situar a quienes entienden por ejecutividad a aquel carácter del acto que hace que el mismo deba cumplirse. Pero ello, no se relaciona con la ejecutoriedad donde toda la problemática gira en torno de quien dispone el cumplimiento del acto y en qué forma. Otros autores, consideran acertadamente a nuestro juicio, que la ejecutividad caracteriza al acto administrativo como título suficiente de ejecución. Este concepto proviene de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia y se relaciona con el denominado privilegio ejecutorio que exhibe el "préalable" en el sistema contencioso administrativo vigente en dicho país. Pero nada tiene que ver con la ejecutoriedad, que se sustenta en la actividad unilateral y oficiosa que directamente realiza la Administración pública, aun contra la voluntad de los administrados".

En nuestro derecho, la llamada "ejecutividad", constituye un aspecto del acto que atañe principalmente al derecho procesal, que nada tiene que ver con la ejecutoriedad del acto administrativo, donde siendo evidente, que consistiendo ésta en la posibilidad de ejecutar el acto por parte de la Administración pública sin acudir al órgano judicial, la mentada ejecutividad no puede confundirse con ella.

Solamente cabría considerar si el pertinente acto administrativo goza de "ejecutividad" en aquellos supuestos en que la Administración pública debe recurrir al órgano judicial para llevar a cabo la ejecución de un acto administrativo, casos en que se obviaría el proceso de conocimiento, con la ventaja además para el órgano administrativo, de disponer de un mecanismo procesal sumario, limitado y ágil.

Con todo creemos que lo esencial en este problema no está sólo en conciliar las opiniones respecto de la noción que hemos expuesto, con la cual muchos podrán estar de acuerdo, sino en determinar cuál es el régimen jurídico de la institución.

#### IV. LA EJECUTORIEDAD COMO PRINCIPIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El primer interrogante que entendemos corresponde formular es el que se refiere a si la ejecutoriedad constituye un principio del acto administrativo, o si bien, por el contrario, sólo es un instituto de excepción y tal regla general no existe.

La cuestión fue objeto de interesantes polémicas doctrinarias antes del dictado de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos ya que no existía un texto expreso que consagrara la existencia del principio en el derecho positivo nacional.

Así, mientras la mayoría de los autores nacionales afirmaba la ejecutoriedad como regla general del acto administrativo, un sector de la doctrina negaba su existencia en base a la carencia de una norma expresa que reconociera tal facultad a la Administración.

Nosotros hemos considerado que desde el ángulo de la sistemática constitucional la afirmación de que la ejecutoriedad constituye el principio en materia de actos administrativos, resulta consustancial al ejercicio de la función administrativa y responde a una interpretación del artículo 86, inc. 1º de la Constitución Nacional apreciada conforme al principio de la separación de los Poderes. Esta tesis importa además, desde el punto de la dinámica constitucional, una interpretación de las facultades del Poder Ejecutivo acorde con la realidad contemporánea que exige una actividad administrativa constante y continua.

Estimamos que en la actualidad, en el orden nacional, y en aquellas provincias que lo han establecido expresamente, ya no puede discutirse la vigencia de la ejecutoriedad como un principio propio del acto administrativo, lo cual no impide reconocer la existencia de límites que condicionan su procedencia, tendientes a proteger los derechos individuales que la Constitución consagra.

Por otra parte, el reconocimiento del principio de la ejecutoriedad conduce a interpretar que los recursos que interpongan los administrados carecen de efectos suspensivos, salvo que una norma expresamente dispusiera lo contrario.

Esta doctrina, que habíamos aceptado nosotros con anterioridad, aparece ahora expresamente reconocida en el art. 12 de la Ley 19.549, donde se sostiene respecto del acto administrativo que "su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

Sin embargo, continúa el Art. 12 de la mencionada ley, "la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

Dicho texto normativo plantea la necesidad de determinar con el

auxilio de la interpretación doctrinaria cuáles son los alcances de algunas expresiones contenidas en el mismo.

En primer lugar, observamos que se reconoce el principio de la ejecutoriedad, salvo que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial. Cuando ésta es exigida por la ley es obvio que debe obtenerse la decisión judicial ante los Tribunales que fuéren competentes. ¿Pero en qué casos la naturaleza del acto exige la intervención judicial? En principio, toda ejecución coactiva del acto que recaiga sobre la persona o los bienes del administrado, debe ser dispuesta, o autorizada al menos, por los órganos judiciales. Esta regla, que tiene por objeto garantizar la plena vigencia de los derechos individuales, no es absoluta, y así cabe advertir, la existencia de algunas excepciones vinculadas al ejercicio de la función administrativa, donde la doctrina y la jurisprudencia han admitido que la administración recurra a la coacción. En esta situación se encuentran entre otros los siguientes casos: a) autotutela en materia de dominio público; b) la demolición de un edificio que amenaza ruina; c) incautación y destrucción de bienes que implican un peligro inmediato para la salubridad y moralidad de los habitantes.

## V. SUSPENSIÓN DEL ACTO EN SEDE ADMINISTRATIVA

En materia de suspensión del acto administrativo la ley afirma el principio de que la interposición de un recurso no provoca la suspensión de su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa estatuya lo contrario. Excepcionalmente, se admite la facultad de la administración para suspender mediante resolución fundada, de oficio o a pedido de parte, la ejecución del acto administrativo por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegue fundamentalmente una nulidad absoluta. Tal redacción es susceptible a nuestro juicio de tres críticas: 1) en cuanto no se ha seguido dentro del criterio del daño, la solución que postula que el acto administrativo se suspenda, cuando su cumplimiento genere mayores perjuicios que su suspensión; 2) porque al referirse al criterio de ilegalidad, relaciona la suspensión con la circunstancia de que el administrado alegue una nulidad absoluta, la cual muchas veces la administración no se halla en condiciones inmediatas de determinar. Entendemos que la ley debió haberse referido a la nulidad manifiesta, o bien, como prefieren otros autores a la ilegalidad manifiesta, donde el vicio o defecto resulta notorio y patente y surge del propio acto sin necesidad de que deba efectuarse una investigación de hecho. Las nulidades manifiestas han sido reconocidas doctrinariamente en el derecho administrativo que no puede ir contra la naturaleza de las cosas, y un ejemplo de ello lo encontramos en la legislación y jurisprudencia en materia de amparo; y 3) en cuanto no establece la obligación de la Administración Pública de suspender un acto administrativo cuando el particular alegue una nulidad o ilegalidad manifiesta, tal como lo sostiene con esta última terminología el doctor Marienhoff, que ha sido en este capítulo la fuente doctrinaria de la ley.

## VI. CONCLUSIONES

En conclusión, considero que, en líneas generales, la regulación que prescribe la ley de procedimientos administrativos se ubica dentro de la buena doctrina, teniendo en cuenta la necesidad de no trabar la actividad administrativa legítima cuya realización aparece cada día con mayor intensidad y vigencia en el Estado contemporáneo.

Entiendo también que ella arbitra criterios que permiten conciliar los derechos individuales con las prerrogativas de poder público que el ordenamiento otorga a la administración.

En particular, estimo que en materia de suspensión del acto administrativo deben realizarse —en la medida en que no puedan ser suplidas con la interpretación— las modificaciones que he señalado precedentemente, en especial, el reconocimiento de la nulidad o ilegalidad manifiesta, como causal obligatoria de suspensión del acto.

## PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD

JOSÉ ROBERTO DROMI

Al exponer sobre el tema *Presunción de legitimidad* me voy a formular los siguientes interrogantes: qué es la presunción de legitimidad; a qué formas jurídicas de la actividad administrativa alcanza; cuál es su razón de ser; qué carácter jurídico tiene; cuáles son los efectos o consecuencias que ella genera y por último, la extensión o alcance de la presunción de legitimidad, es decir si comprende o no a los actos nulos y si abarca a todas las formas jurídicas de la actividad administrativa (actos, hechos, contratos, simples actos, reglamentos).

Por otra parte, si tuviera que definir el Derecho Administrativo diría simplemente: "es el régimen jurídico de la función administrativa". La función administrativa, repitiendo lo que dice Luis Legaz y Lacambra, es para los administrativistas el ombligo de nuestra materia. La función administrativa es aquella parcela de la actividad estatal que no es técnicamente, desde un punto de vista orgánico y sustancial, actividad legislativa, jurisdiccional y gubernativa. Esta concepción, tesis residual que considera como actividad administrativa toda la remanente de la actividad estatal que no es gubernativa, legislativa y jurisdiccional, la comparto adhiriendo a la tesis de Gordillo, aunque agrego la actividad gubernativa como actividad exenta de la actividad administrativa o separada de ella.

Este régimen jurídico de la función administrativa, que en suma es el Derecho Administrativo, está integrado por formas y principios jurídicos. Las formas jurídicas de la actividad administrativa, ellas y sólo ellas son: el acto administrativo, los simples o meros actos de la Administración, el reglamento, los hechos administrativos y los contratos de la Administración o contratos de la función administrativa. Ésas son las únicas formas jurídicas por las que el Estado puede actuar en ejercicio de la función administrativa; no hay otra manifestación, desde el punto de vista jurídico, de la actividad administrativa que no se canalice por alguna de estas cinco enumeradas.

Tradicionalmente se considera que son caracteres del acto administrativo: la presunción de legitimidad, la ejecutoriedad (y Gordillo con buen criterio agrega), impugnabilidad y estabilidad. Estos cuatro caracteres están en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549:

la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria en el artículo 12, la estabilidad en el artículo 18 y la impugnabilidad en los artículos 23 y 24 de la ley citada y artículo 73 de su decreto reglamentario 1759/72. Si bien el legislador no los enumeró de modo congruente, los ha reconocido de modo expreso.

Ahora bien, vayamos con nuestros interrogantes: *¿qué es presunción de legitimidad?* Variadas son las denominaciones que se utilizan, pues en Doctrina se habla de "presunción de legalidad", de "presunción de validez", de "presunción de justicia" y de "pretensión de legitimidad". De estas variadas denominaciones, con la Ley 19.549 no quedan dudas, pues ella le llama *presunción de legitimidad*. Así, estamos determinando un poco el marco de nuestra problemática, porque no hablamos de legalidad que, como bien dice Diez, comprende la legitimidad y la oportunidad. Hago una primera afirmación contundente: no se presume la oportunidad de la actividad administrativa, sino tan sólo la legitimidad. *¿Qué quiere decir presunción de legitimidad?* Quiere decir que la actividad administrativa ha sido emitida conforme al Derecho; que su emisión responde a todas las prescripciones legales o se han respetado las normas que regulan la producción de la actividad administrativa. Pero si precisamos un poco más qué quiere decir la palabra legitimidad, hay al respecto dos variantes doctrinarias. Legitimidad es sinónimo de perfección del acto para algunos y de regularidad del acto para otros. Presunción de legitimidad es presunción de perfección del acto o presunción de regularidad del acto. Yo me inclino por la segunda. Creo que presunción de legitimidad es presunción de regularidad del acto. Que el acto en principio sea regular, quiere decir que si bien básicamente es válido, puede contener algunos vicios y no obstante ser regular. En síntesis, descartamos dentro de esta presunción a los actos que no son regulares y por tanto no son regulares en mi versión (adhiriendo a la tesis de Gordillo) los actos nulos y los inexistentes en quienes creo que existen, aunque sean inexistentes. Categóricamente, presunción de legitimidad es presunción de regularidad, como he dicho. Esta afirmación está avalada actualmente por el artículo 12 de la Ley 19.549, que dice: "el acto administrativo goza de presunción de legitimidad...". Brevemente y sin perjuicio a que ello se tome como una crítica a la ley, puesto que debo enaltecerla por su grandeza jurídica y significación política que tiene para nuestro país, estimo que el verbo conjugado por el legislador no es el más apropiado. El acto no goza sino que el acto "tiene" legitimidad o, en otros términos, se le presume legítimo. Quizás una redacción más perfecta hubiera sido: el acto tiene presunción de legitimidad, al acto se lo presume legítimo o el acto se caracteriza por su a) presunción de legitimidad, b) ejecutoriedad, c) estabilidad, d) impugnabilidad. Pero dejemos estas meras observaciones verbalistas que no hacen ni remotamente a la esencia, para pasar al meollo jurídico de la problemática.

*¿Cuál es el fundamento de la presunción de legitimidad?* Se han dado varios motivos por los que la actividad del Estado o, más propiamente, la actividad administrativa del Estado se presume legítima. No voy a entrar en narraciones de teorías en homenaje a la brevedad,

sino que voy a expresar de modo concreto cuál es mi opinión. La presunción de legitimidad de la actividad administrativa del Estado obedece a dos razones: a motivaciones de orden formal y de orden sustancial.

Las motivaciones de orden formal están dadas por las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos. Esta afirmación de Marienhoff, antes de la vigencia de la Ley 19.549, no era compartida por Gordillo, pero estimo que los argumentos de tan calificados juristas, si bien en aquella época sabiamente formulados, están hoy desactualizados, porque es la Ley 19.549 la que confiere garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación del acto administrativo. Esta ley en cuestión regula la competencia en cuanto se refiere al origen de la actividad administrativa, que a la postre va a resultar manifestada en un acto administrativo. Regula también la preparación de la actividad administrativa e incluye en ella, por ejemplo, el dictamen, entre otras medidas preliminares a la emisión del acto administrativo, y a su vez regla la última parte netamente decisoria que se cristaliza en la ejecución de esa decisión. Estas motivaciones de orden formal que hacen a las garantías subjetivas y objetivas que tenemos los administrados, reitero, están ahora contempladas en la Ley 19.549.

¿Cuáles son las motivaciones de orden sustancial? Como acertadamente afirma Diez, hay que concluir que sólo la ley es fuente de presunción de legitimidad. Y ahora se acabaron las dudas, pues la citada Ley 19.549 es la fuente de presunción de legitimidad del acto administrativo. Autorizada doctrina en nuestro Derecho, seguida por Bidart Campos y Cassagne, entiende además que la presunción de legitimidad deriva del principio o regla de interpretación constitucional que consagra la presunción de validez de los actos estatales. Hemos expuesto así, en una breve síntesis, nuestra segunda problemática que hace al fundamento de la presunción de legitimidad, a su razón de ser, de orden formal y sustancial. De orden formal, las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación del acto y de orden sustancial, la ley habilitante de esa presunción.

La tercera problemática plantea: *¿qué carácter tiene esta presunción?* Indiscutiblemente es una presunción legal relativa, provisoria, transitoria, calificada clásicamente como presunción "juris tantum", que puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto contravierte el orden jurídico. La presunción de legitimidad no es un valor consagrado, absoluto, "juris et jure", sino que es un "juicio hipotético" que puede ser invertido acreditando que el acto tiene ilegitimidad en los casos que sea necesario demostrar o probar, aunque anticipo que en los actos nulos no hace falta acreditar la ilegitimidad, porque no tienen presunción de legitimidad. La trascendencia jurídica del carácter de la presunción está en que importa una regulación normativa en materia de carga de la prueba. La presunción de legitimidad no es un medio de prueba; ella hace a la carga de la prueba como dice Micheli, citado bien por Gordillo que adhiere a la misma tesis. De este modo, la presunción relativa fija una norma, y valga la redundan-

cia, no sobre los medios de prueba sino sobre la carga de la prueba, pues quien invoca lo contrario debe correr con la carga probatoria. En consecuencia y síntesis para este interrogante: la presunción de legitimidad es relativa, provisoria, transitoria, *juris tantum*, y hace, no a los medios de prueba, pues la ley no es medio de prueba, sino a la inversión de la carga probatoria.

En el cuarto interrogante nos interesa dilucidar: *¿qué consecuencias o efectos tiene la presunción de legitimidad?*

Primero: la presunción de legitimidad de los actos que así se presumen, no necesita ser declarada por la autoridad judicial o administrativa. El Estado tiene a su favor la prueba, diríamos, por mandato de la ley. No necesita declarar que su actividad es legítima. Como consecuencia de esta presunción, hay una igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos. Para precisar más, existe una igualación provisional de los actos legítimos (o válidos) e ilegítimos (o anulables nada más).

Un segundo efecto es que la nulidad de los actos administrativos no puede declararse de oficio por los jueces. En esto, la creación pretoriana de la jurisprudencia se aparta de la norma civilista del artículo 1047 respecto de los actos jurídicos privados.

Un tercer efecto es la necesidad de alegar la ilegitimidad. Esta característica es una resultante de otro carácter del acto administrativo: la impugnabilidad. El administrado debe peticionar, invocar o alegar la ilegitimidad en el caso de que ésta exista. Debe cuestionarla por las vías procesales idóneas que la ley autoriza, en sede administrativa, con los recursos administrativos o en sede judicial, con las acciones procesales administrativas.

El cuarto efecto: necesidad de probar la ilegitimidad. La necesidad de probar la ilegitimidad queda reducida, en nuestra opinión, para los actos anulables, no para los nulos, como los estipula expresamente la Ley 19.549 en sus artículos 14 y 17, porque como diré luego, estos actos de nulidad absoluta e insanable a mi entender están excluidos de la presunción de legitimidad en esta ley. Entonces, si no se los presume legítimos, no hay por qué probar lo que realmente son.

Un quinto efecto señala que como consecuencia de la presunción de legitimidad, la ejecutoriedad del acto administrativo no está sujeta a suspensión por interposición de un recurso administrativo o de una acción procesal administrativa. No comparto esta consecuencia jurídica. Estimo que doctrinariamente es conveniente, por variadas razones, que el recurso o la acción procesal interpuesta contra actividad administrativa estatal suspenda la ejecución del acto. Si bien esta opinión no es por todos compartida, adhiero a la tesis de Linares y Gordillo. Además, estimo que doctrinariamente se puede llegar a la interpretación que la Ley 19.549 admite la suspensión de la ejecución como regla general, dado que la fuerza ejecutoria que el artículo 12 confiere al acto administrativo declina en los casos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial.

Este principio de la suspensión del acto administrativo por vía de la impugnación, está consagrado en leyes provinciales, v. gr. la de

Misiones (Ley N<sup>o</sup> 47 del año 1960, art. 51). Y estaba consagrado en el Decreto 17.181/37, art. 76, de la Provincia de Córdoba, que en mi opinión, lamentablemente en este aspecto, fue derogado por la ley provincial 5350 del año en curso, cuyo artículo 87 dice: "los recursos contra las decisiones administrativas, no tienen efectos suspensivos".

Un sexto efecto que emerge de esta presunción de legitimidad es que, como consecuencia de ella, debe admitirse que el instrumento probatorio de los actos administrativos, es un instrumento público. Esta afirmación de Spota, no compartida por Gordillo ni por un pionero trabajo de Bielsa, creo que es errónea. Adhiero a la tesis de Bielsa, que sigue Gordillo en su libro "El Acto Administrativo", pues el hecho que se instrumenta, el acto administrativo formalmente, no le confiere a éste la calidad de instrumento público con los alcances del Código Civil. Además, esa plena fe que establece el artículo 993 del Código Civil, es plena fe de la forma, de la existencia del hecho, pero no del contenido del acto. La plena fe no es suficiente como para acreditar que el contenido del acto es legítimo.

El problema de mayor trascendencia doctrinaria y práctica es el que se refiere a la extensión de la presunción de legitimidad. *¿Cuál es el alcance de la presunción de legitimidad de la actividad administrativa estatal?*

Didácticamente, podríamos hablar de un alcance subjetivo y otro objetivo. Cuando hablamos del alcance subjetivo, nos referimos a todas aquellas personas a las cuales el acto afecta y no invocan la ilegitimidad. Todo aquel que, de una u otra manera, tiene en su patrimonio una afectación jurídica con motivo de un acto administrativo, y no invoca su ilegitimidad, a él justamente lo está alcanzando la presunción de legitimidad. Pero a la inversa, el que alega la ilegitimidad queda exento de este alcance subjetivo. La problemática más difícil viene, no con el alcance subjetivo, sino con el alcance objetivo. En este alcance objetivo debemos distinguir dos aspectos: en primer lugar, solamente los actos administrativos válidos y los anulables se presumen legítimos. Los actos administrativos inexistentes y los nulos, no se presumen legítimos. Y un segundo aspecto: ¿cuáles son las formas jurídicas de la actividad administrativa que se presumen legítimas?, y que refería al iniciar esta exposición, es decir, actos, hechos, simples actos, reglamentos y contratos. Estimo que la presunción de legitimidad sólo alcanza al acto administrativo, a los reglamentos y a los contratos. No se extiende, jurídicamente, con fundamentación normativa en la ley, ni a los simples actos de la Administración ni a los hechos administrativos.

*Veamos, ¿cuáles son los argumentos por los que los actos nulos no se presumen legítimos?*

Primero, combinando el art. 12 con el 14 de la Ley de Procedimientos Administrativos, si bien el 12 dice que "el acto administrativo goza de presunción de legitimidad...", el 14 considera como "...nulo, de nulidad absoluta e insanable..." aquellos en que se afecte alguno de sus elementos. Cuando se afecta, esencialmente, alguno de sus elementos, quiere decir que el acto no tiene regularidad, porque, justa-

mente la regularidad hace a la vigencia de los elementos del acto. Si los elementos están esencialmente viciados, el acto no es regular; si éste no es regular, por ende no se presume legítimo; y si el acto no se presume legítimo, los efectos de los recursos deben ser suspensivos.

Segundo, por aplicación analógica del art. 1046 del Código Civil, se establece para los actos jurídicos privados una presunción de validez en los siguientes términos: "Los actos anulables se reputan válidos, mientras no sean anulados". Esta aplicación analógica, hasta la sanción de la Ley 19.549, creo que mantiene vigencia.

Tercer argumento: si en materia de amparo existían algunas dudas con respecto a la inexistencia de la presunción de legitimidad para los actos viciados de nulidad manifiesta, como ocurrió a partir del caso "Los Lagos S.A." del año 1941, ellas han desaparecido como consecuencia de la ley nacional 16.986, que reglamenta la acción de amparo. Ella procede cuando en forma actual o inminente se lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, los derechos o garantías expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional. Quiere decir que si la acción de amparo procede cuando el acto es de ilegalidad manifiesta, evidentemente, ese acto no se lo puede presumir legítimo.

Cuarto argumento: la interpretación doctrinaria de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, con motivo del fallo "Los Lagos, Ganadera, S.A." que comenté, entiende con un criterio restrictivo, semejante al del Código Civil, que los actos nulos no se presumen legítimos. Esta interpretación es la de Spota con la disidencia de Linares.

Quinto argumento: excluir el principio de presunción de legitimidad de los actos nulos, responde al principio lógico de no contradicción; lo contrario significaría presumir de legítimo lo ilegítimo manifiesto. La nulidad excluye la legitimidad por lógica inmanente al ordenamiento jurídico. Es insalvablemente contradictorio, dice Gordillo, afirmar que un acto deba o no presumirse legítimo, si la persona que se enfrenta con él advierte de inmediato que no es legítimo. De todos modos, la presunción de legitimidad nunca puede amparar al acto administrativo gravemente viciado, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que cierto acto es, lo que manifiestamente no es.

Sexto argumento: las consecuencias prácticas de no presumir legítimo al acto nulo, son sin duda favorables. El administrado tiene derecho a desobedecer el acto administrativo nulo, a no ejecutarlo, pues no le es exigible, dentro de la temática consecuente a nuestra exposición. Y si el administrado se equivoca y no ejecuta un acto que para él es nulo pero que a la postre resulta anulable, cargará con las consecuencias jurídicas de su actitud reticente o de su desobediencia. Además, la Suprema Corte de la Nación, en el caso "Acuña Hnos." de 1962 y algunos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, se pronuncian por la no exigibilidad del acto nulo.

Séptimo argumento: si al acto nulo se lo presume legítimo, a modo de hipótesis, significa que debe tener estabilidad. Compulsando los artículos 17 y 18 de la ley, vemos que el art. 18, que otorga la esta-

bilidad, dice: "el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido...". Pero nunca un acto nulo puede ser regular y en consecuencia, nunca puede ser estable. Además, esto de que el acto nulo no sea regular, no es cuestión mía, es expresión del legislador, pues en el art. 17 dice: "el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad...". Me pregunto: si la ley da un mandato imperativo al administrador por el que debe revocar un acto nulo, porque es irregular, quiere decir entonces que, cuando en el art. 12 in-fine conjugue el verbo "podrá suspender" por nulidad manifiesta, y por otro lado le da el mandato que "debe revocar", con mayor razón aquel verbo debe interpretarse también como "deberá suspender". Estimo que el legislador es congruente y el verbo debe interpretarse de modo extensivo: si el administrador debe revocar, por lógica debe suspender; lo contrario importaría una contradicción insalvable. Estas dos razones de orden jurídico, combinando los artículos 12, 17 y 18, son, en nuestra opinión, las que categóricamente nos permiten afirmar que sólo el acto válido y el anulable (de vicio leve) son los que se presumen legítimos; en otros términos, constituyen un acto regular.

Para concluir, *¿cuáles son las formas jurídicas de la actividad administrativa que se presumen legítimas?*

Reitero. Tenemos actos, hechos, simples actos, reglamentos y contratos. Estimo que con el Derecho Positivo actual, no obstante la opinión en contrario de Manuel María Díez formulada en su tratado anterior a la Ley 19.549, únicamente se presumen legítimos a los actos, contratos y reglamentos administrativos. Sobre eso no hay duda. Ahora digo, ¿por qué excluyo a los simples actos y a los hechos? Porque la presunción de legitimidad es relativa y si es relativa, quiere decir que el administrado debe tener posibilidad, por vía de inversión de la carga probatoria, de probar que es legítima. Me pregunto yo, ¿cómo un administrado puede probar que un hecho o un simple acto de la Administración (por ejemplo, el dictamen) es ilegítimo, si no tiene armas jurídicas para impugnarlo?

Si esa ilegitimidad no la puede acreditar, porque respecto de los simples actos no cabe duda alguna que no existe tutela jurídica para impugnar y acreditar su ilegitimidad, pues el art. 80 del reglamento de la ley (Decreto 1759/72) dice categóricamente: "Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles". Si no son recurribles, ¿cómo puede probar la ilegitimidad? Por ello, presumir la legitimidad de los simples actos de la Administración, significaría una actitud autoritaria, estatista y negativa en última instancia del derecho de defensa y por lo tanto inconstitucional, pues, si la presunción es relativa, debe tener la posibilidad de acreditar la ilegitimidad; y si no puedo recurrir, nunca probé aquella.

Respecto de los hechos administrativos, la afirmación viene por esta vía: generalmente, el Derecho Positivo no confiere acción procesal

administrativa para impugnar en sede jurisdiccional a los hechos administrativos, sino que previamente se requiere la reclamación para obtener, por vía de denegación expresa o tácita, el acto administrativo autorizante de la impugnación. Entonces, al que se presume legítimo no es al hecho, sino que es el acto que emergió del hecho, y además, el art. 9º de la Ley 19.549, aplicable en cierta medida, no admite las vías del hecho como actuación material de la Administración. La tutela del hecho administrativo quedaría limitada a la reclamación administrativa. Dicho esto en grandes pautas, puesto que en cada caso debemos confrontar la legislación vigente. Por estas argumentaciones jurídicas, estimo que el alcance de la presunción de legitimidad se refiere al acto administrativo válido o anulable, no al nulo. Y de las formas jurídicas de la actividad administrativa, sólo al acto administrativo, al reglamento y a los contratos. El hecho y los simples actos no se presumen legítimos.

*¿Por qué se presumen legítimos los reglamentos y los contratos de la Administración?* No obstante las diferencias, muy bien señaladas por Gordillo en un reciente trabajo sobre "Acto, reglamento y contrato", publicado por la Revista Argentina de Derecho Administrativo, el régimen jurídico del acto y del reglamento si bien es diverso, tiene matices idénticos. Además, respecto de los contratos, estimo que también se los debe presumir legítimos, ya que implica una actividad estatal muy asimilable, en cada una de sus partes, al acto administrativo. El art. 7º in-fine de la Ley de Procedimientos Administrativos aplica analógicamente a los contratos las disposiciones de la misma. Es más, en los contratos administrativos o mejor dicho, contratos de la Administración o en la función administrativa, tenemos dos etapas: una pre-contractual y otra contractual propiamente dicha. La primera, regida totalmente por la Ley 19.549, dado que en virtud de la teoría de los actos separables —receptada por las leyes 3909, art. 112 y 3918, art. 2º de Mendoza, sobre procedimiento y proceso administrativo, respectivamente—, el contrato administrativo es resultante de una concatenación de actos administrativos (llamado a licitación, admisión, adjudicación). Esos actos administrativos pre-contractuales se rigen, como ya dije, por la Ley 19.549. Si los actos administrativos pre-contractuales son actos administrativos y se los presume legítimos, ellos deben generar algo, tanto como tienen. Si ellos son legítimos y se los presume tales, y el contrato es fruto de esos actos administrativos pre-contractuales, por carácter transitivo los contratos también se deben presumir legítimos.

# NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

AGUSTÍN A. GORDILLO

## 1. TIPOS DE “NULIDADES” PREVISTOS EN EL DECRETO-LEY 19.549/72

La primera pregunta a resolver en materia de nulidades es: ¿cuántas y cuáles son las categorías que la ley establece o prevé?

Analizando su texto encontramos en primer lugar, muy obviamente, *dos* categorías. Una denominada alternativamente “anulabilidad” o “acto anulable”; otra llamada alternativamente “acto nulo”, “acto de nulidad absoluta” o simplemente “nulidad”. Hablan de “acto anulable” los arts. 15 y 19, y de “anulabilidad” el art. 15. Hablan de “actos nulos” los arts. 14, 17 y 20. De “nulidad” los arts. 14 y 16 y de “nulidad absoluta” los arts. 12, 14 y 17. Creo que no queda duda de que a pesar de la diferente terminología, los respectivos artículos se están refiriendo a la misma situación en cada caso. Es decir, hay una categoría llamada “anulabilidad” o “acto anulable”, y hay otra categoría llamada “nulidad”, “nulidad absoluta”, o “acto nulo de nulidad absoluta”, en términos que van a ser, para la ley, sinónimos.

Queda por determinar si hay o no una tercera categoría. Aparentemente la hay, cuando el artículo 9 habla de las “vías de hecho” —terminología ésta que para varios autores es equivalente a lo que otros, como Dromi o yo, preferimos llamar “actos administrativos inexistentes” o “inexistencia del acto administrativo”. Parecería *prima facie* que esta tercera categoría estaría mentada en ese artículo de la ley, al referirse a las “vías del hecho”; luego veremos si es del caso o no intentar reconstruirla, a pesar de que la ley no la legisla expresamente.

Se trata de ver en estas categorías dos aspectos. Primero, ¿cuáles son las *causas* que originan la aplicación de alguna de ellas? Es decir, cuáles son los *vicios* del acto administrativo que determinan que un acto sea anulable o sea nulo. Luego, cuáles son las *consecuencias* de

haber determinado, previamente, que un acto era anulable o nulo, o en la otra hipótesis, inexistente (o una vía de hecho). Por razones metodológicas creo que es conveniente referirme primero a las *consecuencias* de una u otra categoría y luego a los *vicios* que dan lugar a estas consecuencias. Tenemos el acto válido, en primer lugar; el acto anulable, en segundo lugar; el acto nulo en tercer lugar (nulo de nulidad absoluta), y eventualmente, las vías de hecho o el acto inexistente, con un interrogante respecto a su admisibilidad.

## 2. OBLIGATORIEDAD O EXIGIBILIDAD DEL ACTO.

### PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD. EJECUTORIEDAD.

La primera cuestión es determinar la obligatoriedad o exigibilidad que un acto tenga. La segunda, ya cubierta por el Dr. Dromi, la presunción de legitimidad. La tercera, la ejecutoriedad; la cuarta, la estabilidad. Éstas son, quizás, las cuatro categorías fundamentales, a las que podemos agregar otras tales como la posibilidad de saneamiento *lato sensu* del vicio, los efectos de la extinción (nos referimos a la extinción por razones de ilegitimidad), la autoridad competente para declarar esta extinción por razones de ilegitimidad, y lo atinente a la prescripción.

Yo, al igual que el Dr. Dromi, empiezo por aquello que me parece el eje de la ley. Y es lo de la estabilidad, regulada en los arts. 17 y 18. El art. 17 niega estabilidad al acto nulo. Y *a contrario sensu* el art. 18, en forma expresa, da la estabilidad al acto "regular", denominación dentro de la cual caben tanto el acto válido, por supuesto, como el acto anulable. En ese sentido el precedente del empleo de las palabras "acto regular" y "acto irregular" coincide con la terminología que aquí estamos utilizando. Desde luego, tanto el artículo 17 como el 18 tienen excepciones que están reguladas específicamente en la segunda parte de cada artículo. Pero la regla básica sigue siendo la de la estabilidad del acto anulable y la de la no estabilidad, es decir la revocabilidad, del acto nulo. De la misma manera el art. 14 resuelve, en forma clara, el problema del saneamiento del acto nulo, respecto del cual dice que no es admisible; si es posible el saneamiento del acto anulable. Si hubiera algún vicio, eventualmente insustancial para afectar la validez del acto, también podría entonces ser corregido. Los efectos de la extinción, serán en el caso del acto anulable solamente para el futuro; en el caso del acto nulo, serán retroactivos; ello surge también del art. 14. Vamos a ir un poco más atrás ahora. Tal como decía el Dr. Dromi, si el acto nulo no sólo no es regular, sino que la administración *debe* revocarlo, es evidente que este acto no es obligatorio. Sería totalmente contradictorio afirmar la obligatoriedad de un acto respecto del cual existe el deber administrativo de revocarlo. Por el mismo razonamiento el acto anulable y el acto válido, sí son obligatorios. Respecto de la ejecutoriedad advierto que la ley, al consagrarla, lo hace solamente respecto a

un aspecto: dice "su fuerza ejecutiva faculta a la administración a ponerlo en práctica, por sus propios medios". Es decir, la ley se refiere sólo y exclusivamente al empleo *directo* de la coerción. No se refiere al empleo *indirecto*, es decir a la sanción (por ejemplo multas u otros tipos de sanciones) para lograr que el acto se cumpla. Dentro de este principio de aplicación directa de la coerción por la propia administración para lograr el cumplimiento de su acto, existe todavía un obstáculo legal cuando la misma ley dice que salvo que "por la naturaleza del acto" ello no fuere posible. Precisamente, cuando se afecte la propiedad o la libertad de una persona, que según un viejo fallo de la Corte Suprema es todo lo que una persona puede tener fuera de su vida, no es aplicable la coerción directa. Es decir, la ejecutoriedad se encuentra sumamente restringida en la primera mitad del art. 12, y más restringida todavía en la última parte del art. 12, cuando expresa que la administración podrá suspender esta fuerza ejecutoria del acto cuando el particular alegare fundadamente una nulidad absoluta. ¿Qué quiere decir esto? ¿Que si viene alguien y dice, dando dos o tres razones, que el acto es nulo de nulidad absoluta, como indica la ley, entonces se debe suspenderlo? Aparentemente no. Es decir, el sentido no puede ser que baste que alguien alegue que el acto es nulo, para que entre a jugar el artículo inmediatamente. Además de alegarlo alguien debe el funcionario coincidir *prima facie* en el razonamiento de que el acto es nulo para entonces poder proceder a la suspensión de los efectos del acto. Pues bien, si el juzgamiento de cuándo hay nulidad absoluta, a los efectos de la suspensión, no depende del particular que la alega, sino del funcionario que lo decide, entonces este art. 12 está engarzado ineludiblemente con el art. 17. Si por el art. 17 se debe anular o debe revocarse (de oficio o a petición de parte) el acto nulo de nulidad absoluta, cuando se lo encuentra por lo menos *prima facie* nulo también debe entonces suspenderse. Es decir, parece que realmente ese "podrá" utilizado por la ley en el art. 12 ha de interpretarse (como la fuente por lo demás lo indica, en el texto del Dr. Marienhoff) como "deberá"; interpretación que no es demasiado extraña, porque hay muchas leyes administrativas que han sido, por lo menos en nuestro país, interpretadas de esa manera. Por ejemplo, la ley 12.910 de mayores costos, que en su artículo 6º decía que el Poder Ejecutivo "podrá reconocer" siempre se interpretó como debería o "deberá"; y debió y debe reconocer los mayores costos. Con lo cual entonces resultaría, a mi modo de ver, que la ejecutoriedad no existe para el acto nulo. Y ahora un simple razonamiento de coherencia del sistema nos lleva a la misma conclusión para la presunción de legitimidad. No tendría ningún sentido afirmar, ya que la ley no lo dice por lo demás claramente, que el acto nulo sí va a tener presunción de legitimidad cuando al mismo tiempo no es obligatorio, no es estable, no es saneable y además tampoco es ejecutorio, en el mismo orden de actos. Por lo cual concluyo en que la presunción de legitimidad no le es aplicable dentro del régimen de la ley al acto nulo o *de nulidad absoluta* como ella misma lo llama.

### 3. INEXISTENCIA Y ACTO NULO

En esto entiendo que la ley modifica la jurisprudencia de la Corte a partir del caso de Los Lagos; cambia el sistema existente. Ahora bien, una de las razones por las cuales se podía hablar antes de esta ley de la teoría del acto inexistente, de la inexistencia del acto administrativo o de la vía de hecho administrativa, era precisamente el que no se podía admitir ni tolerar, frente a una conducta de la administración manifiestamente ilegítima, un supuesto deber de cumplir el acto. De allí que, frente a la conclusión jurisprudencial de que el acto se presume válido aunque sea nulo y es ejecutorio aunque fuere nulo, no quedaba más remedio que sostener que si el vicio es muy grosero entonces no se debe cumplir el acto, no se lo debe presumir legítimo, no se puede ni debe ejecutarlo.

En este aspecto, suponiendo tentativamente que admitiéramos la categoría del acto inexistente, no va a haber diferencia con el acto nulo en el presente régimen. Es decir, no va a ser obligatorio, ni tener presunción de legitimidad, ser ejecutorio, o poseer estabilidad, por supuesto, no va a ser seaneable y la extinción será "ex-tunc". Visto hasta aquí, la respuesta sería categórica en el sentido de que no hace falta hablar de una teoría del acto inexistente porque no hay gran diferencia respecto del acto nulo.

Empero, quedan los resabios de lo que uno alguna vez pensó y, en el fondo, a mí me gusta igual que a Dromi la teoría de la inexistencia. Buscando las diferencias entre el acto nulo y el inexistente en el actual sistema, creo que hay algunas. Por de pronto, las excepciones que tiene el art. 17 respecto del acto nulo en su estabilidad, a mi juicio no rigen respecto del acto groseramente viciado. En otras palabras, el acto groseramente viciado, esté o no en vías de ejecución (como dice la segunda parte del art. 17 de la ley), puede a mi juicio ser revocado. Si lo llamamos vías de hecho (como lo hace el artículo 9 de la ley) pienso que la solución es la misma. Entonces tendríamos una primera diferencia, entre lo que se podría llamar actos inexistentes o vías de hecho administrativas, y acto nulo.

### 4. EXTINCIÓN DEL ACTO

De la misma manera, se puede hallar alguna diferencia en cuanto a la autoridad competente y a la prescripción. La autoridad competente para extinguir el acto anulable (ya lo dice el art. 15 de la ley) es la autoridad judicial; el acto anulable no puede ser extinguido por la autoridad administrativa, cuando se da la hipótesis de la estabilidad. El acto nulo, en ciertos casos, puede ser extinguido por la autoridad administrativa y en todos los casos por la autoridad judicial competente, incluso cuando se da la situación de la segunda parte del artículo, es decir, aquella hipótesis de irrevocabilidad administrativa excepcional. Es revocable por la autoridad administrativa cuando se da la situación prevista en la primera parte del artículo 17, es decir, el *deber administrativo*

de revocar. Si bien es muy variable la competencia judicial para extinguir actos nulos y anulables, de acuerdo a las distintas leyes en los diversos órdenes nacional y locales, aparece de todos modos otra diferencia del acto nulo con el acto eventualmente llamado "inexistente". Si algo no existe en el ordenamiento jurídico como un acto, ni siquiera como un acto nulo, ello puede ser constatado como inexistencia de acto y declarado como tal, por cualquier autoridad judicial. El principio de la constatación de la inexistencia de acto administrativo por cualquier autoridad judicial, se podría mantener como otra diferencia del acto llamado inexistente respecto del acto nulo, el cual no puede ser extinguido por cualquier juez, sino sólo por el competente según la materia.

## 5. PRESCRIPCIÓN

En materia de prescripción ocurre lo mismo. Si mantenemos la regla de dos años para el acto anulable, diez años para el acto nulo, tendríamos que mantener el criterio de la imprescriptibilidad para la declaración de que algo no es un acto administrativo, sino que es una mera "vía de hecho". Por supuesto que en esta afirmación de la imprescriptibilidad de la acción para impugnar un acto inexistente, tenemos un serio problema en la ley, cuando ella computa los noventa días para iniciar la acción judicial también a partir de lo que llama vías de hecho administrativas; pero creo que eso no puede funcionar por inconstitucionalidad.

## 6. RECURSOS APLICABLES

En materia de inconstitucionalidad, quizás pudiera haber otra diferencia, en el caso procesal, respecto del recurso utilizable: concretamente, acción de amparo. Pareciera que ya no tiene mucho sentido hoy en día intentar una acción de amparo, en nuestra jurisprudencia, contra un acto administrativo, anulable o nulo. Solamente la grosera o manifiesta irregularidad abre la procedencia de la acción de amparo. Esta grosera o manifiesta irregularidad, es lo que caracteriza precisamente al acto inexistente.

Estimo que en el estado actual de nuestra jurisprudencia procede el amparo contra lo que se podría calificar de vía de hecho o acto inexistente, pero que no procede respecto de lo que se podría llamar acto nulo ni tampoco de lo que se podría llamar actos válidos y anulables. Si esto fuera así, habría algunas razones para sostener eventualmente la categoría de la inexistencia.

## 7. EL SISTEMA LEGAL DE NULIDADES

De todas maneras, esta discusión es un poco académica. Lo que más interesa es que la ley, al modo de ver de alguno de nosotros, con-

sagra un sistema coherente en nulidades. Es decir, un sistema en el cual el acto llamado nulo no tiene obligatoriedad o exigibilidad, ni presunción de legitimidad, ni ejecutoriedad. Tampoco tiene estabilidad. Es revocable por la administración, y no es saneable el vicio de que adolece. Los efectos de la extinción son efectos retroactivos y no constitutivos. Si esto llegara a interpretarse de la forma en que algunos lo estamos haciendo, creo que la ley consagra un claro avance en materia política. Considero que el derecho administrativo, como conflicto entre individuo y Estado, es fundamentalmente un conflicto entre libertad y autoridad. Y no podemos dejar de tener presente ese conflicto. Es decir, lo que digamos respecto de la ejecutoriedad, presunción de legitimidad, etc., de un acto administrativo, es también, al mismo tiempo (lo veamos o no lo veamos), una definición política. Y, en ese sentido, pienso que un país que busca "institucionalizarse", y llegar a un régimen de vida democrático, debe entre otras cosas democratizar su régimen jurídico-administrativo. Es decir que para mí esto tiene además una importancia política y axiológica bastante significativa. Admitir la presunción de legitimidad, obligatoriedad, ejecutoriedad, etc., del acto nulo, era un retraso en el progreso político-jurídico. Negarlo, es un avance y como tal debemos adoptarlo.

#### 8. LOS VICIOS QUE ORIGINAN LAS NULIDADES. LOS ELEMENTOS DEL ACTO

Otra cuestión es referirse a cuáles son los vicios que dan lugar a estas consecuencias jurídicas que estamos llamando validez, anulabilidad, nulidad, inexistencia. Esto se vincula a su vez con los llamados elementos o requisitos. En esto hay que ser sumamente práctico y no discutir cosas que realmente no tienen consecuencias jurídico-prácticas. Por lo tanto, si alguna vez dije que el acto administrativo tiene cuatro elementos, es intrascendente mantenerlo o abandonarlo. El acto administrativo tiene los elementos que más o menos surgen de la ley. La discusión no tiene mayores consecuencias jurídicas. Por lo tanto, pasaré a decir que el acto administrativo tiene los elementos o requisitos que el artículo 7º indica: competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, fin; el art. 8º y el 14º agregan, como ya lo dijo la Dra. Gallo de Pompone y el Dr. Zelaya, la forma. Nos queda el planteamiento de la Dra. Gallo de Pompone en su brillante exposición, de si la voluntad es o no un elemento del acto administrativo. Aclaro que para mí esto tiene solamente valor práctico y didáctico, y sin entrar en la discusión entonces, creo que a la voluntad vale la pena mencionarla, porque aclara algunas ideas.

La única objeción que este enfoque tiene es que resulta un poco largo: son ocho elementos; es un pequeño esfuerzo de memoria. Pero un esfuerzo en el cual nos va a ayudar la ley, que con mayor o menor claridad nos da, seis en forma taxativa en el artículo 7º, uno más en el art. 8º, y el octavo en el artículo 14º. Ahora bien, aquí me enfrento radicalmente con la ley, en cuanto a su interpretación. Ella trata evi-

dentamente de clasificar estos elementos y sus vicios, considerando al parecer cosas distintas los vicios, los elementos, y los requisitos.

### 9. LA VALORACIÓN DE LOS VICIOS

Pienso que esto no puede funcionar así, porque no ha funcionado nunca en ninguna parte del mundo. Siempre hay una valoración de los hechos del caso; el abogado o el juez primero estudian el expediente, y ven qué pasó, después empiezan a analizar los remedios jurídicos y a decidir. Esto lo ha hecho cualquier juez, desde el siglo pasado, cuando resuelve un caso. De allí que la *importancia real en el caso concreto* del vicio de un acto, o de un "elemento" o de un "requisito", será lo que va a determinar la consecuencia jurídica que al mismo se le haya de aplicar. Para mí, todas las posibilidades están abiertas. Por supuesto algunas podemos ir las eliminando, pero son muy pocas. Podemos así decir que el acto que no está motivado, no alcanza por ello a ser inexistente; sería demasiado gruesa tal conclusión. Pero, quizás, el acto que no tenga ninguna motivación, puede ser un acto nulo.

Si el acto tiene argumentos o fundamentos muy escuetos o débiles, puede ser anulable; si tiene varios argumentos, aunque débiles, a lo mejor el acto es en ese aspecto ya válido. A pesar de que no me guste la motivación o fundamentación, diré en tal caso que se trata de una fundamentación débil, pero que no creo que afecte la validez del acto por sí misma.

De la misma manera ocurre con la forma, y coincido con el Dr. Zelaya en que la falta de firma no es un vicio de forma, sino la falta de voluntad administrativa y por tanto un caso de inexistencia de acto administrativo.

Ya el Dr. Zelaya también lo dijo, que si ese vicio de forma es sobre el tiempo, no tiene importancia, salvo que se trate de la *competencia* en razón del tiempo. El vicio en virtud de la indicación errónea o inexistente del lugar, no tiene importancia; salvo, otra vez, que se trate de la *competencia* en razón del lugar. De modo que el vicio de forma puede dar lugar tanto a la nulidad, la anulabilidad, como a la validez del acto. En esto discrepo anticipadamente con el Dr. Escola que va a hablar mañana. Yo creía que se trataba de un error de la ley, cuando en el art. 15 habla de que una omisión intrascendente da lugar a la anulabilidad del acto en sede judicial; porque si la omisión es intrascendente, bien lo dice Marienhoff, no puede por lo tanto trascender y afectar la validez del acto. Pero luego, leyendo el libro del Dr. Escola, vi que lo dice expresamente, y critica a los que decíamos que ciertos vicios intrascendentes, no afectan a la validez del acto.

Pues bien, no es un error, es un criterio concreto del legislador, que estimo con todo que no puede aplicarse. Si se comete un pequeño error de forma, que podemos calificar de intrascendente, lo diga o no lo diga la ley, ese acto va a ser válido en su funcionamiento en el orden positivo de cualquier país del mundo; lo mismo ocurrirá con los demás elementos. Quizás también quepa decir lo mismo, entonces, del

procedimiento, de la ausencia de los trámites sustanciales y esenciales previstos por el ordenamiento jurídico, tal como habla el inciso *d* de la ley, es decir, el acto dictado sin dictamen jurídico, o sin audiencia del interesado. ¿Puede ser una vía de hecho o un acto inexistente? La respuesta es que no; es un acto a lo sumo nulo. Y si se oyó más o menos a la parte, o se la oyó bien, pero no hay dictamen jurídico; o falta o está viciado en alguna parte de los otros elementos, podría ser anulable. Y si hay dictamen jurídico, aunque malo, a lo mejor cabe decir que el acto es válido, aunque el dictamen sea débil o insuficiente. Lo mismo será aplicable a los demás elementos o requisitos del acto, con todas las variantes que cada autor quiere introducir: analizar dentro del fin la proporcionalidad; o dentro del fin la desviación de poder; o dentro de la causa, establecer en qué manera ella determina el objeto del acto.

Lo mismo es aplicable para los demás elementos: competencia, causa, objeto, etc. Respecto de la competencia, vale la pena hacer una crítica a la doctrina española, que intenta también clasificar las competencias, es decir que algunas incompetencias den lugar a la nulidad absoluta, y otras a la anulabilidad. La experiencia prueba que no, incluso la de la propia legislación española funcionando en la práctica, por ejemplo. Respecto de la competencia, ya hay jurisprudencia en muchas partes del mundo; incluso la competencia en razón del lugar, aquella que es clara, inequívoca, da lugar a una apreciación fáctica: si me corro cinco centímetros fuera de mi espacio o ámbito territorial, mi acto será igual válido; dependerá de cuánto me he corrido. Lo mismo en el tiempo, me he excedido dos minutos en el tiempo que se me ha asignado y espero que esto no sea acto nulo de nulidad absoluta, a pesar de la ley y del autor mencionado. A lo sumo será una omisión intrascendente...

# LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

GUSTAVO A. REVIDATTI

*I. Determinación. - II. El órgano administrativo. - III. Cuál es "órgano administrativo". - IV. Objetividad de la actuación de la administración. - V. El "interesado" en el procedimiento administrativo. - VI. Las diversas posibles partes interesadas. - VII. El simple interés. - VIII. El interés legítimo. - IX. El derecho subjetivo. - X. La capacidad procesal - XI. Personas individuales y colectivas. Públicas y privadas. - XII. La representación. Los sindicatos. - XIII. Deberes y derechos. - XIV. Principios que inspiran el procedimiento administrativo. - XV. De la administración. - XVI. De los particulares. - XVII. Conclusión.*

## I. DETERMINACIÓN

Las partes que intervienen en el procedimiento que analizamos son: de un lado un órgano administrativo; la o las personas administradas interesadas en el acto que mediante ese procedimiento tiende a dictarse, de otro.

## II. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

Aun sin entrar al debate de si el decisor jurisdiccional (es decir el juez en el procedimiento judicial) es o no parte, no puede negarse esa calidad al órgano administrativo ante el cual se peticiona, puesto que él actúa en nombre de la administración en cuyo favor o perjuicio (o de sus administrados), al mismo tiempo, debe resolver una buena medida; por eso, frecuentemente, la administración impulsa y sigue al procedimiento de oficio, sin necesidad de petición de "interesado" pues su propio interés es suficiente para ello.

## III. CUAL ES EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

En nuestro concepto, los principios que rigen el procedimiento administrativo —no la ley 19.549, por supuesto— deben aplicarse cualquiera sea el Departamento —o Poder— del Estado al cual pertenezca

el órgano que lo realice, pero, obviamente, cada legislación contempla esto con la mayor libertad, pues en este aspecto más que en ningún otro, el Estado tiene discrecionalidad para legislar: se trata aquí de su auto-organización.

Debemos recordar, entre tanto, que en principio no es uno sino que son varios los órganos que intervienen en el procedimiento, pues el acto final es consecuencia frecuentemente, de actos y dictámenes anteriores: no es, generalmente mediante actos aislados, sino mediante “constelaciones de actos”, como actúa la administración.

Cada uno de estos órganos intervinientes tiene distinta facultad y, por lo tanto derechos, según lo que establezca la reglamentación respectiva, conforme a la función que en la formación del acto debe cumplir. Resulta prácticamente imposible detenerse en cada aspecto o hipótesis del procedimiento por el casuismo que implicaría, dado la cantidad de actos preparatorios que pueden realizarse: dictámenes, informes, verificaciones, registraciones, etc. Todo lo que se refiere a la exacta determinación de si la causa existe y de si se dispone de los medios necesarios para satisfacerla, son las cuestiones que se encargan a los órganos intervinientes, que según las funciones que les competan deberán ser o no considerados como “partes”.

Sin embargo, un aspecto trascendente en esta etapa, y al que por eso destacamos, es el que corresponde a los órganos burocráticos de asesoramiento en los que participan los administrados, aquellos que aun siendo titulares sólo de intereses simples, sin embargo lo tienen en una relación más cercana a sus intereses objetivos o subjetivos.

La participación de ellos es similar —en un aspecto— a la de la administración, pues sin dejar de ser interesados, deben, sin embargo actuar con “objetividad”.

Esta participación, no obstante, no suple la que corresponde al particular en cuanto legítimo interesado o titular de derecho subjetivo y, por lo tanto, en principio y en ciertos casos, ello hace que un administrado que es parte en un procedimiento no pueda al mismo tiempo integrar los órganos burocráticos consultivos.

#### IV. OBJETIVIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

De forma, pues, que lo más destacado en el procedimiento, es el órgano administrativo, pero su situación, como con tanta lucidez lo plantea Garrido Falla, presenta la particularidad de que aun siendo parte, lo es —sin embargo— sin tener interés particularizado.

Su interés es siempre el de la administración y por ello es lamentable ver cómo algunos órganos a veces actúan —realmente—, sobre todo en las etapas de revisión, defendiendo sus propios actos y no el interés general. La administración no está para defenderse ella misma, sino para atender las necesidades cuya satisfacción se le ha confiado.

## VI EL "INTERESADO" EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Si no genera mayores dificultades —desde este punto de vista— establecer cuál debe ser considerado "órgano administrativo", distinta es la situación respecto de los demás intervinientes en el procedimiento.

Las soluciones posibles son varias, que van desde la del antiguo derecho, donde el administrado no tenía participación en los actos que concurrían a formar la voluntad administrativa, como no podía tampoco reclamar luego contra lo que se hubiere resuelto; hasta algunos sistemas —más parciales que totales— que obligan a dar un cierto tratamiento aun a quien sólo invoca un interés simple, sólo denunciante o peticionante (si no se lo tiene como "parte" al menos se le dé algún conocimiento de lo sucedido) pasando por supuesto, por los casos en que la intervención sólo corresponde al titular del derecho subjetivo, o también a quien invoca un interés legítimo con las combinaciones y especificaciones que un detalle más exhaustivo dejaría ver.

La Ley Nacional 19.549, que establece las reglas a las cuales debe ajustarse el procedimiento ante la administración nacional, desde su primer artículo, habla del "interesado" como sinónimo de "parte".

El Profesor Bielsa decía que la "expresión 'parte interesada' es muy genérica o comprensiva y, por eso mismo, algo imprecisa". "Las expresiones demasiado latas —agregaba— tienen la ventaja de permitir a la legislación mayor esfera normativa", siendo de ese cuño la expresión "parte interesada", que comprende varias posibilidades, por lo que determinar su alcance es de la mayor importancia.

Para la Ley 19.549, "parte" es quien alega derecho subjetivo o interés legítimo.

Sin embargo ello no significa que el simple interesado no pueda ocurrir también ante la administración, con sus pretensiones o reclamos, pero sin asumir el rol de "parte".

Eso le está asegurado por el art. 14 de la C. N.; en la Ley 19.549 puede decirse que se contempla este derecho, por ejemplo, en el art. 1 apartado "e" inc. 6º y en el decreto reglamentario, en el art. 70.

### VI. LAS DIVERSAS POSIBLES "PARTES INTERESADAS"

De manera que, en principio conforme a lo que hasta este momento llevamos dicho, son "partes" en el procedimiento quienes alegan derecho subjetivo o interés legítimo; pero se escucha también, y sobre esto volveremos después, a quien alegue derecho simple.

O sea que lo referente a la cuestión de quiénes pueden ser tenidos por "parte" en el procedimiento administrativo, se resuelve mediante el estudio de tres categorías de posibles participantes; además del órgano decisor, por supuesto.

## VII. EL SIMPLE INTERÉS

En primer lugar, encontramos a quien alega "simple interés", es decir la sola preocupación de que se cumpla la ley, sin invocar que de ese cumplimiento pueda derivar un beneficio más concreto para él.

Si se le admite el derecho de petición y de hacer ciertas presentaciones no es, en general, tenido por parte en el procedimiento administrativo como no lo es tampoco en el judicial.

Sin embargo es bueno recordar que el Congreso de Derecho Procesal reunido en 1971 resolvió: "Que es necesaria y oportuna la ampliación del régimen constitucional y legal de lo contencioso administrativo de anulación... (a efectos de) ...ampliar el derecho a peticionar la anulación de normas o actos administrativos a los particulares, integrantes de la comunidad dependiente de la autoridad de la cual emanaron aquéllos, limitado a la causal de ilegalidad concreta del acto, incluyendo desviación de su finalidad, comprobada por medios fehacientes... (aunque, claro está) ...sujetando su cumplimiento a condiciones que deberán ser estricta y taxativamente establecidas entre las que se puede admitir un organismo intermedio de admisión".

No seríamos leales con lo entonces sostenido y sobre todo con lo que hoy mismo pensamos si no sostuviéramos que lo que creímos conveniente propiciar para la sede judicial, es igualmente necesario en sede administrativa: la extensión de la participación debe ser cada vez mayor, pero cuidando de evitar abusos.

El procedimiento sugerido por el mencionado Congreso, da, sin duda justa satisfacción a los dos principios básicos que debe inspirar el procedimiento administrativo, puesto que permite un mayor control de legalidad, pero sin entorpecer la necesaria eficacia para la solución de los problemas colectivos.

En la actualidad cuando de manera directa o indirecta, a quien tiene simple interés se le admite intervención, su participación en el procedimiento es muy menguada y se limita a procurar la intervención de quien realmente puede asumir la calidad de parte, a que se tengan en cuenta ciertos hechos o derechos. No puede, por eso, interponer recursos, obtener vistas, asistir a la recepción de pruebas, etc.

## VIII. EL TITULAR DE INTERÉS LEGÍTIMO

En segundo lugar, encontramos a quien alegue un derecho legítimo, es decir, quien invoca que del cumplimiento o no de ciertas normas objetivas, surgirá o no modificación en la esfera de sus derechos subjetivos.

La cuestión es aquí más compleja, pues varios aspectos deben ser destacados. En primer lugar, que quien tiene un derecho legítimo es, a veces, parte, con plenitud de participación, en el procedimiento administrativo, pero no puede, sin embargo, llevar esos mismos planteos a la órbita judicial. Tal sucede donde lo contencioso sólo admite la acción subjetiva y no la objetiva.

En segundo lugar, el problema que puede surgir de la complejidad que el procedimiento administrativo puede alcanzar, cuando son muchos quienes tienen en él derechos legítimos, lo que es frecuente en las licitaciones, concursos para adjudicar algunos bienes o realizar ciertas designaciones. En tales casos parece claro que todos deban tener adecuada participación, pero sin que para otorgarla puedan admitirse tramitaciones que en definitiva lleven a las actuaciones a una lentitud que afecte la finalidad del procedimiento administrativo.

Lo propio se crea, claro está, en los supuestos de conexidad de causas, es decir cuando dos interesados piden la misma o excluyente cosa.

En este punto, es frecuente que la autoridad administrativa caiga en uno de los vicios que el procedimiento tiene por finalidad evitar: o da una tan amplia y descontrolada participación a los interesados, que en definitiva la cuestión queda sin solución, o actúa en forma demasiado autoritaria, desconociendo derechos de los que no pueden ser privados los particulares. Parece como si ignorase, a veces, que para estos casos puede utilizar el término común con notificación simultánea.

El derecho, la obligación, mejor dicho, que tiene la autoridad administrativa de dirigir el procedimiento, llegando incluso a disponer la unificación de personerías, debe ser, por ello, en éstos —aun más que en otros casos— cuidadosamente atendido y particularmente cumplido.

## IX. EL DERECHO SUBJETIVO

En tercer lugar encontramos a quienes alegan derecho subjetivo, cuestión que, para nuestro tema, no ofrece dificultad.

## X. LA CAPACIDAD PROCESAL

Si, según sea o no titular de alguno de los grados de derechos que antes mencionamos, se podrá o no ser admitido como parte, para determinar si concretamente pueden serlo en un procedimiento determinado, debe recordarse que dos aspectos se distinguen en lo que hace a la capacidad: la posibilidad de ser titular de cierto derecho, y la de poder defenderlo.

En lo que interesa a nuestro tema, esta cuestión se resume en dos preguntas: ¿Quién puede tener capacidad procesal? ¿Cómo puede, quien la tiene, actuar en el procedimiento?

Respecto del primer aspecto —la capacidad para estar en el procedimiento, directamente o por representante— constituye el desarrollo de la capacidad de obrar del derecho sustancial. Por lo tanto, toda vez que la persona tenga reconocida capacidad de obrar en materia determinada, tendrá correlativamente el derecho de ser admitido como parte para reclamar en relación a los derechos que la norma sustancial le permita ejercer.

Entonces, para responder a la pregunta respecto de quién puede ser admitido como parte en el procedimiento administrativo, debemos remitirnos al problema de quién tiene capacidad de obrar otorgada por el derecho sustancial.

Si se admite la autonomía del Derecho Administrativo respecto del Derecho Civil, lo que es aceptado, al menos en este tema, incluso por el propio Vélez en la nota del art. 128, debemos concluir que ésta es materia no delegada y respecto de la cual, entonces, cada ordenamiento puede establecer sus propias reglas, siempre que con ellas no se afecten principios adoptados en la legislación nacional, en materia que a ésta le es propia.

Esto, sin embargo no es fácil de encontrar, y, por lo tanto, en principio, son aquí de aplicación las normas que establece el Cód. Civil sobre la capacidad de obrar.

## XI. PERSONAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS, PÚBLICAS Y PRIVADAS

Por supuesto que es forzoso recordar aquí las distintas clases de personas, individuales o colectivas, públicas o privadas, que el ordenamiento jurídico contempla.

Respecto de las personas privadas, sólo creemos conveniente recordar que, en principio, a los 21 años tiene capacidad de obrar; pero ya a los 18, según el art. 128 C. C. se la tiene para celebrar contratos de trabajo y ejercer profesiones, como así para administrar los bienes que se adquiera con el producido de esas actividades; el 283 C. C. dice —mientras— que desde la misma edad (18 años) se lo presume autorizado para ejercer empleo público.

La redacción de estos dos artículos —digámoslo de paso— urge definir si el “empleo público” es o no *contrato*, pues según sea una u otra la solución, el régimen es distinto.

Debemos, luego, señalar la situación de los órganos o entes administrativos que pueden resultar afectados o interesados por las resoluciones administrativas.

En ciertos ordenamientos el órgano administrativo que tiene a su cargo principalmente una función, puede recurrir contra los actos que se dictan en contra de lo por él mismo resuelto, cosa que no es admitida entre nosotros.

El Decreto 1759/72 se refiere a este tema en dos artículos, principalmente: en el 3 al hablar de la iniciación de los trámites, establece que ello puede hacerse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo. Y en el 74, al referirse a los sujetos que pueden deducir los recursos administrativos contemplados en la ley o en la reglamentación, establece que los organismos administrativos subordinados por relación jerárquica no podrán recurrir los actos del superior, ni los entes autárquicos de los actos administrativos de otros de igual carácter ni de la administración central, sin perjuicio de procurar al respecto

un pronunciamiento del Ministerio en cuya esfera común actúen o del Poder Ejecutivo, según el caso.

Tenemos, pues, en primer lugar, al órgano administrativo. Él, cuando tenga por la ley atribuida competencia, debe tener intervención en el procedimiento, o aun puede iniciarlo o pedir su iniciación pero no es parte "interesada", y, mucho menos, puede interponer recursos. En éste nuestro análisis él está totalmente comprendido dentro de la esfera donde actúa el otro sujeto de la relación: el órgano decisor, con sus dependencias de asesoramiento e información.

En segundo lugar, tenemos los entes autárquicos de un lado, las otras personas públicas por otro.

Respecto de los primeros no queda duda en la ley Nacional: si son partes, hasta el primer acto, no pueden en cambio interponer recursos.

Esto, sin dudas, parte de un supuesto: que el acto es dictado por un órgano con ubicación similar dentro del orden jurídico a aquel que tiene la representación del ente autárquico, lo cual, sin embargo, no está dicho en la Ley. Si así no se interpreta, resultará que órganos superiores en el complejo administrativo se verán obligados por criterios de funcionarios inferiores, lo cual no es lo conveniente en la organización administrativa. Debiera admitirse, pues, que un ente autárquico debe ver resueltas sus pretensiones por órganos de igual o superior categoría, los que, en consecuencia deberán avocarse a la resolución de las cuestiones cuando un ente administrativo sea parte.

En cambio, no impide la ley que otras personas públicas sigan los procedimientos hasta las instancias finales.

En efecto, sólo a los entes autárquicos refiere la reglamentación, por lo cual no aparecen comprendidos, al menos según distinción bastante utilizada, otras empresas que son del Estado o en la que él tiene importante participación, u otras personas públicas.

## XII. LA REPRESENTACIÓN

Cada una de esas personas, entre tanto, puede actuar directamente o por representante en el procedimiento.

El art. 1.870 inc. 6º C. C. establece que las disposiciones del "Título del Mandato" de dicho Código son aplicables a las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan las disposiciones del Cód. de Procedimientos.

De forma que Vélez sancionó una norma que ha sido bien calificada como supletoria, pues siendo una materia en principio local la incluyó en una Ley Nacional creando un supuesto no previsto por la Constitución, que sólo admitía lo contrario, respecto de la delegación del art. 67 inc. 11: hasta tanto no se ejercitase por la Nación la facultad allí delegada, la podían usar las provincias.

La norma no fue —sin embargo— cuestionada y eso porque un principio de sentido común lo hacía aconsejable.

Entonces, por el principio de que las leyes valen aun siendo inconstitucionales hasta su declaración como tales, o porque la costum-

bre hizo obligatoria una conducta que una ley indebidamente regulaba, lo cierto es que, para los procesos judiciales se admitió el criterio de Vélez. El Cód. Civil es ley supletoria en tanto no haya ley provincial.

Con posterioridad, en esta materia, la cuestión quedó prácticamente solucionada en sede judicial, por el tratamiento que hacen los Códigos Procesales; y, como corolario se solucionó también para el procedimiento administrativo, pues la Nación y las provincias tienen leyes específicas o al menos normas análogas en su propio Derecho Público que son precisamente las de los Códigos de Procedimientos Judiciales.

Creemos que, por la naturaleza de la cuestión, a falta de ley expresa debe estarse a la manera más económica —en todo sentido— de acreditar representación, pues ése es el principio que rige en materia administrativa, aceptado por ello en diversas reglamentaciones, entre ellas el Decreto 1759/72 en sus arts. 32 y 33.

Ofrece importancia, en este tema, la posible intervención de los sindicatos:

La Ley 14.445 establece claramente en su art. 16 que la asociación profesional más representativa tendrá el derecho exclusivo de defender y representar ante el Estado los intereses profesionales.

Él, pues, debe ser admitido como parte —en defensa del interés gremial— en el procedimiento administrativo hasta sus últimas instancias, y, en consecuencia, con el reclamo por él hecho se llega al agotamiento de la tramitación administrativa, quedando expedita la vía judicial.

Estimamos que esto debe ser especialmente recordado por la trascendencia que tiene la reclamación administrativa previa en el contralor jurisdiccional de la administración.

### XIII. DEBERES Y DERECHOS

Nos resta por ver lo relativo a los deberes y derechos de las partes en el procedimiento.

Evidentemente un tal tratamiento no puede ser hecho in-extenso en esta oportunidad, y por ello estimo más conveniente señalar los principios de los cuales ellos se deducen.

Sabemos que, en algunos casos el Estado actúa sometiéndose a las normas de derecho privado y que en otros, en cambio, es autorizado a hacer uso de la fuerza pública. Ello hace que el procedimiento al cual él debe someter su actuación en uno y otro caso debe ser —en principio— distinto, pues cuando actúa en pie de igualdad con los particulares, lo hace creando normas similares a las que éstos crean; en el otro en cambio, esas normas son distintas.

Ambas tienen comunes elementos, pero, los tienen distribuidos de distinta manera, o una de ellas tiene otros más, sumados a los primeros.

En el primer caso hay una obligación aceptada, por ello una conducta exigible y en caso de no cumplimiento, un juicio por juez imparcial que, finalmente, impone o no el cumplimiento.

En el segundo, en cambio, hay dos posibilidades, ambas diversas

que la anterior: que haya una obligación aceptada o sólo una obligación impuesta, pero un mismo resultado: que en caso de incumplimiento se obliga directamente —o previo un procedimiento especial— a cumplir y sólo después —mediante un procedimiento distinto del previsto para las cuestiones de derecho privado— se juzga si la obligación que imperativamente se hizo cumplir, existía o no.

Esta diferencia tiene consecuencias muy grandes, puesto que de ello resulta que en un caso la libertad y los derechos de los particulares están resguardados al máximo por la propia naturaleza de las cosas; y, en el segundo, en cambio, no. En este caso ellos pueden ser obligados a cumplir o privados de disfrutar, conductas muy importantes, aunque luego, en supuesto de injusticia, pueden obtener reparaciones.

Si la protección integral que únicamente puede garantizar un juez imparcial sólo se otorga frecuentemente en este segundo supuesto, luego de cumplida la voluntad administrativa, y no parece posible —al menos por ahora— modificar eso, pues la anarquía se infiltraría en la sociedad, es indispensable, de un lado, procurar que cuando la voluntad administrativa se manifieste, se hayan valorado adecuadamente los elementos y razones existentes; de otro, que el pronunciamiento se produzca en tiempo adecuado.

#### XIV. PRINCIPIOS QUE INSPIRA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Estos dos principios son los que inspiran el procedimiento administrativo —denominación que reservamos, por eso, sólo para este tipo de actuación del Estado y no para la otra que hemos mencionado— y de los cuales, entonces, deben deducirse los demás: lo que se intenta es que la administración —cuando actúe en la zona donde tiene concedida la posibilidad de utilizar directamente el poder— valore todas las razones de hecho y derecho que deberán atenderse para que su actuación sea correcta, pero que ese proceso de determinación de su voluntad, no le insuma tanto tiempo como para que en definitiva, la actuación sea tardía.

Entonces, cada parte tiene la suma de potestades o derechos adecuados para procurar que la verdad sea hallada en un procedimiento que tiende a garantizar contra la arbitrariedad administrativa, sin lesionar, sin embargo, la eficacia que esa labor debe alcanzar, y que sólo mencionaremos, ya para terminar, en líneas generales y comprensivas.

#### XV. DE LA ADMINISTRACIÓN

Según hemos dicho antes, la administración es al mismo tiempo interesada y decisora por lo cual no pueden distinguirse para ella entre deberes y derechos. En verdad lo que la ley faculta a la administración a hacer —derechos— es obligatorio por ello hacerlo —deberes— cuando es el caso contemplado.

A ella corresponde:

A) Iniciar de oficio las actuaciones que estime necesarias, seguir las iniciadas por los particulares aun mediando desestimiento de éstos, y, en ambos casos, impulsar el procedimiento hasta su conclusión. Los dos últimos salvo en casos excepcionales.

B) Utilizar el poder que le es conferido para obtener celeridad, eficacia, economía, sencillez y veracidad en los trámites. No debemos olvidar que estamos en el campo en el cual el Estado ha sido autorizado a utilizar su poder, y, por lo tanto, esto tiñe de color especial el procedimiento.

C) Asegurar la imparcialidad de los pronunciamientos, lo que significa contemplar los casos en que el agente debe excusarse o debe ser separado del entendimiento de una cuestión.

D) Facilitar al interesado la defensa apropiada de sus derechos. Esto no puede reconocer otra limitación, aunque ella es muy importante, que la que surge de la necesidad de que no se entorpezca la labor administrativa, ni se perjudique a otros administrados. Estas pautas enmarcan el derecho de defensa, que toda vez que un derecho subjetivo o legítimo esté en juego debe ser reconocido para los posibles afectados, con la amplitud que permita lo antes dicho.

## XVI. DE LOS PARTICULARES

Para el particular, en cambio, deben sí distinguirse deberes y derechos:

Su deber y derecho fundamental —de los que derivan todos los demás— son, respectivamente: no entorpecer el procedimiento y que la verdad que invoca sea buscada.

En consecuencia, tiene los siguientes derechos:

a) A ser oído, lo que significa tener oportunidad de alegar derecho y hechos, probar estos últimos, y que en la decisión se haga mérito de ellos, lo cual, claro está, debe quedar consignado en la motivación del acto.

b) A que para eso se le den las máximas facilidades, lo que integra lo que en la terminología administrativa se llama "informalismo".

c) A que la administración le preste su auxilio, en lo que le es posible, para la comprobación de los hechos. El art. 50 del Decreto 1759/72, ha olvidado verdaderamente este principio.

d) A que se dicten los pronunciamientos en términos y a que dictados —y esto suele ser olvidado— se ponga en ejecución lo resuelto.

Sus deberes, entre tanto, son:

a) Facilitar los procedimientos; y

b) Aportar todos los elementos que sean oportunos para la correcta resolución de la cuestión planteada.

## XVII. CONCLUSIÓN

Finalmente, pues, podemos decir que el procedimiento administrativo debe admitir como parte a todo quien alegue derecho suficiente, otorgándole las más amplias posibilidades de demostrar sus razones y derechos; que todo quien es admitido como parte, cuando intervenga en el procedimiento, lo debe hacer teniendo en miras que si su interés particular está en juego, él no puede, sin embargo, anular el de los demás, que la administración defiende; como ésta debe recordar que el Estado que integra es sólo un modo de ser del hombre, que es lo esencial.

Cuando las dos partes del procedimiento, administración y administrados, comprendan cabalmente que él se sigue para lograr un justo equilibrio entre libertad y orden, y actúen en consecuencia, se habrá conseguido establecer un presupuesto que es fundamental para que el Estado, cada vez más poderoso y más necesario, alcance a cumplir sus fines generales sin sacrificar los derechos particulares.

# LEGITIMACIÓN PARA SER PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

MARÍA GRACIELA REIRIZ

## I. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (L. P. A. Reg.), aprobado por Decreto N° 1759/72 y que ha entrado en vigencia el 25 de agosto de 1972, preceptúa en el art. 3° de su Título I: “El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, *que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo*; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo. También tendrán ese carácter aquellos a quienes el acto a dictarse *pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos* y que se hubieren presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente.”

A esta norma genérica, referida a todo trámite administrativo, corresponde otra especial del Título VIII (el art. 74) que, al determinar los *sujetos de los recursos*, preceptúa: “Los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen *un derecho subjetivo o un interés legítimo*”.

Sobre la base de estas dos pautas generales, toda vez que este cuerpo normativo nacional menciona a “interesados” o “partes interesadas” en el procedimiento administrativo, se refiere a los titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

Para que sea admisible la petición o intervención de una persona en el procedimiento administrativo no basta que tenga capacidad. Se exige algo más, una aptitud especial que se conoce con el nombre de “legitimación”. Para que pueda examinarse la petición deducida por el que ha incoado el procedimiento, o para que pueda admitirse la intervención de un tercero, es necesario que estén legitimados. El concepto de legitimación pertenece al acervo propio del Derecho Procesal. En la doctrina procesal moderna, tiene un significado concreto. Así

como la capacidad —llamada también “*legitimatío ad processum*”— implica la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, la legitimación —llamada también “*legitimatío ad causam*”— implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Y tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentra el peticionario respecto de la pretensión procesal. Sólo la persona que se encuentra en determinada relación con la pretensión, puede ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso. Esto ha llevado, a parte de la doctrina, a considerar a la “legitimación” una cuestión de fondo y no meramente procesal. Garrido Falla (“*Tratado de Derecho Administrativo*”, t. III, parte 1<sup>ª</sup>, pág. 20) dice: “La contestación a la pregunta de quién puede utilizar un recurso administrativo o contencioso-administrativo la da el Derecho Positivo remitiéndose a la titularidad de situaciones jurídicas materiales”.

Garrido Falla define, a la legitimación, como “el reconocimiento *de un derecho a poner en actividad un organismo jurisdiccional*, mediante la presentación de un recurso”. En cambio, Jesús González Pérez (“*El Procedimiento Administrativo*”, Madrid, 1964, pág. 261) sostiene que es “un requisito para que —en un procedimiento determinado— pueda el órgano decisor entrar a examinar la cuestión planteada”.

Comparto esta última posición, pues el derecho a excitar la tutela jurisdiccional del Estado o el control de la Administración sobre sus propios actos, lo tiene todo habitante (consecuencia del derecho de peticionar, reconocido por la Constitución Nacional), cualquiera que sea quien presente la demanda o recurso. Pero sólo si quien lo dedujo está legitimado podrá, el órgano jurisdiccional o administrativo, examinar la pretensión deducida. Por eso es que la legitimación o la falta de legitimación se examina dentro de un proceso o procedimiento que ya existe. La actividad jurisdiccional o de control administrativo se ha impulsado con la petición. Dentro del procedimiento ya incoado, se pronunciará el órgano decisor sobre la legitimación de quien provocó su intervención. Ahora bien, como la legitimación de la parte está tan íntimamente ligada al problema de fondo que se debate, la decisión sobre la existencia o inexistencia de este requisito procesal exige el examen, a la vez, del problema de fondo. Examen, sí; pero no, necesariamente, decisión sobre la cuestión de fondo. Es decir, cabe perfectamente que el órgano jurisdiccional o el órgano administrador se pronuncie con independencia respecto de la legitimación de la parte, previamente al tratamiento del fondo del asunto.

Entiendo que el Reglamento de la L.P.A. se ha ajustado a este criterio jurídico puesto que, para iniciar un trámite administrativo o para deducir un recurso, basta con “invocar” (art. 3) o “alegar” (art. 74) un derecho subjetivo o un interés legítimo. Y como éstas son metodológicamente de la parte general, deben servir como pautas interpretativas frente a otros textos técnicamente más defectuosos del mismo ordenamiento. Así, por ejemplo, el art. 84 que, refiriéndose al recurso de reconsideración, dice que podrá interponerse contra todo acto admi-

nistrativo "...*que lesione un derecho subjetivo o un interés legítimo*".

La determinación de si efectivamente existe o no lesión de un derecho constituye la cuestión de fondo y determinará la procedencia o rechazo del recurso. No puede ser pues la condición exigida para interponerlo. Para ello bastará *que se alegue o invoque la existencia de tal lesión*. Y el órgano administrador podrá expedirse, primero, sobre la legitimación del peticionante (es decir, sobre su situación jurídica subjetiva en la relación administrativa que se cuestiona); y, luego, sobre si su derecho o interés ha resultado ilegítimamente lesionado por la actuación administrativa. O podrá resolverse sobre ambas cuestiones en un solo y mismo pronunciamiento.

¿Qué carácter tienen, esos pronunciamientos previos, en cuanto declaren la falta de legitimación del peticionante? Estos actos de procedimiento son actos administrativos, pero no son actos administrativos definitivos ni lo son meramente de trámite. No son definitivos, porque no resuelven sobre el fondo del problema planteado (validez o invalidez del acto impugnado). Pero tampoco son meros actos de trámite porque, declarada la falta de legitimación del recurrente, esta declaración impide totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado. Este tipo de actos administrativos se encuentra equiparado al de los actos definitivos, en cuanto al régimen de los recursos deducibles contra ellos (arts. 84, 87, inc. "b", 88, 89, 93, 94, etc. L.A.P. Reg.).

Para concluir con este primer capítulo de mi exposición, cabe señalar dos tipos de legitimación en todo procedimiento administrativo, los que se distinguen perfectamente en el art. 3º del Reg. de la L.P.A. a) la legitimación para incoar el procedimiento a que se refiere el primer párrafo de dicho artículo. Se atribuye a quien invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo. Tiene la condición de parte desde el momento mismo de incoarse el procedimiento, con independencia del hecho de la comparecencia; b) la legitimación para intervenir en el procedimiento, a que se refiere el segundo párrafo del mismo artículo 3º y que corresponde a todos aquellos a quienes, el acto a dictarse, pudiese afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Para que ostenten la condición de parte interesada, a los efectos previstos en el Reglamento de la L.P.A., es necesario que se hayan presentado en las actuaciones, ya sea a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente.

Esta última es una legitimación indirecta, ya que corresponde a quien no es titular de la relación de fondo deducida en el procedimiento, sino titular de otra relación jurídica distinta pero vinculada al resultado posible de la impugnación promovida por el directamente legitimado.

Esta regulación de la intervención de los terceros interesados en el procedimiento administrativo, ha recogido las conclusiones de la doctrina nacional y extranjera. Gordillo, entre nosotros, ("Procedimiento y Recursos Administrativos", Buenos Aires, 2ª ed., pág. 142), así como el brasileño Lopes Meirelles y el español Villar y Romero postulaban la intervención de los terceros interesados con los mismos derechos que el

interesado original, es decir, en calidad de parte. Y ello como consecuencia del principio de contradicción, formativo del proceso y también del procedimiento administrativo.

## II. — RELACIONES JURÍDICAS Y SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS

Hemos dicho que la legitimación es una categoría procesal. Como tal, parecería extraña a nuestra disciplina, ya que sostenemos que el Derecho Procesal Administrativo es rama del Derecho Procesal y no del Derecho Administrativo. Pero también hemos predicado —de la legitimación— que constituye una institución del Procedimiento Administrativo. Y todo el sistema del control ejercido por la Administración, sobre sus propios actos, es materia del Derecho Administrativo de fondo.

Además, hemos afirmado que la legitimación está íntimamente ligada con situaciones jurídicas subjetivas del administrado en sus relaciones con la Administración, capítulo importantísimo en la temática de nuestra disciplina. Como dice Ernst Forsthoff (“Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, 1958, pág. 257), la parte más importante de las actividades administrativas se proyecta hacia afuera. La Administración se contrapone al individuo; exige de él una determinada prestación o le impone un deber, permite o tolera. En su virtud, entra con él en una *relación jurídica* que sólo tiene semejanzas superficiales con la relación obligatoria (los sujetos no están coordinados, sino que la Administración se enfrenta al individuo con su poder soberano, ordenando unilateralmente). Sin embargo, el individuo no carece de derecho; aunque éstos son patrimonio de la reciente historia administrativa. Para concebir derechos contra el Estado hay que comenzar por representarlo sometido al orden jurídico. Lo que hace posible la figura del derecho público subjetivo es, ante todo, la idea de que el Estado representa una persona jurídica, porque gracias a ella el derecho público subjetivo recibe un destinatario y un obligado.

Contra esta concepción del Estado como persona jurídica se han alzado muchas protestas. E igualmente ha habido quienes han rechazado el concepto de derecho público subjetivo, como presunta expresión de un individualismo extremado, incompatible con la realidad del Estado moderno. Esto llevó a Garrido Falla a analizar las tres crisis del derecho público subjetivo (“Estudios dedicados al profesor García Oviedo”, Sevilla 1954) sufriendo, la primera de esas crisis, “como pieza política del Estado de Derecho”. Afirma que: “Los diversos períodos de crisis que, en los últimos tiempos, ha atravesado el Estado de Derecho han tenido su adecuado reflejo en la teoría de los derechos públicos subjetivos. Porque lo característico de este tipo histórico de Estado consiste cabalmente en una especial consideración del valor político del súbdito en cuanto portador de una serie de derechos cuya existencia postula —en último término— nada menos que una determinada forma de organización estatal precisamente para protegerlos (sobre la base de la división de poderes y la justicia administrativa)”.

Sin embargo, debemos descargar —al derecho público subjetivo— de estas connotaciones político-filosóficas, que atentan contra la pureza de la Dogmática Jurídica. El hecho de que, en las relaciones jurídicas públicas, los administrados sean titulares de derechos o poderes frente o contra el Estado, constituye una consecuencia necesaria de la racionalización del Derecho. Cuando el Derecho se ha estructurado en una forma tal que sólo se expresa en un amplio sistema de normas positivas, todas las relaciones jurídicas —entre los administrados o entre éstos y el Estado— se transmutan necesariamente en pretensiones (derechos y deberes regulados normativamente).

Se ha definido, a la relación jurídica, como “una relación entre elementos del ordenamiento, regulada por el Derecho, y con el fin de garantizar la satisfacción de intereses determinados, individuales o sociales” (Zanobini, “Curso de Derecho Administrativo”, Parte General I, Buenos Aires, 1954, pág. 229).

Los elementos de la relación son: a) los *sujetos*. El *activo*, que es el titular del interés protegido y de las facultades que esa protección importa. Y el *pasivo*, que es el titular de los deberes que acompañan a esas facultades; b) el *objeto* constituido por el interés que garantiza y regula la relación; c) el *contenido*, que es el conjunto de *facultades* que la relación garantiza al sujeto activo y de *deberes* que impone al sujeto pasivo.

La existencia de estos *poderes y deberes* que constituyen el contenido de las variadas relaciones jurídicas, ha permitido enunciar a Manuel M. Diez siguiendo a Garrido Falla, las siguientes situaciones jurídicas subjetivas:

A) *Situaciones jurídicas de poder* en que pueden encontrarse los sujetos de derecho:

- 1) posibilidad de obrar en un determinado sentido, incluso contra la oposición de alguien (libertad jurídicamente protegida).
- 2) posibilidad de oponerse al obrar de otro.
- 3) posibilidad de exigir que otro obre en determinada manera.

A cualquiera de estas situaciones subjetivas corresponde la expresión ‘tener derecho a algo’.

B) *Situaciones jurídicas de deber*:

- 1) deber de obrar, en determinado sentido, en interés de un tercero.
- 2) deber de abstenerse de obrar en determinada forma.
- 3) deber de soportar la actuación de un tercero.
- 4) deber de obrar, en un determinado sentido, si se quiere que prevalezca un interés propio.

Con respecto a estas situaciones de deber, cabe señalar que tales deberes están impuestos —por la norma— para la protección de un interés, sea el de un tercero concretamente determinado, sea el interés

público. Pero, en el último supuesto enunciado, el deber o carga de obrar es solamente condición para la protección de un interés propio del que actúa.

Hay una estrecha correspondencia entre algunas de estas situaciones subjetivas de poder y de deber. (Ejemplo, Poder 1 con deber 3; Poder y deber 2; Poder 3 deber 1). Las situaciones jurídicas que entre sí quedan enlazadas, mediante el concepto de relación jurídica, son las conocidas con los nombres de *derecho subjetivo* y *obligación*. Así, pues, todo derecho subjetivo postula un obligado (aunque no viceversa); y, entre el titular del derecho y el obligado se da una relación jurídica.

### III. — LOS GRADOS DE LA TUTELA DEL INTERÉS GARANTIZADOS POR LA RELACIÓN JURÍDICA

La función de garantía que la relación jurídica desarrolla respecto al interés que forma su objeto, puede transformar a éste en un derecho subjetivo o bien dejarlo en la condición de interés, tutelado y defendido de algún modo. De aquí la distinción entre “derecho subjetivo” e “interés legítimo”, que asume —en el Derecho Administrativo— fundamental importancia. Pero que presenta no pocas dificultades, ya que la doctrina no concuerda en la noción misma de derecho subjetivo.

En mérito a la brevedad impuesta a esta exposición, no me he de referir al origen y evolución de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, dominada por las dos tesis contrapuestas y prevalentes en la materia: de una parte, la que busca la esencia del derecho en la voluntad; de otra, la que cree encontrarla en el mundo de los bienes. La primera, desarrollada por Windscheid se entronca con la vieja teoría del Derecho Natural que concebía el derecho subjetivo como libertad y que vino a recibir un gran impulso con la filosofía de Hegel, en cuanto concebía el derecho objetivo como “voluntad general” y el derecho subjetivo como una manifestación del “poder de querer”. Así, pues, el derecho subjetivo se define como *una facultad de querer conferida por el ordenamiento jurídico*.

Las críticas formuladas a la posición “voluntarista” condujeron a trasladar —la esencia del derecho subjetivo— al mundo de los bienes. La relación entre el individuo y las cosas que son objeto del Derecho se establece en vista de la *utilidad* que tales cosas tienen para los fines individuales (bienes). Todo lo que objetivamente aparece como un *bien*, subjetivamente constituye un *interés*. Y la finalidad toda del Derecho consiste en eso: tutelar los bienes o intereses. En esta vertiente, es clásica la definición de Ihering: “*El derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido*”.

A su vez, Michoud y Jellinek elaboraron una teoría ecléctica, combinando la voluntad con el interés. Así, por ejemplo, Jellinek dice que “*el derecho subjetivo es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el orden jurídico, en cuanto se refiere a un bien o a un interés*”. En esta misma postura se han alineado Santi Romano, Ranalletti, Zanobini. Los autores italianos más modernos, empero, sos-

tienen que la noción clásica de derecho subjetivo está en crisis. Y Alessi construye una nueva teoría basada en un concepto propio de la Ciencia Económica: el de las *necesidades*, cuya satisfacción se realiza mediante bienes y servicios. De aquí, el concepto objetivo de *utilidad*, al que corresponde el concepto subjetivo de *interés* (posición subjetiva del hombre frente a la utilidad que ofrecen determinados bienes o servicios). Y así define el derecho subjetivo como “*la garantía legislativa de una utilidad sustancial directa o inmediata para el sujeto titular*”. No se advierte diferencia esencial con las teorías del interés.

Cualesquiera que sea la posición que se adopte en cuanto a la naturaleza y estructura del derecho subjetivo (sea basándose en la voluntad o en el interés; o en ambos), lo cierto es que tales definiciones no permiten distinguirlo de los otros grados de protección o tutela del interés garantizado por la norma. Es decir, no permiten diferenciar un derecho subjetivo de un interés legítimo.

Para intentar un replanteo, la Teoría Pura del Derecho reduce el derecho subjetivo al derecho objetivo. En lugar de interesarse más por los derechos subjetivos coloca —en primer plano— la noción de *deber jurídico*. Para la Teoría Pura, el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. “Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace, de la conducta contraria, la condición de un acto de coacción llamado sanción” (Kelsen Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Eudeba, 2ª ed., 1960, pág. 121). La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta. Es decir, dada la norma jurídica siempre hay un *deber jurídico*. Por el contrario, puede suceder que, al establecer un deber y una responsabilidad jurídica, una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Sólo hay derecho subjetivo cuando, entre las condiciones de la sanción, figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor.”

Gordillo ha hecho la crítica de esta teoría, advirtiendo que en esa definición entran igualmente el derecho subjetivo, el interés legítimo y aún el interés simple. Comparte tales críticas. Pero entiendo que la Teoría Pura, en cuanto reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, nos da un buen punto de partida para analizar las relaciones jurídicas administrativas. Para ello hay que analizar el carácter y el contenido de las normas que regulan la actividad de la Administración. Hay que considerar las conductas que le prescriben y que constituirán otros tantos deberes jurídicos de la Administración. Y, en tal sentido, distinguir dos clases de normas jurídicas diferentes: unas, las dictadas precisamente para garantizar, frente a la actividad administrativa, *situaciones jurídicas individuales*; otras, que no han sido dictadas con esta finalidad, sino

fundamentalmente para garantizar *una utilidad pública*. Guicciardi (“La Giustizia amministrativa”, 2ª ed., págs. 8-15) llama, a las primeras, *normas de relación*; y, a las segundas, *normas de acción*.

Las *normas de relación* imponen a la Administración una conducta debida a los administrados, determinados o determinables, enlazando una sanción a la conducta contraria a lo preceptuado. Se trataría de actividad reglada de la Administración Pública, en la que se tutela, en forma directa e inmediata, el interés privado de los administrados.

Las *normas de acción* se refieren a la organización, al contenido y al procedimiento que ha de presidir la acción administrativa, tutelando así el interés público. Acá también hay conductas debidas por la Administración Pública; acá también hay actividad reglada. Pero el deber jurídico no existe frente a determinados administrados, sino a la generalidad de los habitantes, porque lo que se tutela es el interés público, el interés de todos, no el interés particular de determinados administrados. Por lo tanto, cada uno tiene sólo ese interés vago e impreciso que cualquiera del pueblo puede tener respecto a la buena marcha de la Administración. Este interés, por no estar reconocido ni tutelado específicamente en el ordenamiento jurídico, es un mero interés de hecho o “interés simple”.

Pero puede ocurrir que haya algunos administrados para los que, de la observancia o no de las normas de acción por parte de la Administración, resulte ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás. Eso puede resultar de una particular situación de hecho en que uno o algunos ciudadanos se encuentren, que los hace más sensibles que otros frente a un determinado acto administrativo. (Ejemplo, frentistas frente a desafectaciones de vías públicas). Por lo tanto, si tal acto hubiese sido dictado por órgano incompetente, o en base a una falsa apreciación de los antecedentes de hecho que le sirven de causa, o con violación de las formas esenciales, etc., es evidente que los frentistas resultarían interesados —en forma mucho más precisa y directa, que cualquier otro habitante— en la declaración de invalidez de dicho acto administrativo. Tienen *interés calificado*. Y esa calificación no se debe al hecho de que el acto administrativo incida en su esfera jurídica; pues si esa incidencia fuera válida tendrían que aceptarla. Sino a la circunstancia de que, si el acto administrativo es inválido, su supresión —operada como sanción de la invalidez— los beneficia también a ellos en cuanto los libera de la pretensión indebida de la Administración. Ese interés calificado del administrado, que autoriza únicamente a su titular (con exclusión de todos los otros sujetos que no se hallen en su particular situación) a provocar un control administrativo o jurisdiccional sobre la validez de los actos administrativos, recibe el nombre de “interés legítimo”, que es la proyección procesal del interés calificado.

Considero errada la posición de parte de la doctrina que, a fin de distinguir entre el interés legítimo y el interés simple, exige —para el primero— la existencia de una norma que determine un comportamiento administrativo *debido a un grupo de sujetos diferenciados del conjunto general de la sociedad*. El comportamiento de la Administración, dicen, es debido a un conjunto de individuos simultáneamente, en concurrencia.

(Escola, "Tratado Teórico-Práctico de los Recursos Administrativos", Buenos Aires, 1967, pág. 278). La doctrina francesa sostiene que el interés debe pertenecer a una categoría definida y limitada de individuos, en el sentido de que —las circunstancias que rodean el acto impugnado— trazan objetivamente un círculo de interés definido. Lo importante es que el círculo no se amplíe "hasta las dimensiones de la colectividad nacional". Pero, como ya he afirmado, lo que caracteriza a las normas que regulan esta situación jurídica específica es que no contienen sino regulación de conducta administrativa debida a la generalidad, a la colectividad. Por cuanto sólo procuran el interés público y no los intereses privados de uno o de un grupo diferenciado. Serán las circunstancias de hecho o de derecho (pero ajenas a la norma en cuestión), las que trazarán el referido círculo de interés diferenciado, dentro del cual no necesariamente debe incluirse un grupo. Bastará con que haya un administrado —en situación diferenciada— pero sin que concurren los requisitos de la situación jurídica de derecho subjetivo. Por razones de tiempo, no podré referirme a otros requisitos que integran la noción de interés legítimo, como son el interés personal y directo. En síntesis: frente a un acto administrativo ilegal, los particulares pueden encontrarse en una de estas tres situaciones:

- 1) en cuanto titulares de un interés para cuya garantía o tutela se dictó la norma que imponía una determinada conducta de la Administración (*situación de derecho subjetivo*);
- 2) en cuanto titulares de un interés que, si bien no estaba particularmente tutelado por la norma, resulta inmediatamente lesionado con una determinada actuación administrativa; por lo que no es indiferente, a su titular, que la Administración obre ilegalmente o no (pues es posible que, si hubiese obrado legalmente, tal lesión individualizada no se hubiese producido. Es la *situación del interés legítimo*);
- 3) en cuanto miembro de la comunidad y partícipe, por tanto, de cuanto redunde en beneficio de los intereses de la misma (*situación de interés simple*).

Para concluir mi exposición quiero referirme, brevemente, a la noción de los *derechos subjetivos condicionados o debilitados*, elaboración de la doctrina italiana. Ranelletti les llama "debilitados"; Zanobini, "condicionados". Se trata de derechos cuya existencia está condicionada a su compatibilidad con el interés público. Mientras que no se verifique la condición que impone el sacrificio de estos derechos, se comportan como derechos subjetivos en sentido estricto; pero, puesto que existe esa posibilidad de sacrificio, se los considera condicionados o debilitados.

Considero útil la diferenciación de esta categoría para incluir, en ella, esos derechos que derivan de una relación especial con la Administración y que surgen precisamente de un acto de ésta v. g. los permisos de uso sobre dependencias dominicales. Se trata de esos casos típicos del Derecho Administrativo en que los derechos del particular

son la consecuencia de una situación que puede ser discrecionalmente alterada por la Administración, porque son atribuidos a los administrados —a título precario— pudiendo revocarlos la Administración por razones de oportunidad o interés público, sin derecho a indemnización para el titular de los mismos.

Con esto queda aclarado que no comparto la opinión de parte de la doctrina, en cuanto estima que la situación jurídica subjetiva que corresponde a un permisionario de uso de una dependencia dominical, es la de interés legítimo, por su carácter precario. Creo, en cambio, que se trata de un verdadero derecho subjetivo, por cuanto la Administración debe un determinado comportamiento al permisionario, en exclusividad, por la relación jurídica nacida del acto del permiso. La Administración queda ligada por una norma de relación y no por una norma de acción. Y el hecho de que la Administración pueda revocar dicho acto, el hecho de que el permiso sea un acto administrativo sin estabilidad pese a ser regular y haber causado estado, no modifica la naturaleza de la situación jurídica subjetiva sino en los términos en que la propia norma lo determina. El ejercicio discrecional de la potestad administrativa en cuanto a la revocación del permiso no implica arbitrariedad, en cuyos supuestos el permisionario tendría recursos en sede administrativa y podría incluso ejercer acciones en sede judicial (por ser titular de un derecho subjetivo).

En tal sentido, considero muy acertada la formulación de la ley 19.549 en su artículo 18, cuando hace procedente la revocación del acto regular en los casos en que “el derecho se hubiese otorgado expresa y válidamente a título precario”. Es decir, lo califica como derecho subjetivo y no como interés legítimo.

Con esto he tratado de enunciar los diversos grados de la legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo. Como ya lo ha señalado con anterioridad el doctor Revidatti, la L.P.A. exclusivamente reconoce como parte en tales procedimientos, a los legitimados en la situación jurídica subjetiva de derecho subjetivo o de interés legítimo. Sin perjuicio de que el simple interés, como derivado del derecho constitucional de peticionar a las autoridades, permita la intervención en un procedimiento administrativo, pero no en calidad de parte, por lo cual su análisis no corresponde al tema por mí abordado.

## RECURSOS CONTRA EL ACTO DE NATURALEZA JURISDICCIONAL

ATANASIO HERNAN CELORRIO

El tema que nos ha sido deferido para desarrollar en estas jornadas, está referido a los recursos existentes contra el acto administrativo de naturaleza jurisdiccional; pero nos hemos de limitar en su enfoque a los principios que fundamentan la solución arbitrada por el artículo 99 del decreto 1759/72; es decir, tomaremos como criterio selector de los problemas a analizar, la disposición legal apuntada.

En una primera aproximación, cabe reconocer en el nuevo precepto, serias innovaciones, aunque más no fuere desde el punto de vista de la consagración legislativa.

Así, en primer término: el explícito reconocimiento de la existencia de actos administrativos de naturaleza jurisdiccional.

En segundo lugar, la admisión expresa de la compatibilidad del doble contralor administrativo y judicial, en opción alternativa.

Y por último, la afirmación del concepto del "consentimiento del administrado" como límite, sólo superable en caso de excepción, para el ejercicio de la actividad fiscalizadora del jerarca administrativo.

Estimamos que las dos primeras soluciones enumeradas, constituyen reales aciertos del legislador, no compartiendo en cambio la posición adoptada ante el "consentimiento del administrado"; pero justo es reconocer que el sistema se ha implementado con inteligentes válvulas de escape, que aseguran la elasticidad interpretativa necesaria para la supervivencia de la norma.

Es quizás, de los aspectos señalados, el reconocimiento legal de la existencia del acto administrativo jurisdiccional, el que concite principal interés.

Toda suerte de opiniones ha sido vertida en doctrina al respecto: desde quienes en un extremo afirman su existencia como correlato natural del poder de ejecución de la Administración, hasta aquellos que niegan palmariamente la posibilidad de su admisión en nuestro marco constitucional.

Y esta diversidad de opiniones, de las cuales sólo he referido los puntos extremos, curiosamente no está fundada en criterios contrapues-

tos sobre los principales efectos prácticos adjudicables al acto jurisdiccional; sino que deriva de una discrepancia en la apreciación teórica de los mismos supuestos.

Pero sea cual fuere la posición adoptada, es evidente y nadie lo niega, que en la órbita administrativa existen órganos que tienen competencia para decidir reclamos interpuestos por particulares afectados, competencia que algunas veces les ha sido estatuida por disposición del Ejecutivo, quien a su vez las tiene originariamente por prescripción constitucional; y otras, les ha sido deferida por ley formal especial: es decir, que son órganos con potestad para componer intereses contróvertidos; y, por ende, siguiendo en este sentido, a García Trevijano, órganos con competencia para dictar actos administrativos jurisdiccionales; pues, precisamente, los actos que materializan el ejercicio de esa potestad son los actos administrativos jurisdiccionales.

A este respecto, considero obligada la cita al profesor Marienhoff, quien con mayor exactitud, a mi entender, caracteriza al acto jurisdiccional.

Así “habrá acto jurisdiccional —afirma— siempre que en ejercicio de una facultad legal, a raíz de una reclamación del administrado, se dicte decisión, expresa y fundada, reconociendo o desestimando el derecho invocado, cualquiera sea el órgano que al efecto actúe”.

Obviamente, al adherirnos a esta concepción, estamos admitiendo el esquema objetivo de la caracterización funcional.

Estos actos administrativos jurisdiccionales presentan un régimen peculiar, en cuanto a más de los caracteres comunes del acto administrativo, lucen determinadas notas particularmente acentuadas, y ello así, por cuanto en el acto jurisdiccional adquieren especial relevancia: en lo formal, el respeto de las garantías del debido proceso; y en lo sustancial, la preocupación básica por la vigencia de la legalidad, juridicidad según la terminología del art. 99 comentado, más allá de los límites de la pretensión del reclamante.

Asimismo el acto administrativo jurisdiccional declara derechos, restablecerá o no el justo límite del derecho conculcado, pero nunca podrá ampliar la esfera de derechos del administrado, pues ese menester no hace a su esencia, ni encuadra en su finalidad.

Y, en el respeto de las formalidades, previas a la emisión del acto jurisdiccional, quedan comprendidas no sólo algunas propias del proceso judicial, sino otras que las exceden, porque el objeto de contralor administrativo no es simplemente el reconocimiento del derecho invocado por el afectado, sino que mucho más allá, su finalidad es el restablecimiento de la legalidad violada, si así correspondiera.

Así el acto jurisdiccional administrativo requiere un procedimiento previo específico y en principio, no hace cosa juzgada, aunque a algo análogo parece conducir la teoría del “consentimiento” del art. 99. Por esencia, es revisible en sede judicial; y su emisión puede estar fundada en una atribución propia o delegada del Ejecutivo; o bien en una atribución especificada por ley formal, caso en el cual también en algunos supuestos, es admisible su delegabilidad.

Caracterizado así el acto jurisdiccional administrativo, volvamos al

art. 99 para atenernos al marco de su revisibilidad. Como adelantáramos, la norma admite la doble revisión: administrativa y judicial, estableciendo las pautas de su compatibilización.

No es del caso insistir sobre el contralor judicial. Su realidad constitucional es de tal evidencia, que hasta se le ha integrado, por autorizada doctrina, en la conceptualización misma del "derecho administrativo". Pero sí, en cambio, estimamos de interés el análisis de los fundamentos de la revisión administrativa del acto jurisdiccional; dado que, pese a ser éste un acto administrativo, es indudable que sus caracteres especiales, predeterminan un régimen peculiar de contralor.

Sabido es que el contralor judicial de la actividad administrativa no agota el sistema estatuido para garantizar la legalidad del accionar de la Administración. Lejos de ello, constituye el elemento fundamental de la eficacia del régimen, pero no es exclusivo.

Es que no cabe olvidar que el acto administrativo jurisdiccional emana de un órgano integrado en una organización jerárquica, que como tal, ha de suponer entre sus componentes conductas contestes, de modo que la actividad administrativa resulte orientada y no aparezca como un conjunto de voluntades dispersas.

Y, precisamente, el orden jerárquico implica, conforme observaremos, facultades de contralor sobre la actividad del inferior, que naturalmente han de ejercerse en sede administrativa, sumándose a la posible revisión judicial posterior. Esta fiscalización administrativa difiere del contralor judicial, tanto en sus fundamentos como en sus límites, diferencia que, sin embargo, no alcanza a enervar su nota común: contralor jurisdiccional de la legitimidad de la actividad administrativa, en beneficio del administrado recurrente.

Este planteo demuestra "ab initio" que la actividad de los órganos de la Administración se encuentra sometida a un doble contralor, de idéntica raigambre constitucional: el del Poder Ejecutivo, conforme a las atribuciones emergentes del art. 86 de la C. N. y el de los órganos judiciales en los términos del art. 95.

Y así, como ha de respetarse la prevalencia de la revisión judicial, también ha de reconocerse que la fiscalización de los actos del inferior en la órbita administrativa, es atribución constitucional; y, por ello, en todos los casos debe compatibilizarse la existencia de ambos regímenes de contralor, pues la negación tanto del uno como del otro, aparejaría agravio constitucional.

Y he aquí planteado, el alcance de la revisión administrativa de la actividad jurisdiccional, o dicho en otros términos, hasta qué punto está el acto jurisdiccional administrativo, o con mayor precisión, su emisor, sujeto por la relación jerárquica.

La noción de jerarquía hace a la esencia de la relación administrativa, a punto tal que la doctrina alemana la ha señalado como nota distintiva de la misma. En sentido amplio, procede caracterizarla, orientados por Sayagués Laso, como el conjunto de facultades de supremacía que vincula entre sí a órganos y funcionarios de la Administración, para asegurar la unidad de acción. Este criterio de por sí preindica las dos atribuciones básicas, que la relación jerárquica erige en cabeza

del superior: facultades de dirección, materializable en el ejercicio de las potestades de mando, reglamentarias y disciplinarias; y facultades de fiscalización, que podrá ejercerse a instancia de parte o de oficio, materializable en la revisión a posteriori del accionar administrativo; y, determinando con mayor precisión la terminología empleada, aclaramos que cuando de la facultad de dirección deducimos la potestad reglamentaria, la referencia es a las reglamentaciones internas (v. gr. circulares); y de igual modo, la remisión a la potestad disciplinaria, obviamente, excluye la potestad sancionadora, pues siempre la orientación es hacia el aspecto interno de la actividad de la Administración.

Este planteo nada tiene que ver con el análisis de las potestades administrativas "stricto sensu", que constituyen el reflejo cualificado del poder general del Estado; y por ende, naturalmente, su proyección es externa.

Todos los órganos y funcionarios de la Administración están alcanzados por las potestades inherentes a la facultad de fiscalización del superior jerárquico y no podía ser de otro modo, pues la tesis contraria llevaría a desvirtuar el principio de unidad de acción que persigue todo el sistema de la organización administrativa; limitándose la doctrina en este orden de ideas, a perfilar los carriles en que ha de desenvolverse la revisión de los actos del inferior, sea cual fuere su origen y a analizar los efectos de la misma.

En cambio, respecto a las potestades originadas en la facultad de dirección, vale decir las potestades de mando, reglamentaria y disciplinaria, y en modo especial la de mando, no alcanzan a todos los órganos administrativos, al menos con parecida intensidad.

En términos generales, es admisible excluir de su alcance a la Administración consultiva, pero el dilema más serio queda planteado ante los órganos emisores, ya permanente o ya ocasionalmente, de actos administrativos jurisdiccionales, pues puede ocurrir que la naturaleza de la función que ejerce el órgano o el funcionario influya en la vinculación jerárquica sin excluirla. Puede existir así una exclusión funcional que no implique una exclusión orgánica; es decir, que aunque la índole de la función no admita relación de mando, en todo aquello no estrictamente vinculado a la función, queda el órgano plenamente sujeto a la jerarquía del superior.

Y esto merece especial atención, pues permitirá seguir visualizando a los órganos administrativos, bajo el criterio selector de la jerarquía, sin desmedro de reconocer la existencia de órganos cuyas funciones puedan estar fuera del alcance de la relación de mando.

Concretando, en cuanto a nuestro caso atañe, cabe sostener que la actividad jurisdiccional administrativa queda excluida de la potestad de mando del superior, aunque el órgano emisor del acto quede sujeto a dicha potestad en la ejecución de otros cometidos; pero el hecho de que tales actos queden fuera del alcance de la potestad de mando, no supone que sus emisores no puedan ser alcanzados por otras potestades inherentes a la facultad de dirección; y menos aún, que sus actos no sean alcanzados por la facultad de fiscalización del superior.

Así, el acto administrativo jurisdiccional, a nuestro entender, está

sujeto al poder jerárquico del superior, sensiblemente atenuado en razón de la naturaleza del objeto del acto; y, por ende, es susceptible de revisión por el superior, en ejercicio de la facultad de fiscalización inherente a su posición en la escala administrativa.

Admitido así que el acto administrativo jurisdiccional está sujeto a la fiscalización del superior jerárquico, es dable analizar el alcance de esa revisión, y determinar su asimilación o no con el régimen normal de revisión.

El estudio de la solución obliga a detenerse en los fundamentos que sustentan la revisión jerárquica. Su fundamento racional, y valga la petición de principios por su elocuencia, radica en la existencia de una relación jerárquica, y su fundamento positivo reconoce doble raigambre constitucional: el art. 14, consagrando el derecho de peticionar a las autoridades, y el art. 86 inc. 1º, atribuyendo al Ejecutivo, la jefatura de la Administración Pública; el uno apunta a la vertiente subjetiva yacente en los reclamos jerárquicos; el otro, denota la referencia objetiva, dos aspectos de una misma situación, que acordes con la finalidad del sistema de contralor administrativo, convergen en la satisfacción conjunta del interés particular y en la protección del cumplimiento cabal de las normas vigentes por parte de la Administración; o sea en interés del propio órgano que realiza la actividad revisora, como parte integrante de la unidad Administración Pública.

Del art. 86 inc. 1º de la Const. Nac. se desprende la facultad del Ejecutivo de ejercer todas las atribuciones inherentes a la función administrativa, en la concepción subjetiva, por supuesto, y, como es obvio, siendo la jerarquía una de las notas típicas de la misma, le corresponderá en plenitud el ejercicio de las facultades que de ella derivan. Y, como dichas atribuciones surgen en cabeza del Poder Ejecutivo, por disposición expresa constitucional y como correlato natural de la estructura de poder instituída, cabe concluir que no le puede ser cercenada tal atribución, como asimismo tampoco serle impuestas las normas que implementen su ejercicio; pues ambos supuestos quedan comprendidos en la zona de reserva de la Administración.

Y así, como sería inadmisibles un cercenamiento legislativo de las facultades de fiscalización emanadas de la relación jerárquica, por entrañar agravio constitucional; la misma tacha cabría a cualquier disposición del mismo Ejecutivo, que irrazonablemente limitara su propia acción. Quiero significar con ello, que excedidos los límites de la razonabilidad, dados por la necesaria compatibilización del doble sistema de contralor, tanto la limitación exterior, vía legislativa, como la "autolimitación del Ejecutivo", serían violatorias de la Constitución.

¿Cuáles son entonces los límites que han de signar la revisión administrativa del acto jurisdiccional, si es que los hubiere?

Una correcta elucidación del problema obliga a una distinción según las facultades jurisdiccionales hayan sido atribuidas al órgano administrativo por ley formal o por disposición administrativa.

Si las facultades del órgano administrativo jurisdiccional le han sido otorgadas por disposición del Poder Ejecutivo, los actos dictados en ejercicio de las atribuciones delegadas, son plenamente revisibles

ante el superior delegante, tanto en lo que respecta a su legitimidad como cuanto compete a su oportunidad, pero sin olvidar por cierto, que básicamente, el aspecto que interesa, dado que se trata, por parte del superior también, del ejercicio de una facultad jurisdiccional, es la legitimidad o juridicidad, como dice la nueva norma del art. 99.

Todo ello, por cuanto al tratarse de facultades delegadas, el delegante no excluye su responsabilidad por acto del delegatario.

Diversa es la conclusión, cuando la facultad jurisdiccional le es atribuida directamente al órgano por ley formal. Esta atribución de competencia no alcanza a excluirle del contralor de su actividad por parte del superior, pero sí tiene entidad suficiente para limitar ese contralor, que se verá reducido a la legitimidad del acto recurrido. Tal es la solución legal prevista para el supuesto de que haya un régimen especial de recursos posteriores, y así la revisión del Poder Ejecutivo, de actos administrativos jurisdiccionales, queda limitada al contralor de legitimidad, que el decreto 1759/72, articula en términos estrictos, aunque los antecedentes que lo fundan posibilitaron, con la misma terminología, una aplicación mucho más amplia que la que pareciera resultar de su simple enunciación. Queda pues, a su respecto, sensiblemente atenuada la relación jerárquica, que a más de haber restado la potestad de mando, ya que de por sí la decisión jurisdiccional supone un "minimum" de independencia en la apreciación de la controversia, pierde también hasta el límite mínimo admisible, la potestad fiscalizadora.

Y digo límite mínimo, porque estimo que la teoría del consentimiento esbozada por el art. 99, que evidentemente la excede con creces, merece párrafo especial, pues raya en la autolimitación inconstitucional.

Asimismo, en la revisión del acto jurisdiccional administrativo corresponde tener presente que a su respecto, frente al principio de jerarquía, juega el origen de la competencia del órgano emisor; y que por tanto, sea su origen legal o reglamentario, integrantes por igual del bloque de legalidad, debe ser plenamente respetado el ejercicio de la jurisdicción atribuida.

Y esto así, porque el principio del juez natural, no corresponde exclusivamente a la órbita judicial, sino que es inherente a todo órgano jurisdiccional, en plenitud. La esfera de derechos del particular no se limita a la consagración material del derecho cuestionado, sino que alcanza también en forma decidida, a las formas de la tutela del mismo, garantizándole la estabilidad de la jurisdicción que ha de ampararle.

Vale decir, que si un órgano administrativo se encuentra facultado para dictar actos jurisdiccionales, por habilitación legal, en sentido lato, expresa, debe compatibilizarse su competencia, inderogable por acto administrativo, con el respeto a la facultad de fiscalización del superior, ambas de rango constitucional: la revisión, pues, no puede constituir menoscabo en la función ejercida por el inferior, porque, evidentemente, si un órgano de la Administración fue receptor de la atribución de dictar actos jurisdiccionales, es a ése y no a un superior

a quien corresponde la emisión del acto, sin predeterminaciones de ninguna naturaleza, pues a más de las razones de tipo administrativo expuesto, está en juego el principio del juez natural.

Concluyendo este aspecto, afirmamos que la revisión del acto administrativo jurisdiccional es procedente en sede administrativa, fundamentada en la relación jerárquica atenuada a que está sometido su emisor, y, limitada, en principio, a la legitimidad o juridicidad del acto.

Es digna de especial observación, la solución brindada al problema planteado por la diversidad de las vías de apelación abiertas al particular.

Es inobjetable, el principio que informa la disposición del art. 99, en cuanto afirma la alternatividad del ejercicio de tales recursos; principio que no merece mayores comentarios, dado que constituye la única vía apta para impedir el "strepitus fori".

Y, obviamente, en la alternativa, el acento recae sobre la jurisdicción judicial en desmedro del recurso administrativo, solución conteste con los principios emergentes de nuestro ordenamiento constitucional.

Pero, además de establecerse la preponderancia de la vía judicial frente a la administrativa; se prescribe dentro de la misma órbita de la Administración, la preeminencia del recurso ante los "órganos administrativos especiales", sobre el que correspondiere ante los superiores jerárquicos naturales, en una prueba más de la afirmación del acto administrativo jurisdiccional. Así, se trata de perfilar un sistema de revisión jurisdiccional administrativo específico, más allá del contralor propio de la relación jerárquica, pero sin desconocer su existencia, evitando objeciones de carácter constitucional.

En este marco, las innovaciones del art. 99, pueden considerarse acertadas; pero resta observar, a nuestro entender con disfavor, lo preceptuado en torno al "consentimiento" de un acto administrativo, por parte del particular.

En efecto, la norma impide, salvo caso excepcional, la revisión en sede administrativa de todo acto consentido por el particular, desconociendo el principio eficiente del procedimiento administrativo (principio de la legalidad objetiva).

Confunde, por asimilación, el proceso ante la Justicia, con el que se desarrolla ante la Administración, olvidando que el interés del particular no es límite insalvable para el jerarca, quien debe velar, en primer término, por el efectivo cumplimiento de la ley, en el proceder de sus inferiores, independientemente de la formulación de reclamos por el eventual afectado. La tesis contraria llevaría a la afirmación de la vigencia de un accionar contrario a derecho por parte de la Administración, por la simple voluntad del particular.

Ello, a todas luces, implica una palmaria negación de la vertiente objetiva insita en el procedimiento administrativo, a la cual ya hemos aludido.

Este concepto del "consentimiento del administrado", que, naturalmente, nada tiene que ver con la cosa juzgada administrativa, apa-

rece enfatizado en la norma, a punto tal que la única salvedad admisible está planteada como de aplicabilidad muy excepcional.

Sin embargo, y he aquí la paradoja, este planteo que surge evidente de la lectura integrada de toda la disposición, se encuentra enervado por el texto literal de la excepción. Así, ésta sólo juega en el caso de que "razones de notorio interés público justificaren el rápido restablecimiento de la juridicidad", texto que ya en primer análisis nos conduce a preguntarnos si en un Estado de Derecho puede haber mayor interés público que el real y efectivo cumplimiento de la ley.

De este modo, la excepción, aparentemente cerrada y elusiva, puede ampliarse indefinidamente, y ser la prudencia de los órganos jurisdiccionales, la que ha de orientar el avance progresivo hacia el restablecimiento pleno del principio de la legalidad objetiva, en el procedimiento administrativo.

# IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS

GRACIELA GUIDI

## I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de esta exposición, la impugnación de reglamentos, supone considerar otro de los puntos críticos de la problemática que históricamente ha sido propuesta a los estudiosos del Derecho Administrativo —la conciliación entre autoridad y libertad, interés público o interés social e interés privado. En efecto, la potestad reglamentaria que se ha reconocido a la Administración, ha suscitado entre los autores agudas controversias en cuanto a su extensión, por considerarse una especie de invasión del campo legislativo, reservado en las democracias al Congreso, como garantía de expresión auténtica del pueblo.

En tal sentido, así como la sanción de las leyes (en su expresión orgánico material) no ha merecido desconfianza originaria por parte de quienes son alcanzados por ella, por lo menos no demasiado frecuentemente, los reglamentos (expresión materialmente legislativa) han sido resistidos con mayor frecuencia, quizá por no contar con las mismas garantías previas a su emisión, que brindarían una presunción favorable “a priori” respecto de su subsunción al orden jurídico superior, constitucional y legal.

Sin embargo, podemos decir que el otorgamiento a la Administración de facultades reglamentarias, de mayor o menor extensión, es, por sobre todo un reflejo del equilibrio o armonía de poderes adoptado por el constituyente, por lo que en todo caso, será la propia Constitución la que nos oriente en la dilucidación del tema.

Y creo, que en éste, como en cualquiera otro de los temas de nuestra materia, debemos enfrentar con criterio realista, la tendencia que se dirige a fortalecer y ampliar las facultades de la Administración como correlato de una mayor responsabilidad que ésta asume en una serie de funciones que exceden en mucho el planteo que imperara en la concepción tradicional del Estado de Derecho.

En esta postura, encontraremos, con más claridad, la senda que nos conduzca a determinar *con qué intensidad* —para impedir el avasallamiento de los derechos individuales en conflicto con el interés social— deberá ser controlada la actividad de la Administración —en

nuestro caso el ejercicio de la facultad reglamentaria—; *quiénes* serán los facultados a impulsar dicho control; *qué* órganos lo ejercerán y *cuáles* serán los efectos que se produzcan como consecuencia del mismo.

Nos referimos antes a conflictos entre el interés social e individual; creo que debemos sumar a éstos como categoría intermedia los conflictos que en la compleja sociedad se nos presentan entre el interés social y los intereses sectoriales. El creciente desarrollo de la que los autores españoles llaman “actividad administrativa de fomento” supone una ingerencia permanente de la Administración en el campo socio-económico. Aparece el Estado como conformador del orden social, frente al cual y simultáneamente y quizás como reacción, los administrados pertenecientes a un mismo sector se agrupan formando asociaciones que, con el fin de defender los intereses de la mayoría son verdaderos “grupos de presión”.

Hasta qué punto y con qué alcances se les debe otorgar, a estas asociaciones representativas de intereses diversos, la posibilidad de impulsar el contralor del ejercicio de la potestad reglamentaria, sea con carácter previo y/o a posteriori de dicho ejercicio, es otro de los temas que dejamos planteados para su desarrollo en el curso de la exposición.

## II. CUESTIONES PREVIAS

Hecha esta breve introducción, comenzaremos con el desarrollo de nuestro tema específico: el análisis de las disposiciones que sobre impugnación de reglamentos trae la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y el Decreto 1759/72, no sin antes acordar algunas cuestiones previas.

Entendemos por *reglamento* al acto unilateral de la Administración con efectos jurídicos generales, es decir de un órgano actuando en ejercicio de la función administrativa, que crea normas jurídicas de contenido general.

La ley y el decreto lo denominan a través de su articulado indistintamente, *acto administrativo de alcance general* (art. 11; 24; 25 Ley: 75, 83, 103, etc. Decreto).

No se advierte, a través de los textos en examen, diferencia entre reglamento externo e interno, salvo en lo referente al momento de entrada en vigencia de este último según lo establece el art. 109 del Decreto y estimo que, por otra parte, tal distinción es confusa. Lo importante, a los fines de estudiar su impugnabilidad, será evaluar la extensión de los efectos jurídicos que el mismo produzca y la eventual lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares.

No compartimos la opinión de los autores que quitan total validez constitucional a los reglamentos autónomos —en nuestro orden jurídico positivo—. Pero esto no supone desconocer el principio de la zona de reserva legal. El reglamento autónomo (excluidos del debate por supuesto, aquellos que por su naturaleza estén destinados a regir el funcionamiento interno de la administración) podrá existir en la medida

en que el legislador no haya regulado la materia de que trata y siempre que no se refiera a temas que con carácter exclusivo han sido atribuidos por la Constitución al Congreso. Pero desconocer absolutamente esta facultad a la Administración, sería contrariar la esencia de su propia actividad, que por ser dinámica atiende en forma más inmediata las necesidades que la complejidad de las relaciones jurídicas sociales y económicas de la sociedad moderna hacen nacer a diario.

No podemos olvidar, que, de por sí, el órgano legislativo supone un procedimiento más pesado que el administrativo, para la elaboración de sus actos, aun en aquellos países en los que se han introducido nuevas técnicas de discusión y decisión parlamentarias.

De igual modo, las situaciones de necesidad y urgencia de una Nación, no sólo se producen ya por las catástrofes de la naturaleza o de la guerra, sino que existen catástrofes sociales y económicas por así decirlo, que deben ser corregidas de inmediato y en forma ágil.

En todos los casos, dichos reglamentos deberán insertarse en un contexto jurídico que será quien le imponga las condiciones de juridicidad.

### III. SEDE ANTE LA CUAL SE IMPUGNA

Conforme surge del Título IV de la Ley 19.549 y del Título VIII del Decreto 1759/72, podemos afirmar, en principio, que los reglamentos estarán sometidos tanto al control del órgano administrativo como del órgano judicial, pudiendo ser impugnados en ambas sedes.

Varios interrogantes surgen respecto de esta doble impugnabilidad, uno de ellos común. ¿Se contemplan los *recursos directos* contra reglamentos?, es decir, ¿aquellos que se interponen sin necesidad de que se haya producido un acto concreto de aplicación del mismo? Creemos que la interpretación de este aspecto tiene fundamental importancia, no sólo por la novedad jurídica, sino por la extensión que concederá a la defensa a ejercitar por los administrados, respecto del ejercicio de la facultad reglamentaria.

### IV. RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS EN SEDE ADMINISTRATIVA

En este aspecto debemos referirnos especialmente al art. 73 del Decreto 1759/72 y establecer sus pautas de interpretación.

Dice el citado texto legal que son impugnables los actos administrativos de alcance general "a los que la autoridad hubiere dado o comenzado a dar aplicación". Esta disposición importa dos supuestos:

- Cuando se impugna el reglamento en forma indirecta, es decir después del acto concreto de aplicación del mismo y a través de él;
- Cuando se impugna el reglamento en forma directa, es decir, sin el requisito del acto previo de aplicación.

Este último supuesto no está expresado, en estos términos, en la norma en examen, pero surge del juego de las disposiciones legales y reglamentarias.

En efecto, el art. 24 de la ley 19.549, en su inc. a) contempla el caso de impugnación judicial del acto de alcance general cuando dicho acto *pueda afectar en forma cierta e inminente* en sus derechos subjetivos al administrado, condicionando el ejercicio de la acción ante la justicia, a la circunstancia de haberse formulado previamente reclamo ante la autoridad administrativa que lo dictó y resultar adverso o denegado tácitamente.

Al referirse el art. 24 a que el reglamento “pueda afectar” (expresión potencial), está reconociendo a favor del administrado una acción judicial directa de impugnación del reglamento.

Como esta acción, está subordinada a la circunstancia del reclamo previo ante el órgano administrativo emisor, concluimos que en sede administrativa se contempla el recurso directo contra reglamentos, por cuanto las normas del decreto 1759/72 no podrían disponer contra lo establecido en la ley en su art. 24.

Por tal motivo, es que entendemos que la expresión del art. 73 del decreto “actos... de alcance general, a los que la autoridad hubiere... comenzado a dar aplicación...” debe interpretarse en sentido amplio, como comprensivo de cualquier acto o actuación material de la cual pudiera inferirse la inminencia de su aplicación, inclusive la que de ella se hiciera en la persona de cualquiera de los sujetos pasivos o destinatarios de la norma reglamentaria, en idéntica situación con el administrado recurrente; en otros términos, que diera lugar a entender una clara conducta de la Administración.

### LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR POR VÍA DE RECURSO DIRECTO

Entendiendo que en principio existe el recurso directo contra reglamentos en sede administrativa, conforme a la interpretación que hemos dado al art. 73 del decreto, cabe determinar cuál ha de ser la legitimación del recurrente.

El art. 74 del decreto expresa que “los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes (indistintamente) aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo”.

Conforme a este principio general, concluiríamos que tanto los titulares de derechos subjetivos como los de intereses legítimos estarían legitimados para interponer recurso directo contra normas reglamentarias.

Sin embargo, quizá se pueda opinar que es ésta una interpretación forzada de los textos en examen. Puesto que si bien no ofrecería dudas el caso del derecho subjetivo (argumento del art. 24 de la ley en concordancia con el art. 73 del reglamento), no parecería idéntica la solución tratándose de intereses legítimos.

Cabe pues realizar a esta altura una breve reflexión sobre los con-

ceptos de derecho subjetivo e interés legítimo sin que esto importe entrar a profundizar en tema ajeno a nuestra disertación y ya brillantemente encarado por otra expositora.

El derecho subjetivo supone la existencia de un deber por parte de la Administración, expresado en una norma jurídica, de hacer, dar, o no hacer algo que se nos debe en una forma exclusiva.

El interés legítimo supone la obligación por parte de la Administración de obrar no violando los límites impuestos por el orden jurídico o no contrariando los límites elásticos o concretos impuestos al ejercicio de sus facultades discrecionales, límites que naturalmente se nutren en los principios generales del derecho. Se me dirá que esta obligación de obrar legítimamente la tiene la Administración frente a toda la comunidad, y no frente a una persona o grupo en situación de exclusividad, pero puede suceder que cuando no la cumple, perjudique en forma más intensa a un grupo de individuos que al resto, por encontrarse éstos involucrados en una especial circunstancia de hecho o de derecho.

¿Cuáles son las consecuencias de ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, con referencia a un caso dado?

En el primer supuesto, derecho subjetivo, su titular podrá exigir la conducta debida por la Administración (positiva o negativa) y esa exigencia lo beneficiará a él solamente.

En el segundo, su titular instará a la Administración a que ajuste su obrar al derecho y a sus principios generales y el resultado positivo redundará en beneficio de todos los especialmente afectados por su conducta ilegítima e inclusive en el resto de la comunidad.

Pues bien, ¿qué persigue el recurso directo para impugnar reglamentos?

Básicamente que la Administración no interfiera con el reglamento ilegítimo la esfera legal de los administrados, por haber ejercido la facultad reglamentaria ya sea en contra de disposiciones constitucionales, legales, de los principios generales del derecho o por ser arbitraria, desviada; en la mayoría de los casos se tratará de los llamados derechos subjetivos negativos; la obligación consistirá en un abstenerse.

La pretensión acogida de que se derogue el reglamento, por tratarse básicamente de una norma de contenido general, beneficiará a todos los alcanzados por ella y no sólo al que la ha deducido.

Estas circunstancias particulares al reglamento que asemejan las características y consecuencias propias derivadas de la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo, nos llevan a reforzar pues el criterio de que en ambos supuestos se debe otorgar el recurso directo de impugnación, al menos en sede administrativa.

Por otra parte, cabe destacar que la mayor amplitud que en punto a legitimación se otorgue para la impugnación directa de reglamentos, concluirá en una mejor protección del administrado frente al ejercicio de esta potestad ya que, empleando palabras de García de Enterría ("La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo" R.A.P. N.º 38, págs. 159 y ss., 1962) un "reglamento no es una simple amenaza potencial e incierta, sino una perfecta realidad actual,

como actual su incidencia sobre las situaciones jurídicas individuales, aun antes de los actos singulares de aplicación, por el solo hecho de modificar el orden jurídico e imponer —o pretender— una obligación de cumplimiento”.

## V. RECURSO INDIRECTO CONTRA REGLAMENTOS. SEDE ADMINISTRATIVA

Habíamos dicho al comienzo que el art. 73 del Decreto 1759/72 contemplaba dos supuestos; a uno de ellos, el recurso directo, ya nos referimos.

Cabe ahora referirnos al otro, que se da cuando el particular impugna el reglamento, que a través de un acto administrativo de contenido individual, le ha sido aplicado. Llamamos a este caso recurso indirecto para impugnar reglamentos.

No creemos necesario dar mayor argumentación, pues del texto de la norma surge clara esta facultad del administrado cuando dice: “Los actos administrativos... de alcance general, a los que la autoridad hubiere dado... aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos...”

### LEGITIMACIÓN EN EL CASO DEL RECURSO INDIRECTO

Tampoco creemos que en cuanto a legitimación para recurrir en estos casos pueda existir discrepancia alguna; tanto podrá hacerlo el titular de un derecho subjetivo como de un interés legítimo.

## VI. LAS ASOCIACIONES QUE REPRESENTAN INTERESES SECTORIALES Y EL RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA REGLAMENTOS

Cabe ahora considerar un punto que reviste cierta importancia y es el de si las asociaciones que representan intereses sectoriales, de carácter gremial, social, económico, etc., están legitimadas para impugnar reglamentos, en sede administrativa.

El tema es arduo, pues juegan detrás de él criterios que exceden el campo de un mero planteo técnico jurídico, para incursionar en valoraciones de política legislativa.

En un primer análisis de los textos del decreto 1759/72 podemos advertir:

- a) el art. 3º del mismo, al referirse a aquellos que serán considerados parte interesada en el procedimiento administrativo expresa “cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo”;
- b) el art. 74 que se refiere a la legitimación activa para interponer

recursos administrativos, excluye en forma expresa a determinados sujetos, entre los que no aparecen las asociaciones;

- c) el art. 36, referido a la unificación de personería, brinda a la Administración la facultad de exigir dicha unificación, cuando varias personas se presentaren formulando un petitorio del que no surjan intereses encontrados.

Concluyendo podríamos afirmar, que, en los casos en los que la asociación tenga personería jurídica y de sus estatutos surja que uno de sus objetivos es la defensa de los intereses del sector y la representación de los asociados frente a actos o disposiciones de la Administración, en conflicto con dichos intereses, podrá a pedido ellos, impugnar por vía directa o indirecta los reglamentos en sede administrativa. Pero se requerirá en cada caso, una manifestación expresa de voluntad de sus asociados potencial o concretamente lesionados.

No creemos que otra solución pueda surgir del reglamento en examen ya que, aun cuando en las normas referidas a la elaboración de los actos de alcance general se faculta a la administración a requerir el parecer de las personas que ostenten la representación de intereses sectoriales, no contiene, a diferencia de la Ley de Jurisdicción Española, por ejemplo, disposición expresa que legitime a dichas asociaciones para impulsar por sí solas el contralor a posteriori del ejercicio de la potestad reglamentaria. Y, sin que esto suponga un juicio terminante, no lo creemos conveniente para nuestra organización sociopolítica actual.

Sí, en cambio, nos parece importante, respecto de la actuación de estas asociaciones, que el decreto hubiera consagrado en su art. 107 una norma que obligara a la Administración a requerir el parecer de éstas respecto de todo proyecto de reglamento que incidiera particularmente en el sector, salvo que razones de defensa y seguridad o de urgencia fundada lo impidieran. Sería uno de los medios para instrumentar progresivamente canales de participación auténticos, aun cuando a priori parezcan quiméricos.

## VII. MOTIVOS PARA LA IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS EN SEDE ADMINISTRATIVA

### 1. Legitimidad

Entendido el reglamento por la ley 19.549 como un acto administrativo de alcance general, nos preguntamos si los elementos de dicho acto son idénticos a los enumerados por los arts. 7 y 8 y qué vicios pueden recaer en cada uno de ellos.

No nos cabe duda de que debe ser dictado por *órgano competente*; de que antes de su emisión deben cumplirse los *procedimientos* previstos en este caso en los arts. 103 y siguientes del Decreto 1759/72; que su *objeto* debe ser claro, cierto, física y jurídicamente posible; que deberá cumplir con la *finalidad* que resulte de las normas que le han otorgado facultades al órgano para dictarlo.

Alguna duda nos plantea sin embargo, la relación entre el elemento *causa y motivación*; no descartamos la necesidad de ambos, pero en cuanto a la motivación creemos que su observancia deberá ser apreciada teniendo en cuenta el carácter de generalidad que tienen los actos de esta índole y que impedirá que la misma sea excesivamente circunstanciada, pero no compartimos el criterio, aplicado por asimilación a la ley, de que el reglamento no necesita estar motivado, y en lo referido a la *causa*, particularmente con relación a los antecedentes de hecho, advertir que existirá más acentuadamente que en otros casos, discrecionalidad en el órgano administrativo para evaluarlos. Lo que se mantiene a nuestro criterio con idéntico vigor es la remisión al derecho aplicable.

En cuanto a la *forma*, va de suyo que descartamos la posibilidad de actos de alcance general que no tengan la forma escrita, en consecuencia no podrá hablarse de reglamentos verbales o tácitos.

Los vicios que recaigan sobre cualquiera de estos elementos convertirán al reglamento en nulo o anulable según que impidan o no su existencia.

Se podrá impugnar el reglamento por razones de ilegitimidad cuando:

- a) estuviera viciado en alguno de sus elementos o requisitos esenciales;
- b) contrarie normas de rango constitucional;
- c) verse sobre materias exclusivamente reservadas a la ley;
- d) verse sobre materias en las cuales el Congreso hubiera legislado;
- e) altere el espíritu de las disposiciones legales con excepciones reglamentarias;
- f) contrarie principios generales del derecho;
- g) se haya dictado excediendo los límites elásticos o concretos de las facultades discrecionales.

## 2. Oportunidad

La impugnación del reglamento por razones de oportunidad nos lleva a distinguir a dos supuestos:

- a) inoportunidad originaria;
- b) inoportunidad sobreviniente.

Frente a cada uno de ellos cabe la posibilidad de interponer un recurso administrativo.

Pero observemos que en el primero, —inoportunidad originaria—, mediante el recurso directo, brindaremos al administrado la facultad de impulsar el control a priori de las normas reglamentarias desde el punto de vista de su propio contenido político, es decir como expresión de una determinada línea de conducción gubernativa.

He aquí pues, un motivo más para sostener el recurso directo con criterio amplio en sede administrativa.

### VIII. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

El art. 12 de la ley 19.549, refiriéndose a la ejecutoriedad de los actos administrativos dispone que la interposición de recursos no suspende su ejecución, salvo disposición de norma expresa o que la propia Administración mediante resolución fundada así lo decidiera frente a determinados supuestos.

No creo que podamos aplicar lisa y llanamente la misma terminología tratándose de actos de contenido particular o de actos de contenido general; en el primer caso se podrá hablar de suspender su ejecución, en el segundo de suspender su aplicación.

Por otra parte, tampoco tendría el reglamento las excepciones a la ejecutoriedad, que consagra dicho artículo para el acto particular (la ley o la naturaleza del acto). El reglamento debe aplicarse por la Administración o cumplirse por los administrados, una vez cumplidos los requisitos de publicidad.

Consideramos que el problema más agudo se plantea frente a la interposición de un recurso directo contra el reglamento, en el que se solicite la suspensión de su aplicación.

La Administración deberá sin embargo, en todos los casos, realizar un rápido examen de los fundamentos del recurso, o de los que se esgrimieran en el escrito por el cual se solicita la suspensión de la aplicación de la medida, a fin de resolver con carácter urgente y evitar los efectos nocivos que pudieran a priori surgir del mantenimiento en vigencia de una norma ilegal, más grave quizá que el perjuicio derivado de la ejecución de un acto individual. Por ello creemos necesario reglar el procedimiento de impugnación de los reglamentos en una forma distinta de la de los actos administrativos y más acorde con las características de la norma que se impugna.

De todos modos, si surge en forma evidente su contradicción con el orden jurídico, sin necesidad de producir o de evaluar prueba alguna, la facultad de suspender o derogar la medida de carácter general se convertirá en una obligación para la propia Administración.

### IX. RECURSOS ADMINISTRATIVOS APLICABLES

Como antes dijimos, el Decreto 1759/72 carece de normas precisas que contemplen la técnica procedimental especial que supone la impugnación de reglamentos. Se requiere por lo tanto determinar qué recursos de los previstos, serán de aplicación.

La única mención que dicho Decreto establece en su art. 75, es con respecto al órgano competente para resolver; en efecto dispone: "...si se tratare de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general, será competente el organismo que dictó la norma general, sin perjuicio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicación".

Frente a esta norma caben varias interpretaciones:

a) se refiere única y exclusivamente a los casos de recurso indi-

recto, es decir de impugnación del acto de alcance general en ocasión del acto de aplicación del primero.

Si es así, caben a su vez otras consecuencias:

- a.1) la autoridad que dictó el acto de alcance general resuelve también sobre los posibles juicios del acto individual de aplicación.
- a.2) La autoridad que dictó el acto de contenido general resuelve sólo sobre la impugnación que se refiere a éste.

Entendemos que la primer solución es la correcta.

- b) se entiende que la norma del art. 75 se aplica también a los casos de recurso directo, es decir, a aquellos en los que no se ha dictado aún ningún acto concreto.

Frente a estas interpretaciones, concluimos que aun cuando aparentemente la norma se refiere al caso de recurso indirecto, debe aplicarse también a la impugnación directa de reglamentos.

Si la autoridad que dictó el reglamento es el propio Poder Ejecutivo procederían los recursos:

- 1) De reconsideración.
- 2) De aclaratoria.
- 3) De revisión (art. 22 de la ley, inc. a).

Si la autoridad que dictó el reglamento es un órgano inferior al Poder Ejecutivo en la Administración Centralizada (Ministro o Secretario) o la autoridad superior de un ente autárquico serían procedentes:

- 1) Recurso de reconsideración.
- 2) Recurso de aclaratoria.
- 3) Recurso de revisión.

Cabe hacer una reflexión respecto de la disposición referida a la autoridad competente para resolver. La circunstancia de que se trate de la misma que dictó el acto de alcance general ¿nos lleva necesariamente a la conclusión de que si el reglamento hubiera sido dictado, por ejemplo, por una entidad autárquica, no existiría el recurso de alzada, o bien si se tratara de un reglamento dictado por un Ministro, Director Nacional, no sería procedente el jerárquico?

Tal solución la entendemos como lesiva de la mayor garantía de los derechos del administrado que se pretendió otorgar con la figura de los recursos contra actos de alcance general, máxime, teniendo en cuenta que la sede administrativa será la única disponible para la protección de los intereses legítimos.

Por ello, creemos que la jurisprudencia administrativa que acerca de este tema se elabore, deberá reconocer la procedencia de los recursos cuestionados.

Nos planteamos la duda respecto de si existe a favor del administrado algún recurso para el caso de que la Administración omitiera dictar un reglamento.

Se trataría del supuesto en que una norma legal estableciera a la Administración la obligación de dictar un reglamento de ejecución o de integración.

La doctrina imperante, que comparto, expresa que la ley o norma de todos modos se aplicaría; pero puede suceder algún caso en el cual por ejemplo se establezca por ley un determinado régimen de promoción industrial (en "x" polos o zonas de desarrollo y con exenciones impositivas y otorgamiento de créditos especiales) dejándose librado a la reglamentación del Poder Administrador, la determinación de las industrias prioritarias de cada zona, de las condiciones y coeficientes de rentabilidad que deberán tener las empresas y los montos de los créditos a que podrán acceder, e inclusive se podrá agregar un término dentro del cual el poder administrador deber dictar las normas reglamentarias, sin las cuales será prácticamente imposible "de hecho", aplicar el régimen de promoción.

¿Qué puede hacer el empresario afectado por la omisión de la Administración?

¿Podría, si se tratara de un reglamento a dictar por un Ministro o Secretario de Estado interponer un recurso de queja, del tipo reglado en el decreto 1759/72, en su artículo 71?

¿Podemos extender la expresión de dicho art. 71, "...incumplimiento de los plazos legales... en que se incurriere durante el procedimiento" comprendiendo dentro del término "procedimiento" al procedimiento de elaboración de los actos de alcance general?

La solución ofrece dudas, y, en principio dejamos planteado el problema, pero convencidos de la necesidad de buscar pautas para su interpretación extensiva.

En todo caso quedaría al administrado una vía de protección, el amparo judicial, aun cuando, como sabemos, por un motivo u otro no ha tenido por parte de nuestros tribunales favorable acogida en casos de omisión de obligaciones reglamentarias a cargo del Poder Ejecutivo (Jubilados-Docentes) (Bidart Campos, Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo, pág. 300).

## X. CONSECUENCIAS DE LA ADMISIBILIDAD DE RECURSO

La decisión estimatoria de un recurso directo o indirecto contra un acto de contenido general, producirá la derogación total o parcial de la medida y su eventual sustitución por otra, tal como lo establece el art. 83 del Decreto 1759/72.

La anulación *erga omnes* no es, sin embargo, el único efecto que se produce en sede administrativa.

La parte final del referido art. 83 establece que la derogación tendrá efectos retroactivos respecto de los derechos que se hubieren adquirido al amparo de las normas anteriores pero concede, correlativamente, a los damnificados la posibilidad de obtener una indemnización por los perjuicios que hubieren efectivamente sufrido.

Igualmente, si la impugnación se realiza por medio de un recurso indirecto consideramos que el administrado perjudicado por el acto concreto de aplicación de un reglamento ilegítimo tendrá derecho a una indemnización resarcitoria.

## REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

JUAN F. LINARES

Antes de comenzar prefiero señalar a ustedes que mi disertación se va a referir solamente a la revocación del acto administrativo propiamente dicho, es decir, al de alcance individual y a sus efectos. Elimino por lo tanto la consideración del tema de la revocación con respecto a los reglamentos y a los contratos. Además voy a tener en cuenta solamente el acto administrativo de alcance individual que declara, reconoce, consolida, derechos subjetivos. Esta limitación la hago porque, debido al poco tiempo de que dispongo, prefiero analizar este aspecto de la cuestión que es la más candente y la que tiene más interés vital en cualquier país del mundo.

Debo agregar también que voy a referirme no solamente a lo que establece la Ley de Procedimientos Administrativos, sino también a la situación, al régimen jurídico vigente con anterioridad a esta ley, desde el momento que en esta forma se percibe mejor el sentido de lo que la nueva ley establece, ya sea en lo que confirma o ya sea en lo que modifica.

El concepto de revocación que voy a utilizar, nada más que para facilitar mi retórica, es un concepto un poco forzado. Cuando hable de revocación del acto administrativo, me voy a referir, en sentido lato, a la alteración del acto administrativo. Es decir, tanto a la derogación sin sustitución, como a la derogación con sustitución, como a la simple modificación. De modo tal que, a los efectos de mi exposición, defino la revocación en general como a la alteración de un acto administrativo por su autor o superior de modo tal que el acto, en sus consecuencias normativas, desaparece del orden jurídico o subsiste modificado.

Vale la pena señalar que lo que se revoca en el acto administrativo no es el acto de voluntad que lo genera (que en mi concepto es simplemente la fuente del acto administrativo, como el acto del legislador es la fuente de la ley). Este acto de voluntad genera el acto administrativo. Cuando está ya en el pasado, por ser un acto de conducta que se dio en el tiempo y en el espacio, no se puede revocar porque está en el pasado; el pasado está cosificado, desgraciadamente para el hombre, y sobre él no se puede volver. De modo tal que lo que se puede revocar es el aspecto normativo del acto y nada más.

Siempre me pareció ocioso polemizar sobre si, en principio, el acto administrativo es revocable o si en principio es irrevocable. Primero, no se puede hacer esta afirmación para todo el orden civilizado y apenas se lo puede hacer para un sistema jurídico concreto. Incluso, en la Argentina, esto tendría que motivar una especie de inventario para ver si son más los actos revocables que los no revocables y ese inventario cambiaría al día siguiente de hacerse, a raíz de cualquier ley nueva que se dicte sobre la materia. Para mí, lo que se puede afirmar sí, con verdad, es que todo acto administrativo es revocable siempre que lo revoque un órgano competente. Con esto no estoy sino afirmando la vigencia, en esta materia, del adagio "lex posterior derogat priori" y digo que, para que la ley posterior derogue a la ley primera, debe ser dictada por órgano competente. Esto, que parecería una verdad de Perogrullo, es a mi juicio lo más que se puede afirmar en esta materia y se lo puede afirmar sobre la base de otra verdad de Perogrullo pero que tiene una razón de ser de tipo filosófico-ontológico y que permite afirmar que toda norma jurídica —en cuanto es un ente— subsiste porque todo ente tiene una vocación de permanencia.

La norma subsiste durante todo el tiempo de su vigencia, salvo que ocurra algo que la modifique o que la revoque con el sentido lato. El ser tiene una vocación de subsistencia y de ahí viene la palabra substancia para calificar al ente; el ente subsiste mientras no influye una causa natural o humana o divina, porque el ente participa del ser que tiene esa potencia, esa pretensión de subsistencia. Una vez dictada una norma jurídica, una vez dictado un acto administrativo, que puede ser una norma jurídica o parte de una norma jurídica, va a ocurrir que esa norma subsiste hasta que no sea modificada, hasta que no sea alterada; como esta casa, como este edificio, subsiste una vez construido hasta que una causa natural o humana lo derribe. Entonces la norma jurídica subsiste mientras alguien con competencia suficiente no la derogue o hasta que se derogue por "desuetudo", que es un aspecto del derecho no legislado que en el otro también puede causar la terminación de la vigencia de una norma pero que no interesa en este momento considerar.

Y entonces, ¿cómo es que encaramos esta cuestión de la competencia del órgano administrativo para revocar un acto administrativo? Se trata, simplemente, de una cuestión de hermenéutica jurídica para determinar si ese órgano tiene, o no tiene, la competencia para revocar. ¿Cuál es entonces la solución de este interrogante en nuestro derecho? Me limitaré al derecho de orden nacional ya que estamos hablando en estos cursos de la ley que se acaba de sancionar recientemente. Nuestro país es un Estado de Derecho de constitución rígida, con declaración de derechos y garantías y con un artículo como el 95 sobre la prohibición de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones judiciales. Y además existe un artículo 19, del cual nunca nadie se acuerda, sobre todo porque nuestra Corte Suprema hace todo lo posible por que nadie se acuerde de él. Este artículo 19 no es nada más ni nada menos que el llamado principio de legalidad (yo diría más propiamente de legitimidad) que existe y que se da por supuesto y como

presupuesto de todo Estado de Derecho. Aunque no existiera el artículo 19 de nuestra Constitución, este principio sería prácticamente obligatorio para los órganos del estado y para los intérpretes del derecho administrativo. El principio de legalidad en uno de sus sesgos, de sus direcciones, establece que toda restricción a la libertad individual en sentido lato (es decir que comprende la propiedad y todas las otras libertades) puede establecerse solamente por ley formal o por ley formal-material, o por ley material fundada debidamente en algunas de esas dos especies de leyes, o en la Constitución para el caso de los reglamentos autónomos.

Es interesante advertir cómo este principio de legalidad, sin referencia alguna al artículo 19 de nuestra Constitución, es utilizado por la Corte Suprema en el caso "Carman de Cantón", que cambió radicalmente la tendencia anterior de la Corte Suprema en esta materia y que estableció que las pensiones, jubilaciones y retiros militares concedidos regularmente, son irrevocables. Y la Corte sostiene lo siguiente: que no es necesario, para llegar a esa conclusión, que haya una ley en el ordenamiento jurídico argentino que establezca la estabilidad de los actos como sostienen o sostenían Bielsa y Botet; sino que, por el contrario, lo que tiene que existir en el ordenamiento jurídico argentino para que el acto sea revocable es, precisamente, una ley formal o formal-material que lo establezca. Con la sobriedad propia de una sentencia de un tribunal tan alto e integrado en aquella época por eminentes juristas, la Corte Suprema llega a la conclusión de que es implícita, de que por vigencia de principios de legitimidad en nuestro sistema político, la revocabilidad es la que debe ser establecida por ley y no la irrevocabilidad.

Me interesa destacar, entre ustedes, el fundamento político-jurídico de la revocación por ilegitimidad y de la revocación por inoportunidad que son las dos especies clásicas de revocación en nuestro derecho.

El fundamento político-jurídico de la revocación por ilegitimidad, pese a que tampoco existe en nuestro régimen una norma que autorice a revocar por ilegitimidad, el principio lo sienta la Corte mediante una explicitación de una laguna en la materia, sobre la base de que lo que es irregular, lo que es vicioso, no puede subsistir, ni siquiera en sede administrativa, por la razón simple de que está en juego allí un principio funcional de un estado sano; y un principio de justicia como orden, que se impone a un principio de justicia como seguridad, que es la que llevaría a afirmar lo contrario. Se trata, en una palabra, de una pauta de tipo axiológico-jurídico de justicia e incluso de moral pública que late dentro mismo de ese principio o pauta de justicia. Es curioso que la Corte no haya hecho esta argumentación para sostener por qué es que si tampoco existiera una norma que autorice a revocar por ilegitimidad, ella se sentía autorizada o facultada para hacerlo. Pero me parece que el fundamento es ése, a punto tal de que hoy en día se ordena, se establece, la obligación de la administración de revocar los actos cabalmente viciosos.

En cuanto al fundamento de la revocación por inoportunidad entiendo que es el siguiente: ciertos actos administrativos, aquellos

generalmente discrecionales, se dictan sobre la base de un supuesto jurídico, de una circunstancia de hecho operativa que consiste en el uso, por la ley que rige este caso, de ciertas fórmulas elásticas como pueden ser, por ejemplo, la fórmula de utilidad pública, órdenes públicos, salubridad, buena fe, decoro y otras muchas muy conocidas. Estas fórmulas se refieren a situaciones sociales siempre muy vagas, muy fluidas y por tanto muy cambiantes en el transcurso del tiempo. De modo tal que puede suponerse que la cláusula "rebus sic stantibus" que está consagrada precisamente en esta materia como pauta valorativa, debe considerarse supuesta en todo acto administrativo discrecional, por lo pronto. Ya veremos el asunto de los reglados más adelante.

Es decir que, si la circunstancia bajo la cual se dictó el acto administrativo y que estaba mentada por una fórmula elástica por la ley, por su propia naturaleza deriva, evoluciona, en tal forma que lo que era oportuno inicialmente se convierte en inoportuno, se abre la posibilidad de la revocación por inoportunidad del acto. Pero todavía no quiero considerar el asunto de la competencia, que voy a tocar a renglón seguido, siempre dentro del tema del acto discrecional.

Con respecto al acto reglado, todos sabemos que ya la Corte declaró, en ese caso "Carman de Cantón", que es también revocable por inoportunidad, aunque lo curioso es que nunca la Corte aplicó ese principio. En todos sus fallos posteriores pareció olvidarse de lo que dijo en el caso "Carman de Cantón". Se trata de un típico razonamiento o razón o fundamento "orbiter dictum" como se le llama en el derecho sajón.

No sé si ustedes recuerdan lo que dijo la Corte en esa oportunidad. Se expresó así: "Es lógico que cuando se obra en virtud de facultades discrecionales, la revocación sea procedente y lo mismo puede ocurrir cuando, aun actuando y decidiendo en virtud de facultades regladas, el interés público que, como ha dicho esta Corte, puede confundirse con el orden público, reclame una modificación de status creada al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir en la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación".

Pero volviendo al tema de la revocación por inoportunidad y de la competencia para revocar, quiero señalar que la Ley de Procedimiento Administrativo expresamente, como ustedes saben, reconoce la competencia de la Administración Nacional para revocar por ilegitimidad y por inoportunidad.

¿Cuál era la situación anterior? Ante todo, es muy difícil sistematizar este aspecto de la jurisprudencia de la Corte; mucho más fácil es sistematizar el aspecto relativo a la revocatoria por ilegitimidad. Acá, salvo dos fallos que me parecen muy claros, el de "Cía. de Ferrocarriles del Pacífico c/ la Nación" y en "CADE c/Rafaele" y en algún otro menos claro y en toda una serie de fallos que podrían conformar estos dos fundamentales, parecería sentar ciertos principios muy opinables que yo voy a tratar de concretar con bastante imaginación. Y a propósito de esto, permítaseme un intermedio anecdótico.

Esto me hace acordar, lo que voy a hacer, a lo que hicieron dos personajes de Anatole France, uno de ellos un sabio y muy bien con-

siderado ensayista y lingüista francés, ya proveyo y por tanto me imagino que también sería académico y un joven licenciado en lingüística que fue a consultar a este profesor para preguntarle, para que lo ayudara a buscar el tema para su tesis, porque él no lo podía encontrar. Y entonces el profesor le dijo:

“Vea joven enfrente, mire la portera de un departamento que tiene un loro muy viejo que lo trajeron de Australia. Pertenecía a una tribu de indígenas muy primitiva y ya en extinción y acabó por extinguirse y quedó el loro, que vino a caer en manos de la portera. Ese loro repite siempre cuatro palabras del extraño idioma que él oyó en su juventud. Yo le recomiendo que su tesis consista en reconstruir ese idioma sobre la base de esas cuatro palabras, con lo cual Ud. habrá hecho algo en pro ilustre de su apellido y un gran servicio a la cultura de Francia”.

Yo tengo que proceder acá también con las cuatro palabras del loro, de modo que mis conclusiones son bastante opinables.

Así, por ejemplo, en materia de licencias, la Corte Suprema había declarado, fueran regladas o discrecionales, que son revocables sin indemnización (casos “Saladeros de Avellaneda”, “Santa Rosa” y “Bramante”).

Los permisos precarios, también revocables sin indemnización. En cambio, los derechos de concesiones mineras (caso de la “Cía. de Petróleo de la República c/Salta” y “Zambrano c/Pcia. de Jujuy”) aparecen muy protegidos. Parecería que el hecho de que las concesiones mineras sean siempre una concesión otorgada en ejercicio de facultades regladas, las llevó a esa enérgica protección, incluso contra la revocatoria por ilegitimidad, exigiendo que se ocurriera a la justicia para pedir la nulidad de la concesión.

En materia de concesiones de uso de bienes públicos, el asunto es un poco dudoso. El caso paradigmático es el caso “Bordie”, donde la Corte se expide en forma enérgica sosteniendo (pero acá seguramente también la concesión se habría otorgado en ejercicio de facultades regladas) que no es revocable ni directa ni indirectamente por la Administración. Hay otros fallos también por el estilo.

En materia de concesiones de servicios públicos la Corte, a mi juicio, establece que, en la parte accidental, secundaria de la concesión, puede ser modificada por la autoridad administrativa, alterada, revocada; pero no así en su parte esencial que, para ser alterada, requiere una ley formal o material-formal y además indemnización o, por lo menos, el procedimiento de la expropiación de un derecho porque se trata de una propiedad. Y acá hay un caso: “S.A. Puerto de San Nicolás c/Pcia. de Bs. As.”. Motivó muchas sentencias provinciales e incluso la sentencia de la Cámara Federal de La Plata. Esto lo cito, discúlpenme, porque es uno de los casos más patentes de cómo existe en el país y en cualquier país, un derecho imaginario y que a la larga se convierte en real. Porque este caso que era el de la Sociedad Puerto de San Nicolás c/Pcia. de Bs. As., consistía en lo siguiente: el Puerto de San Nicolás, empresa concesionaria de la Nación, inició un juicio de expropiación contra la Pcia. de Bs. As. por unos terrenos cerca del río. Entonces, el Tiro Federal, ubicado allí en un predio, se

opuso a esa expropiación, no así la provincia, sosteniendo que la concesión de la empresa expropiante debía ser caducada porque no había cumplido con sus obligaciones. Y entonces la Corte, por supuesto, rechazó la demanda y dijo que el juicio de si la concesión era o no revocable, no correspondía a la justicia o a un particular afectado sino al Estado mismo.

Dice el fallo: "Que aun cuando así no fuere y el usufructuario tuviere, en realidad, derecho para oponerse a la expropiación, tratándose de concesiones otorgadas por la Nación, su caducidad está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma, según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquéllos, sin que ningún interés de orden privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad de conceder".

Claro que los fallos siempre transcriben esta sentencia desde aquí, desde esta parte: "Tratándose de concesiones otorgadas por la Nación, su caducidad está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma". Es una linda transcripción para transcribirla a medias, pero si se la transcribe íntegramente se ve, con toda potencia, que acá no sienta ningún principio entre las relaciones de concesionario y concedente sino entre las relaciones entre concesionario y un particular oponente. Este fallo motivó muchos fallos en la provincia en aquella época—incluso uno de la Cámara Federal de La Plata.

Y sigo en el tema. Aquel considerando del caso "Carman de Cantón" al que antes me referí, nunca se aplicó en un caso bien claro de revocación de concesiones de uso de la vía pública y de concesiones de servicios públicos.

Luego, en el caso de las jubilaciones, retiros, pensiones, títulos universitarios, etc., desde el caso "Carman de Cantón" en adelante es bien claro que el acto es irrevocable y ni siquiera se plantean si por inoportunidad. A estar a lo afirmado en ese considerando, también tendría que ser por inoportunidad con indemnización, pero de hecho las modificaciones a este tipo de derechos subjetivos se ha efectuado siempre en nuestro país por ley, por ley que rebajó, por ejemplo, las jubilaciones y pensiones en una época de penuria de la Nación. Ahí están varios casos que lo deciden, como el caso "Ramos Mejía".

De modo tal que estos derechos que también se dictan como aplicación de normas conferentes de poder reglado, prácticamente son irrevocables salvo por ley que restrinja razonablemente esos derechos sin indemnización, o que los restrinja totalmente con indemnización. Ésa es la doctrina que surge de la jurisprudencia de la Corte.

En resumen: pese a lo que dice el considerando 5º del caso "Carman de Cantón" que yo les leí, a mi entender antes de dictarse esta ley, la teoría era la siguiente, a través de los fallos de la Corte: los actos reglados que confieren derechos subjetivos son revocables solamente sobre la base de una clara ley formal que lo autorice o por medio de una expropiación, y con indemnización. Esta protección se hace muy especialmente con respecto a las concesiones mineras y es evidente, a raíz de dos considerandos que utiliza la Corte en un caso "Cía. de Tranvías c/Municipalidad de Quilmes" y en otro "Cía. de

Electricidad de Corrientes c/Pcia. de Corrientes”, en los que dice que: “siendo la concesión un derecho de propiedad, la forma de alterarla es la forma en que se altera cualquier derecho de propiedad, es decir mediante expropiación.” Solamente la Corte hace la excepción cuando se trata de una urgente necesidad de tomar posesión de esos bienes por razones del servicio público y, para este caso, es de aplicación el artículo 2512 del Código Civil de la expropiación anómala que expresamente autoriza a la autoridad, sin procedimiento alguno, a incautarse de bienes del dominio privado con cargo de iniciar la expropiación y el pago de la indemnización cuando llegue el caso.

Ahora, la Ley de Procedimiento Administrativo establece la ley formal necesaria para que sea legítima y constitucional una revocación por inoportunidad y, obviamente, por ilegitimidad, porque ambas alternativas están previstas en la ley. Queda en el tintero el saber si la revocación se hace directamente en sede administrativa o se la debe pedir a la justicia y cómo es el juicio de indemnización en caso de esta revocación.

Para mí la revocación puede ser hecha en sede Administrativa sin perjuicio de que el Estado, o el particular, inicien juicio ordinario o de expropiación si quiere, para obtener la indemnización.

En cuanto a los llamados meros actos administrativos, como son los actos de registración, inscripción, certificaciones y notificaciones, yo entiendo que eso no está incluido en el texto de la ley; creo que debe restringirse su extensión y no permitirse que, so pretexto de aplicación de esta norma, pueda ser revocado un acto de registro, una inscripción, una certificación o una notificación simplemente por razones de inoportunidad. Podrá serlo por razones de ilegitimidad, pero no de inoportunidad. A mí me parece que acá estamos ante un acto plenamente reglado que está bajo la protección de la ley y de la exigencia de la expropiación e indemnización.

Por último, los actos jurisdiccional-administrativos, digamos de tipo de sentencias, también son irrevocables incluso bajo la vigencia de esta ley si se hace la distinción debida y, tanto más, cuando el artículo 99 del Reglamento establece que son prácticamente intangibles.

Vamos ahora al tema de la revocación por ilegitimidad en especial y sus consecuencias.

Cuáles son las consecuencias de la revocación por ilegitimidad y hago distinción entre consecuencias temporales, y consecuencias materiales. En cuanto a las consecuencias temporales, antes de dictarse la Ley de Procedimiento Administrativo, era evidente que una revocatoria por ilegitimidad, si era ejecutoria, originaba la nulidad con efecto retroactivo y también para el futuro. Los actos de cumplimiento instantáneo, si se habían cumplido, también exoneraban a la parte obligada a cumplir su prestación y, si se habían cumplido ya, entonces no había posibilidad de efecto cuando se trataba, por ejemplo, de un acto del ejercicio del derecho de reunión. Pero sí cuando se trataba la consecuencia del acto revocado de entregar algo que ya se entregó y entonces, como consecuencia de la revocatoria por ilegitimidad, queda el particular en la obligación de devolverlo o el Estado en su caso.

El aspecto más importante de esto es cuando se trata de actos de tracto sucesivo en cuyo caso la misma ley, en su artículo 17, innova en este sentido. Mientras antes, los actos de cumplimiento sucesivo revocados por ilegitimidad y siempre que hicieran ejecutoria, ejecutoriedad propia, causaban la revocación de efectos para el pasado y para el futuro como si fuera una sentencia judicial; ahora, a raíz de la modificación introducida por la ley, la supresión de los efectos futuros debe recabarse ante la justicia. Al referirme a la ejecutoriedad voy a volver sobre este punto.

Veamos ahora las consecuencias materiales de la revocación por ilegitimidad. Me refiero principalmente al tema de la ejecutoriedad de la revocatoria por ilegitimidad. Cabe la pregunta: ¿es toda revocatoria por ilegitimidad ejecutoria, con ejecutoriedad propia? Lo que dice la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 12 es que, en principio, debería ser ejecutoria, en general, por ser un acto administrativo, salvo disposición legal en contrario o salvo que la naturaleza del acto obligara a ocurrir a la justicia.

Para mí esto no hace otra cosa que, más o menos, consagrar lo que ya venía establecido, no me atrevería a decir en la jurisprudencia, pero sí en lo que era el sistema anterior a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Qué se puede entender, aún refiriéndonos al sistema anterior, por estos actos que son ejecutorios con ejecutoriedad propia, es decir, "manu militari" por la propia administración. Para mí, aquí hay que hacer una distinción: todo lo que se refiera a restitución al Estado de bienes de dominio público, está cubierto por una ejecutoriedad propia, es decir que el Estado puede "manu militari" recobrar el uso de un bien de dominio público dado a un particular en uso especial. También puede hacerlo con la propiedad privada que constituía una unidad empresarial con el bien de dominio público, con el objeto de prestar un servicio público. A mí me parece que, por aplicación de este artículo que les refería —el 2512 del C.C.—, esa propiedad anexa y accesoría a un bien de dominio público como pudiera ser, por ejemplo, una usina hidroeléctrica instalada en el río, en una caída de agua, en este caso la ejecutoriedad también accede al dominio privado, anexo al bien de dominio público y siempre que integren una unidad de servicio público.

Ahora, con respecto a los actos unilaterales, a los que nos veníamos refiriendo, es necesario distinguir entre actos revocados que establecían obligaciones a cargo del Estado y éste las cumplió. La obligación de restituir el bien que el Estado entregó al particular plantea, evidentemente, un problema de ejecutoriedad propia del acto revocatorio. Para este caso yo aplicaría el mismo principio con la restricción referida un poco antes, es decir, que si lo que se tiene que recuperar por el Estado es un bien de dominio público o un bien de dominio privado anexo al dominio público, la revocatoria es ejecutoria.

Ahora, ¿cuáles serían las excepciones que en definitiva quedarían, cubriendo la no ejecutoriedad propia del acto? A mi juicio podría hacerse una enunciación, no taxativa sino meramente enunciativa, que

podría ser la siguiente: no causa ejecutoriedad propia la restitución al Estado de bienes de dominio privado (salvo los anexos al dominio público), el cobro de sumas de dinero y el recobro de impuestos en caso de una exención impositiva que era revocada o caducada. Éstos son los tres casos, digamos, para mí más típicos en que el acto administrativo revocatorio por ilegitimidad no hace ejecutoriedad propia.

Ahora, el otro caso, es el de los actos revocados que establecían obligaciones a cargo de un particular y éste cumplió, es decir que aquí quien tiene que devolver es el Estado al particular.

Evidentemente acá no puede haber ejecutoriedad del particular contra la administración. Y por último el caso del acto revocado que establecía obligaciones recíprocas o conmutativas que se resuelven, a mi juicio, aplicando para cada uno de los obligados los mismos principios a) y b) antes señalados.

Y pasemos ahora a la revocación por inoportunidad y sus efectos.

El artículo 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo no distingue entre revocación por inoportunidad de actos reglados y discrecionales. En el sistema anterior vigente, para mí podría hacerse la distinción porque no existía una ley que lo impidiera. Sin embargo no me animo a afirmar, como parte de la doctrina, que el acto reglado, a diferencia del acto discrecional, es revocable siempre por inoportunidad. Me parece que esa revocación es posible solamente cuando se ven determinadas circunstancias que convendría con justicia distinguir.

Debo empezar por señalarles que la diferencia fundamental —a mi juicio— entre el acto reglado y el acto discrecional, estriba en lo siguiente: mientras en el acto discrecional la circunstancia de hecho operativa o presupuesto según el cual debe dictarse el acto administrativo, está mentado con una fórmula rígida por la ley, el presupuesto o circunstancia de hecho operativo del acto discrecional está mentado por una fórmula elástica.

Ejemplo de la primera especie, por ejemplo, el uso de vocablos como locador, locatario, hipoteca, padre de familia, usina hidroeléctrica, elector, vía pública o cualquier referencia a objetos naturales, biológicos o no biológicos como ganado, plantas, trigo, etc., etc.

Llamo yo fórmulas rígidas a éstas, excediéndome un poco, porque no encuentro otro vocablo para designarlas. Lo cierto es que todas las palabras de cualquier habla natural, de cualquier idioma, son siempre vagas, nunca tienen la certeza ni la certidumbre de los objetos matemáticos. En cambio no todas las palabras por ejemplo, son ambiguas pero sí todas las naturales, los lenguajes naturales y técnicos que son los que se utilizan en el derecho, siempre son vagas en el sentido de que tienen un núcleo central semántico y alrededor un grupo adyacente, semántico también, con significaciones accesorias que imprime, al núcleo central semántico, una ola de penumbra autorizante de la afirmación de que todo vocablo de cualquier lengua, es siempre vago. Tal vez sea un exceso llamarle a un vocablo vago, una fórmula rígida, pero yo no encuentro por ahora otra locución que la reemplace.

Obviamente la norma que tiene este tipo de presupuesto o circunstancia de hecho operativa, no contenga ninguna fórmula elástica,

tiene que ser interpretado y, en esa interpretación, va a jugar la necesaria valoración jurídica del caso para elegir cuando sea necesario una especie de ese género o aplicarlo en su universal extensión o recurrir a la extensión interpretativa.

Siempre es necesario interpretar y toda interpretación tiene un arbitrio necesario bajo este aspecto. En cambio, en el caso de las fórmulas elásticas que dan pie a los actos administrativos discrecionales, ya la fórmula misma es mucho más vaga que la anterior y por eso las llamo elásticas cuando se refiere por ejemplo, a la ley, al orden público, a la utilidad pública, al bien público, a la buena fe, etcétera.

Ahora bien, es evidente, por algo que ya les dije antes, que cuando se trate de un acto discrecional, esta circunstancia operativa mencionada por la ley, tiene algo así como por razón de su propia naturaleza, la permanente posibilidad de cambiar, de alterarse con el transcurso del tiempo. En cambio, no ocurre así con las fórmulas rígidas del acto reglado, porque evidentemente, si ustedes comparan si ha cambiado desde el año 1930 hasta ahora el concepto, digamos, o la significación del vocablo "padre de familia", si ha cambiado tanto como ha cambiado por ejemplo, el concepto de "moralidad media en la Argentina", es evidente que el concepto de "moralidad media" o de lo que es "utilidad pública", especialmente "utilidad pública", cambia mucho más rápidamente con el transcurso del tiempo que esos otros objetos, ya sean de la naturaleza, ya sean matemáticos o ya sean culturales, que mencionan las fórmulas rígidas. Es por eso que, con respecto al acto discrecional, la Corte nuestra y muchos autores, sostienen que "in verum naturae" todo acto discrecional puede ser revocable por inoportunidad.

Con respecto a los actos reglados también existe cierta posibilidad de que siendo originariamente oportunos se conviertan, con el transcurso del tiempo, en inoportunos.

De modo tal que, en este sentido, estoy conforme con quienes dicen que también los actos reglados son revocables por inoportunidad.

Ahora, ¿cuáles son las consecuencias de la revocación por ilegitimidad del acto administrativo? Aquí se presentan las mismas consecuencias que para el acto revocado por ilegitimidad con la diferencia de que el efecto es, o las consecuencias son, solamente para el futuro desde el momento que el acto era válido y se lo revocó por inoportunidad precisamente por ser válido y no inválido. Es decir que la revocatoria por inoportunidad sólo produce efectos para el futuro.

En cuanto a los efectos materiales, especialmente la ejecutoriedad, entiendo que deben aplicarse los mismos principios que para la ejecutoriedad propia de la revocación por ilegitimidad. Es decir que, cuando existe ejecutoriedad para la otra especie de revocatoria, existe también ejecutoriedad para este tipo de actos.

Nuestra Ley de Procedimiento Administrativo, por supuesto, no hace tampoco la distinción entre los efectos de la revocación por ilegitimidad y por inoportunidad, pero me parece fácil hacerla sobre la base del derecho vigente anteriormente y sobre la base también, de lo que ahora establece la Ley de Procedimiento Administrativo.

# LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL URUGUAY

ALBERTO RAMÓN REAL

- SUMARIO: I) *Ocasión del presente trabajo.*
- II) *Referencias históricas. Diversidad de fuentes de la regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay.*
- III) *Rasgos generales de la evolución contemporánea del procedimiento administrativo. Atenuación del autoritarismo napoleónico por el debate contradictorio previo, de inspiración angloamericana.*
- IV) *Comparación de algunas soluciones fundamentales vigentes para el procedimiento administrativo, en Argentina y Uruguay.*
- V) *Recomendaciones para perfeccionar el imperio del derecho y la protección del administrado.*

## I. OCASIÓN DEL PRESENTE TRABAJO

La reciente sanción de la ley nacional argentina de procedimientos administrativos, N° 19.549, del 13 de abril de 1972, reglamentada por decreto N° 1759, de 13 de abril de 1972, ha sido la ocasión propicia para la realización de estas jornadas, en las que me toca presentar este breve informe sobre el procedimiento administrativo en el Uruguay.

Antes de entrar a nuestro tema queremos destacar las virtudes técnicas de la ley argentina, su fundamentalidad, brevedad, concisión y claridad de estilo, que la convierten en un documento legislativo ejemplar. Con acierto plausible se han librado al decreto reglamentario los detalles de aplicación o rutina de menor permanencia, para facilitar su reforma, según lo que aconseje la experiencia. Se han reservado, en cambio, al texto de rango legal las normas que enuncian principios generales y fundamentales, apoyados en sólida doctrina y generalmente aceptados, propios de una codificación legislativa.

## II. REFERENCIAS HISTÓRICAS. DIVERSIDAD DE FUENTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL URUGUAY

El procedimiento administrativo no fue objeto de ninguna regulación, general y sistemática, en el periodo de formación de la legislación codificada nacional, en la segunda mitad del siglo XIX.

No obstante, es justo destacar los estudios doctrinarios y proyectos, avanzados para su época, de Luis Varela, quien publicó en 1901 y 1906, dos tomos acerca "De lo contencioso-administrativo".

En el primero incluyó un capítulo sobre los recursos motivados por lesión de intereses (VII). En el párrafo IV de la Sección II de este capítulo incluyó Varela un agudo comentario sobre el procedimiento administrativo. En el tomo segundo, que contiene el "Ensayo de un código sobre la materia" contencioso administrativa defiende el autor, con excelentes razones, la posibilidad de someter los reclamos de orden puramente administrativo a un procedimiento regular preestablecido y proyecta regular lo relativo a los recursos de oposición, jerárquico y de revisión, incluyendo normas sobre formación de los expedientes, términos, providencias y su comunicación y sobre la responsabilidad disciplinaria de los "funcionarios o empleados que demorasen injustificadamente el despacho de los asuntos, acordasen trámites manifiestamente innecesarios o de cualquier modo infringiesen las reglas de procedimiento establecidas, faltasen al buen desempeño de los deberes que ellas les imponen, o a sabiendas o por ignorancia inexcusable propongan o acuerden una resolución manifiestamente injusta" (art. 539).

En 1908 se publicó el "Proyecto de *Código de Procedimiento Administrativo* y de lo Contencioso-Administrativo", formulado por el Dr. Luis Varela, precedido del informe de la Comisión, redactado por el Dr. Carlos Ma. de Pena.

El Dr. De Pena, luego de historiar las tentativas de codificación administrativa, explica que la Comisión prefirió concretar su labor a "una condensación sistemática de la parte más sustancial y poco mutable de las materias administrativas; responde a consagrar en un cuerpo ordenado disposiciones de carácter técnico, estable: una gran parte de las reglas y formas de la actuación administrativa; los principios jurídicos que rigen los recursos puramente administrativos; y el recurso judicial contencioso-administrativo, así como la jurisdicción y competencia de los tribunales de la materia".

El proyecto se desenvolvía a través de cinco libros concernientes a las *reglas generales de actuación administrativa* (I), a la instrucción de los expedientes (II) en lo principal, incidentes y tercerías, a los reclamos por lesión de intereses, recursos de oposición, jerárquico y de revisión (III) y contencioso administrativo por lesión de derechos y conflictos (IV y V).

El 27 de junio de 1910 el Poder Ejecutivo desempeñado por el Dr. Williman, por intermedio del Ministerio del Interior, a cargo del Dr. José Espalter, integrante de la Comisión revisora del proyecto Va-

rela, remitió a la Asamblea General, este proyecto con modificaciones redactadas por el autor a indicación de dicho Poder para hacer los procedimientos administrativos "menos rígidos, más amplios, como cuadra a la Administración cuya facultad discrecional no debe ser coartada ni amenazada por inflexibles reglas, sin graves inconvenientes". Se terminaba recomendando la aprobación del Código "a libro cerrado" para evitar dilaciones sin término: "es por eso que en nuestro país los Códigos han sido la obra de las dictaduras, o se han aplazado indefinidamente, toda vez que no se ha resuelto su sanción en conjunto y sin discusión particular". Esta valiosa iniciativa nunca fue sancionada por el Parlamento. Se siguió, durante muchos años, con el régimen de leyes sueltas y especiales, que regulaban determinados procedimientos, en ausencia de un régimen general.

Las Constituciones de 1934 y 1942 previeron la institución del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, pero tampoco tuvieron sanción los proyectos de leyes tendientes a implantarlo. Es por esto que la Constitución de 1952, mantenida en este aspecto por la vigente de 1966, estableció directamente dicho Tribunal, y, con tal motivo, previó ciertos detalles del procedimiento administrativo, en materia de recursos, a fin de regular el agotamiento previo de la vía administrativa.

Fue justamente criticada la rigidez que implica la constitucionalización de esta materia, comúnmente librada a las leyes ordinarias y reglamentos, más fáciles de reformar, para su adaptación a las exigencias cambiantes de la vida administrativa.

En el interín algunas leyes especiales regularon los efectos del silencio, como negativa (ley orgánica municipal de 1935) o como acogimiento de la petición o recurso del interesado. La Constitución estableció plazos uniformes para recurrir y para decidir y determinó el efecto negativo del silencio de la Administración (arts. 317 y 318).

El decreto reglamentario de 9 de julio de 1954 estableció reglas sobre la terminología a emplear en los actos de la administración. Definió la resolución, el decreto y los recursos de revocación, jerárquico y de anulación, previstos en el art. 317 de la Constitución. Contiene instrucciones acerca de las normas típicas de redacción de las resoluciones y decretos. Un decreto con normas complementarias de la misma fecha, reglamenta la obligación de anotar en los escritos la fecha de su recepción, la inutilización del sellado de reposición y de los timbres y la exhibición de expedientes, con fines de consulta. Ésta es permitida en todos los casos, salvo respecto a las piezas confidenciales, y se realizará en las oficinas al interesado, su abogado o patrocinante, mediante simple solicitud verbal, si el expediente estuviere en estado de ser exhibido.

La ley N<sup>o</sup> 12.243, de 20 de diciembre de 1955, extiende los plazos administrativos que vencieren en feriado hasta el día hábil inmediato siguiente.

Un muy importante decreto reglamentario, de 12 de mayo de 1964 que se comentará en el parágrafo IV, fue incluido en la Recopilación de 1966.

En 1966 se realizó un plausible intento de consolidación, por de-

creto reglamentario y en un texto único, de las normas principales (incluidas las de la Constitución) sobre procedimiento y recursos administrativos, a fin de uniformar la terminología y las prácticas imperantes en la Administración, en la materia. Es el decreto N° 575/966 de 23 de noviembre de 1966.

El entonces Director de Justicia del Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social, Dr. Juan L. Aguerre Cat, que preparó la compilación, expuso en un conceptuoso prólogo, la historia de las anteriores tentativas de codificación, que ya hemos reseñado, y luego expuso el alcance y método del trabajo. Se trató de unificar y ordenar normas vigentes, en una tarea de "sistemática jurídica", que no pretende valoración de las disposiciones unificadas. Considera el autor que se trata de un trabajo previo a la obra de codificación propiamente dicha, que supone la unificación conceptual de las normas y su previo enjuiciamiento normativo para mantenerlas, derogarlas, modificarlas o sustituirlas, en el nuevo texto.

Se explica, además, que se incluyeron solamente las normas generales, excluyendo los múltiples procedimientos particulares, aplicables a determinadas actividades específicas de la Administración. Únicamente se incluyó, en el decreto, la regulación de tres procedimientos especiales de amplia aplicación en toda la Administración: sumarios, licitaciones y expropiación.

La recopilación mencionada es un documento de cuidada técnica y de gran utilidad práctica, puesto que indica las fuentes de cada disposición y deroga expresamente todas las que se reproducen en el texto único.

En los seis años transcurridos desde que se publicó la Recopilación, si bien lo esencial del reglamento sigue vigente se han dictado normas sustitutivas (en materia de licitaciones, por ejemplo) y algunas complementarias, etc., que reclaman la actualización del cuerpo normativo preindicado, tarea que está realizando una comisión en las oficinas de la Presidencia de la República.

Desde luego, en esta visión, de grandes líneas, a vuelo de pájaro, no encaramos los procedimientos interorgánicos de contralor, de los Entes autónomos, por ejemplo, ni los especiales como los de policía laboral, que, desde luego, se rigen por los principios generales, de origen constitucional, salvo detalles, ni tampoco múltiples procedimientos internos, como los relacionados con la contabilidad administrativa y el trámite de las observaciones de los órganos de control de legalidad financiera.

### III. RASGOS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. ATENUACIÓN DEL ORIGINARIO AUTORITARISMO NAPOLEÓNICO POR EL DEBATE CONTRADICTORIO PREVIO

Vamos a centrar nuestras puntualizaciones en los procedimientos que relacionan a las autoridades administrativas con los administrados

y con los funcionarios, en tanto que son titulares de derechos e intereses propios, pues es en estos procedimientos donde se ponen de manifiesto los fenómenos contemporáneos, de "jurisdiccionalización", formal o aparente, del procedimiento administrativo. Es en estos procedimientos donde se pone de manifiesto la exigencia de garantías, necesarias a la vez para la tutela del interés legítimo del administrado y para la buena administración. Estas garantías constituyen otras tantas limitaciones o sumisiones del poder autoritario al derecho. Ellas compensan, en cierto modo, los privilegios derivados de la acción de oficio, la ejecutoriedad de los actos administrativos, su presunción de legitimidad, la falta de efecto suspensivo de los recursos, la necesidad que tiene el administrado de comparecer, como actor ante la Justicia y de soportar las dilaciones del litigio, con la esperanza de obtener una reparación a posteriori, mientras la voluntad administrativa se impone en los hechos durante años y crea hechos consumados cuya eliminación retroactiva se vuelve imposible. En tales casos la anulación jurisdiccional suele volverse una "mera censura doctrinal", intrascendente.

Es por todos estos inconvenientes del sistema autoritario, napoleónico, del clásico *droit administratif*, de origen continental europeo, que poco a poco se han ido atenuando los rasgos de unilateralidad y autoritarismo del procedimiento administrativo tradicional, para complementarlos con institutos propios de la bilateralidad y el debate contradictorio, previos a la decisión, con participación de los interesados, que caracterizan al derecho público anglosajón. El derecho administrativo de los países del *common law*, aparentemente menos desarrollados en cuanto a la especialización técnico jurídica, hasta el punto de que algunos autores clásicos negaron la existencia de derecho administrativo en Inglaterra (por la falta de una jurisdicción administrativa especial, sistematizada orgánicamente) sin embargo ha dado ejemplos muy estimables de creación democrática de las decisiones y preceptos administrativos, frente al método autocrático tradicional.

Kelsen ha contrapuesto democracia y autocracia según los grados de participación de los gobernados y administrados en la elaboración de las normas que los han de regir. Esta pauta teórica es aplicable al caso.

La participación de los interesados en el procedimiento administrativo no sólo favorece el interés legítimo de los administrados: es garantía de justicia, del imperio del derecho (*rule of law*) y también de acierto, porque los interesados aportan su conocimiento especial de los asuntos en que son parte o acerca de los cuales están especialmente informados en razón de su actividad habitual, y coadyuvan a la buena administración. Por otra parte hay mayores garantías de eficacia y fiel acatamiento de las decisiones que están prestigiadas por un previo debate racional, en el que participan las partes o los representantes de los grupos interesados en el asunto y/o concedores del problema. La intervención del gremio de funcionarios en los Consejos de Disciplina y de ciertas instituciones, prestigia las respectivas sanciones, sumando la fuerza del espíritu de cuerpo institucional, celoso de la reputación ético-profesional del grupo, al poder jerárquico de la autoridad del servicio. La intervención de los colegios profesionales en los actos de po-

licia profesional, de las asociaciones laborales y sindicatos obreros, o de los representantes directos de los interesados en la administración de institutos de seguridad social, de composición tripartita, a veces de naturaleza "paraestatal" y en materia de fijación de salarios y precios, son algunas de las múltiples formas contemporáneas de colaboración de los administrados en la elaboración de los actos del poder público que les conciernen.

El debate contradictorio previo, en busca de la solución más justa, más práctica, más conveniente y que suscite menos resistencias, lleva a la asimilación de algunas formas de garantía del proceso judicial, relativas a la bilateralidad, la igualdad de las partes en cuanto a oportunidades de defensa, la obligación de oír a la otra parte, la posibilidad de probar, alegar y recurrir ante órganos superiores o ante terceros imparciales. Esto ha llevado a algunos autores a hablar, metafóricamente, de "jurisdiccionalización" de ciertos procedimientos pero esta palabra debe tomarse meramente como expresiva de una tendencia garantista, y no puede llevarnos a confundir la esencia de lo administrativo con lo jurisdiccional. El proceso, propiamente dicho, disciplina el ejercicio de la función jurisdiccional y tiene por finalidad *decir el derecho (ius dicere)*, y *decirlo con fuerza de verdad definitiva*, mediante la cosa juzgada. En el procedimiento administrativo se realiza función administrativa, que tiene por fin primordial *velar por el interés público*, ejecutando el derecho o dentro del derecho más que realizar el derecho.

Esta distinción doctrinaria esencial, muy precisamente formulada por los clásicos publicistas germanos, fue recordada en forma muy oportuna por el mensaje con que el Poder Ejecutivo uruguayo envió al Parlamento el proyecto de Código de procedimiento administrativo, redactado por el Dr. Luis Varela. El Dr. José Espalter, Ministro del Interior del Presidente Williman, que suscribió el mensaje, fue un preclaro estadista, ilustrado cultor del derecho público y a la vez un práctico consumado del gobierno y la administración, que sirvió durante cuarenta años desde los más altos cargos, de legislador y de Ministro. Sus obras y discursos parlamentarios son aún, pese al transcurso del tiempo, fuente de referencia, plena de sabiduría.

Es natural que su cultura jurídica y su experiencia de estadista le hicieran ver el peligro de convertir a las oficinas públicas en juzgados, donde el flujo de las decisiones requeridas por el interés público se atacara aún más, en el marasmo del expedienteo, si se asimilara el procedimiento judicial para regir la actividad administrativa, privándola de su necesaria agilidad y dinamismo y de cierta dosis, irreductible, de discrecionalidad para velar por el interés público, bajo responsabilidad política.

Y las decisiones finales de la Administración, tomadas bajo el apremio de intereses públicos impostergables, si bien gozan del beneficio de acatamiento previo (ejecutoriedad) están signadas por la *provisoria*, propia de lo circunstancial y relativo y sujetas al examen jurisdiccional ulterior de su legalidad, que determinará su definitivo destino. Estas diferencias esenciales no pueden perderse de vista.

Un mérito destacable de la moderna regulación garantista del pro-

cedimiento administrativo es su eficacia *preventiva* de la ilegalidad, particularmente recomendable dada la lentitud que torna tardía la justicia a posteriori, proveniente de los tribunales, tanto judiciales como administrativos. El mito del contencioso-administrativo francés, o de inspiración francesa, como paradigma del Estado de derecho, se deteriora día a día en el país de origen y en los imitadores, como el Uruguay, por la tardanza de los litigios y las dificultades opuestas a la ejecución de la sentencia anulatoria, derivadas tanto de la mala voluntad y las chicanas de la Administración, como de los obstáculos, de hecho, creados en el tiempo de duración del litigio. La falta de efecto suspensivo de los recursos y de la acción de nulidad y la timidez en la aplicación de las excepciones a este principio, facilitan la permanencia eficaz de la ilegalidad.

Por esto es también plausible cuanto se haga, preventivamente, por evitar el dictado del acto administrativo ilegal. Y, sin duda, la regulación técnico-jurídica del procedimiento administrativo, es una de las mejores soluciones tendientes a evitar la ilegalidad administrativa. No sólo la audiencia del interesado y las pruebas que éste aporte son importantes. Los dictámenes técnicos, las consultas jurídicas, cuya solicitud es obligatoria, cuando deben requerirse a funcionarios técnicos de carrera, inamovibles, constituyen otros tantos frenos morales a la arbitrariedad administrativa, inherentes a la tendencia natural de todas las autoridades al abuso del poder, que indicó Montesquieu: "*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. . . pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*" (De l'Esprit des Lois, XI, 4).

La complejidad de la administración *tecno-burocrática* moderna, en el Estado intervencionista, dirigista y planificador, de nuestro tiempo, hace particularmente necesarios los mecanismos de garantía, entre los cuales se destaca la regulación constitucional, legal y reglamentaria, del procedimiento administrativo. El débil administrado debe enfrentar a cada momento, de la cuna a la tumba, no sólo al consuetudinario autoritarismo del poder político, sino también al *nuevo despotismo* burocrático, justamente anatematizado por el muy tradicionalista liberal británico, Chief Justice *Lord Hewart*. Este despotismo sirve a (y se apoya en) Administraciones gigantescas, que procurando generalizar el bienestar, suelen restaurar el Estado de policía, sin traer el bienestar.

El poder burocrático de los expertos (competencia) sumado a la autoridad de la institución gubernativa, constituye un poder minoritario que, como lo advirtió sagazmente el genial *Hauriou*, prevalece, en los hechos, sobre el poder político mayoritario de dominación, radicado, teóricamente en los parlamentos, representantes del pueblo. Las observaciones que *Hauriou* formulaba al finalizar la década del 1920, en tiempos de la IIIª República francesa, son hoy más pertinentes que nunca, después de que los años de la gran depresión, de la pre-guerra, de la guerra y la post-guerra, sembraron al planeta entero de revoluciones, dictaduras y autoritarismos de todos los colores. La tendencia al reforzamiento del Ejecutivo y de sus burocracias no ha hecho

más que afianzarse. Por eso pudo decir un administrativista (Brandao Cavalcanti) que si el siglo XIX fue el siglo de los Parlamentos, el siglo XX es el del Poder Ejecutivo, en cuanto a la atención de los publicistas.

Los burócratas y las castas de jerarcas del partido (único o predominante) o las logias militares, u otros poderes ocultos "detrás del trono" suelen prevalecer, en intensidad de poder de decisión, anónimo o irresponsable, sobre los gobernantes aparentes, delegados por la soberanía nacional. Frente a todas estas posibilidades de opresión, traducidas en el poder de dar y negar (u omitir), vitales prestaciones y de imponer toda suerte de prescripciones y órdenes, la regulación jurídica del procedimiento es un dique necesario de contención, que defiende de la persona humana del desborde autoritario.

Es, por esto, que hasta en los regímenes más totalitarios y autoritarios, los de Europa Oriental, regidos por partidos únicos, se extiende la práctica de la codificación del procedimiento administrativo más necesaria que nunca donde son insuficientes o están ausentes, los controles jurisdiccionales independientes, característicos del Estado de derecho. La llamada "legalidad socialista", que es una especie de disciplina, impuesta por el partido a los funcionarios y a las poblaciones, también se expresa mediante sistematizaciones codificadas del procedimiento administrativo que previenen contra los riesgos del personalismo y la discrecionalidad de las administraciones inferiores. Checoslovaquia, Yugoslavia, Polonia, Hungría, Bulgaria, tienen sus códigos o leyes orgánicas, de procedimiento administrativo. En estos códigos, según la teoría que los inspira se procura socializar el círculo de participantes en el procedimiento y de organizar la colaboración de los particulares con la administración de una obra común, descartando la idea de conflicto entre el particular y la administración, que se supone persigue el interés general.

Estas tendencias de la civilización contemporánea, de nuestra época de urbanización, industrialismo y tecnocracia, se han manifestado también en la sociedad uruguaya, en diversos grados y han requerido soluciones que se han ido adoptando y armonizando poco a poco, por obra del constituyente, del legislador, del poder reglamentario y de la jurisprudencia.

El tiempo nos apremia y sólo indicaremos algunas de esas soluciones en forma comparativa con las argentinas.

#### IV. COMPARACIÓN DE ALGUNAS SOLUCIONES FUNDAMENTALES VIGENTES PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ARGENTINA Y URUGUAY

No podemos intentar un comentario ni siquiera sintético, pero completo, de una ley tan rica de sustancia jurídica como la argentina, que daría motivo para escribir un gran tratado. Esbozaremos algunos rasgos de ella, en forma comparada.

1º) *Ámbito de aplicación.* La ley argentina (Nº 19.549 de 3 de

abril de 1972) se aplica a toda la administración pública nacional, incluso la descentralizada (art. 1º) mientras que en el Uruguay la Recopilación (decreto 575/966 de 23 de noviembre de 1966), sólo regula el procedimiento de la Administración Central, de manera que sus normas no obligan a los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados ni Gobiernos Departamentales. Esto se debe a que la fuente formal utilizada (reglamento del P.E.) no tiene competencia para crear normas en el campo de la autonomía.

2º) La ley argentina (art. 1º letra e, 3º) manda contar los días hábiles administrativos en el cómputo de los plazos. En el Uruguay, a falta de norma legal especial, como la que existe para los plazos judiciales, se cuentan días corridos, incluidos feriados y días no laborables (sábados, domingos, etc.).

3º) Sin norma expresa, en el Uruguay, se admite la solución del Nº 6 de la letra e) del art. 1º de la ley argentina: considerar como denuncia de ilegitimidad el recurso interpuesto fuera de plazo. El deber de "autotutela" impone reexaminar los propios actos contrarios a derecho de oficio o a petición de parte. El art. 97 de la ley de jubilaciones civiles, de 2 de julio de 1940, ya sentó este principio de buena administración y de legalidad. Admite la revocación de oficio o a pedido de parte, en cualquier tiempo, por error de hecho o de derecho.

4º) Los requisitos del debido proceso adjetivo (ley arg. 1º letra f) a saber, a) derecho a ser oído, b) derecho a ofrecer y producir pruebas y alegatos, una vez concluido el período probatorio y c) derecho a una decisión fundada, deben considerarse consagrados por la jurisprudencia uruguaya, como principios generales de derecho. El derecho a ser oído, que implica el de alegar los descargos y probarlos, tiene raíz constitucional en la regla según la cual nadie puede ser condenado sin forma de proceso (art. 12 Const.), en la de que ninguna investigación sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerará concluida mientras el funcionario inculcado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa (art. 66), y en la genérica admisión de los principios generales de derecho (art. 72) que incluye el derecho de defensa de toda persona ante la Administración.

La Suprema Corte en el caso Atilio Grezzi c. Gob. Deptal. de Flores consideró ilícita la privación de la oportunidad de probar descargos en la vía administrativa. La jurisprudencia y la práctica del control administrativo de descentralización (por ilegalidad) son severamente condenatorias de la invalidez de las sanciones aplicadas sin oír previamente al sancionado. Un reciente caso de gran repercusión pública, fue la ocasión para que el Poder Ejecutivo reafirmara estos buenos principios, recogiendo incluso la tesis de que la nulidad por vicio de forma es insanable y no admite convalidación por cumplimiento a posteriori de las formalidades omitidas.

La falta de fundamentación de la elección para cargos superiores de funcionarios de menor puntaje de antigüedad calificada que los postergados, ha motivado varias sentencias del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, de anulación de nombramientos, efectuados en

el Banco de Seguros, en U.T.E., etc., en casos defendidos por el autor de esta exposición.

Como antecedente histórico reproduzco el comentario que en la 2ª ed. de 1965 de mi estudio sobre *Los principios generales de derecho* dediqué a las importantes normas reglamentarias de garantía que destinó al procedimiento administrativo el decreto de 12 de mayo de 1964:

“El decreto de 12 de mayo de 1964 regula ciertas garantías importantes del procedimiento administrativo. La existencia de este reglamento implica limitar, seriamente, la discrecionalidad de la Administración, en cuanto a sus formas de actuar, así como el autoritarismo y la unilateralidad tradicionales.

“Algunas garantías implícitas, como principios generales, cuya observancia importaba poco a los burócratas, al estilo clásico, están hoy formuladas en reglas expresas, cuya observancia es incuestionablemente obligatoria y exigible. La violación de tales normas de procedimiento produce irregularidades graves de los actos administrativos correspondientes, nulidades que impiden la formación de una voluntad administrativa válida y hacen obligatoria la anulación contencioso-administrativa.

“Esta “jurisdiccionalización”, en el sentido de racionalización o regulación detallada, del procedimiento administrativo, con fines de garantía, y sin que implique ejercicio de función jurisdiccional por órganos administrativos, tiene mucho valor práctico profesional. Cuando se permite probar, en el procedimiento administrativo, los hechos en que se funda una petición como lo hace el Art. 3º del reglamento, cuando se da intervención a los terceros eventualmente afectados por el acto pedido, como dispone el Art. 6º, cuando se confiere vista porque puede recaer decisión contraria a la petición o porque se dedujo oposición y aún entonces pueden pedirse pruebas complementarias (Art. 8º), hay garantías suficientemente serias para evitar las “alcaldadas” fruto de la precipitación o la ignorancia de los hechos.

“Estas garantías obran preventivamente, tienden a lograr la decisión justa y legal. Es preferible prevenir que curar, también en materia jurídica, porque la cura, la solución represiva y reparatoria por la anulación o indemnización, llega tarde, cuando ya se consumó el daño, por la falta de efecto suspensivo de los recursos administrativos y la duración desalentadora de los juicios.

“El derecho del interesado a producir prueba en el procedimiento administrativo, es un límite muy serio a la arbitrariedad de la Administración y puede permitir documentar elementos de juicio preciosos, en los cuales basar la acción anulatoria ulterior, si la Administración llevare adelante su actitud contraria a derecho.

“La negativa de la prueba debida produce nulidad y genera responsabilidad. Así lo sostuvimos con la buena compañía del inteligente profesor argentino Agustín Gordillo, en breve nota a una sentencia de nuestra Suprema Corte que declaró ilícita una destitución en cuyo procedimiento previo no se permitió al destituido expresar sus descargos. El destituido era un competente y

“correcto abogado. El caso se publicó en la R.D.J. y A., tomo 60, “Nros. 2 y 3, págs. 58 y sigts. Anotamos, como valiosa referencia, “que Gordillo es autor de un valioso libro sobre Procedimientos “y recursos administrativos (Jorge Alvarez, editor, Buenos Aires, “1964), donde se estudian profundamente estos temas, con exce- “lentes fuentes bibliográficas y jurisprudenciales.

“La jurisprudencia de la Corte argentina es coincidente. Se “aplica, porque de nada valdría la esencial garantía de audiencia “previa, si, basándose las defensas en ciertos hechos o documen- “tos, no se pudiesen incorporar al expediente las evidencias res- “pectivas.

“La audiencia del afectado eventual, en el procedimiento ini- “ciado de oficio y en la tramitación de recursos administrativos, “constituyen apreciables garantías, reguladas por los arts. 13 y 18 “de la reglamentación.

“El art. 13 satisface, en su generosa amplitud, nuestras aspira- “ciones doctrinales expresadas en la edición anterior de este tra- “bajo sobre “Los principios generales de derecho en la Constitu- “ción”, en el cual postulábamos la más amplia recepción de los “derechos de la defensa, ante la administración activa, al amparo “del art. 72 de la Constitución.

“Con Morange, De Soto y Letourneur preconizábamos, en 1958, “extender el derecho de defensa más allá del ámbito de la función “pública, que regula el art. 66 y, todavía, más allá del ámbito del “derecho disciplinario o sancionador, genéricamente concebido.

“Queríamos que nuestro derecho superase al francés, que se “limita a esta etapa en el reconocimiento del derecho de defensa.

“Aconsejábamos reconocer los derechos de defensa frente a todo “riesgo de privación de un derecho como puede ser una recla- “mación de ascenso o una revisión de oficio de la legalidad de un “nombramiento.

“El art. 13 es de una amplitud total, porque impone dar vista “por diez días, para que el interesado pueda articular su defensa, “en los procedimientos seguidos de oficio con motivo de la apli- “cación de sanciones o de la imposición de un perjuicio a deter- “minado administrado.

“No puede, pues, dictarse decisión válida sin que se le otorgue “vista a quien puede sufrir un perjuicio ya sea por su culpa o sin “haber dado causa ninguna al acto que afectará su situación, co- “mo ocurre cuando se revoca un nombramiento irregular. Tanto “en el caso de reclamación de terceros como en el de revisión de “oficio, el afectado eventual debe poder hacer oír sus razones, an- “tes de que lo afecte un acto ejecutorio. Ésta es garantía de buena “administración, además de serlo de justicia.

“El art. 18 manda dar vista de los recursos de terceros al inte- “resado en que se mantenga el acto que le reconoce derechos sub- “jetivos.”

La *Recopilación* de 1968 reproduce las disposiciones comentadas. El art. 63 inc. 3º sobre los requisitos de las peticiones, dice que el pe-

tionante debe acompañar los documentos en que se funde "e indicar las pruebas que deben practicarse para acreditar lo que estime pertinente". Incluso puede ofrecerse prueba testimonial, indicando nombres y domicilio de los testigos y acompañando el interrogatorio.

El art. 13 de la *Recopilación* corresponde al art. 6º del derecho de 12 de mayo de 1964 y manda notificar a los terceros eventualmente afectados por la decisión de una petición para que intervengan en el procedimiento. Paralelamente, el art. 90 de la *Recopilación* correspondiente al 18 del decreto del 12 de mayo de 1964, manda dar vista, en la tramitación del recurso de revocación, al interesado en que el acto se mantenga.

El art. 20 de la *Recopilación* corresponde al 13 del decreto de 12-V-64 y según estas normas dispone que en los procedimientos administrativos seguidos de oficio, con motivo de la aplicación de sanciones o la imposición de un perjuicio a determinado administrado, no se dictará resolución sin previa vista al interesado por diez días, para que pueda articular su defensa.

El art. 19 de la *Recopilación* corresponde al 8º del decreto de 12 de mayo de 1964 y mandar dar vista cuando resulte que puede recaer resolución desfavorable o se hubiere deducido oposición y en tal caso el solicitante puede pedir el diligenciamiento de pruebas complementarias.

Todo esto nos permitió destacar la importancia de estas innovaciones en las Jornadas que el Colegio de Abogados del Uruguay dedicó a la memoria de Sayagués Laso en 1965 y que se publicaron en la Revista de la Facultad de 1966.

En aquella ocasión destacamos también la importancia de la previsión reglamentaria expresa de la obligación de elevar al superior el expediente en que está planteado un recurso jerárquico subsidiario (una vez desechado expresa o fictamente el de revocación). Se regula el urgimiento ante el superior y el requerimiento por éste de los antecedentes retenidos indebidamente por el inferior" (arts. 22 a 24 del decreto), brindándose así un medio para prevenir una forma frecuente de denegación de justicia, por elusión del contralor jerárquico. Los arts. 99 a 101, y 104 y 105 de la *Recopilación* recogen y amplían estas soluciones.

Todas estas normas reglamentarias, reflejo de principios implícitos en el orden constitucional, contribuyen a configurar el debido proceso en la vía administrativa y brindan apreciables instrumentos de defensa, en la lucha por el derecho, a los administrados y funcionarios.

5º) El derecho de recusación de los funcionarios y empleados, se rige por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 17 y 18) según el art. 6º de la ley argentina. Consideramos con Jeanneau y Letourneur que un principio general de derecho exige las garantías de independencia e imparcialidad en quienes pueden dictar un acto que lesione los intereses morales o materiales de un individuo. El art. 72 de nuestra Constitución funda esta garantía implícita y el 332 suple la reglamentación legal de ella por el fundamento de las leyes análogas, que son las procesales. Ésta es la tesis que acabamos de sustentar en un caso de prejuzgamiento en que las partes opuestas

en un conflicto asumieron papeles de denunciantes y testigos, contrapuestos ante otras autoridades: funcionario de jerarquía (Gerente General del Instituto de Colonización) destituido sin previa vista, por desintelencias con el Directorio. Éste, luego de una observación del Poder Ejecutivo, revocó el acto y la tentativa de su imposible convalidación *a posteriori*, pero intentó mandar instruir sumario y juzgar a quien había acusado a la mayoría, por delitos, ante la Justicia y de graves irregularidades ante Comisiones parlamentarias.

Entendemos, pues, que nuestro derecho positivo nos lleva a la misma solución argentina, aunque carecemos de ley expresa sobre el problema.

6º) Los requisitos esenciales del acto administrativo que aclara la ley argentina (art. 7º: competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación y finalidad) encauzan, por vías de regularidad, la actividad jurídica de la Administración.

Consideramos muy destacable la regulación de estos principios, en especial:

I) La exigencia como *esencial* del “dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos” (inc. d); esto condena la contratación de abogados particulares complacientes, para evitar oír a los funcionarios técnicos responsables.

II) *La necesidad de motivación*: “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso c) del presente artículo” (inc. e) del art. 7 de la ley argentina). El inc. b) manda sustentar el acto “en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable”.

III) La prevención de la desviación de poder mediante la remisión a la finalidad de las normas otorgantes de la competencia y la prohibición de “perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto” (inc. e). Estos elementos esenciales del acto administrativo suelen encararse en el aspecto represivo de la ilegalidad como causales de anulación (cuando están viciados) en el contencioso administrativo. Pero consideramos conveniente afirmarlos, en su aspecto positivo, sano, como condiciones de validez de los actos, a tener presente por los administradores que los dictan. En el derecho uruguayo, la materia está disciplinada por una norma muy general de la Constitución, comprensiva de la mayoría de los elementos expresados, el art. 309, que regla las demandas de nulidad contra actos administrativos dictados por la Administración, *contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder*. La ausencia de motivación ya ha sido sancionada, en algunos casos por la jurisprudencia y puede ser serio indicio de desviación de poder, lo mismo que la prescindencia de los servicios de asesoramiento jurídico, de modo que nuestros derechos positivos concuerdan, en lo esencial, en esta materia.

El art. 345 de la ley uruguayo N° 13.318, de 24 de diciembre de

1964, considera "regla de derecho" a "todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual".

7º) El silencio o ambigüedad de la Administración se interpretan como negativa, en la ley argentina (art. 10) lo mismo que en la Constitución uruguaya (art. 318, inc. final). En el Uruguay no es posible, en cambio, desde 1952, acordar, por vía legal, de excepción, sentido positivo al silencio, como puede hacerse en Argentina (art. 10, inc. 2º) porque nuestra Constitución impide esa solución, que, en algunos casos, se estableció en el pasado. La ley argentina prevé la posibilidad de que normas especiales prevean plazos especiales para decidir. En su ausencia el plazo para el pronunciamiento no puede exceder de sesenta días, transcurridos los cuales se puede pedir pronto despacho, configurándose treinta días después la negativa tácita. En el Uruguay hay plazos legales uniformes para tramitar los expedientes de petición o recurso (90 días) y para resolverlos (ciento veinte días) conforme al artículo 406 de la ley Nº 13.032, de 7 de diciembre de 1961.

Son plazos demasiado extensos, que se duplican cuando un recurso jerárquico o de anulación (esto contra actos de servicios descentralizados, sometidos a tutela) se superpone al de revocación. Son cuatrocientos veinte días que sumados a los doscientos diez requeridos para obtener la negativa originaria llevan a seiscientos treinta (630) días para obtener la negativa originaria. Sumado el tiempo del proceso anulatorio se llega fácilmente a cuatro años y después comienza la vía crucis de la ejecución de sentencia. Es necesario abreviar estos plazos. La justicia que no es rápida deja de ser justicia.

La jurisprudencia uruguaya decide, desde 1959, conforme con la doctrina, que la negativa expresa recaída después de producida la tácita y aun de caducado el plazo para interponer la acción de nulidad contra ella, habilita para accionar, contra la negativa expresa, porque la posibilidad de considerar configurada la negativa tácita es un derecho del particular, pero no inhibe al órgano administrativo ni lo exonera del deber de decidir expresamente, que le impone la Constitución (art. 318). Así lo resolvió un ilustrado fallo redactado por el doctor Moretti que cambió la jurisprudencia, afirmando, sobre la base del artículo 72 de la Constitución, que *el particular tiene el derecho (implícito) inherente a la personalidad humana y derivado de la forma republicana de gobierno, "de exigir de la administración un pronunciamiento expreso sobre los recursos interpuestos contra sus decisiones"*.

Este fallo nos mereció el siguiente comentario:

" Esta evidente verdad jurídica, tan rotundamente afirmada por la  
 " jurisprudencia, tiene vastas proyecciones. Permite afirmar el po-  
 " der del recurrente o peticionante de exigir e intimar el cumpli-  
 " miento del deber administrativo de resolver (porque la Admi-  
 " nistración no queda exonerada de ese deber por su propia culpa  
 " y omisión de resolver en el plazo legal) bajo responsabilidad  
 " penal. Incurre en omisión contumacial de los deberes del cargo  
 " (art. 164 del C. Penal) el administrador que se niega a cumplir  
 " ese deber o se limita a proclamar que se ha formado decisión  
 " negativa ficta, pretendiendo burlar así la buena fe del particular

” que esperaba justicia y se verá opuesta la caducidad de la acción  
” anulatoria, si no accionó dentro del plazo legal de sesenta días  
” corridos siguientes a la negativa ficta (art. 346 de la ley  
” N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964). La obligatoriedad e  
” ineludible decisión administrativa expresa restituirá el plazo para  
” interponer la acción anulatoria, como lo resolvió el Tribunal en  
” el caso precitado”.

En consecuencia propuse en las Jornadas en memoria de Sayagués, de 1965, que “se declare por ley (y por reglamento mientras no haya ley) el deber de todo administrador de decidir expresamente los recursos administrativos de su competencia, como manda el art. 318 de la Constitución, aun cuando haya transcurrido el plazo para producirse la decisión ficta. Así se impediría que mediante la inercia se evite dar la razón a quien la tiene y se impida que el Tribunal juzgue la ilegalidad, por falta de acto expreso contra el cual accionar y por caducidad del plazo para demandar contra el fisco.

Entiendo que las normas de los artículos 28 y 29 de la ley argentina conforman esta aspiración doctrinal, expresada en mi país, pues prevén y regulan el “amparo por mora de la administración” y sus consecuencias. Y, además, el art. 26 dispone que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento, cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos del art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. La ley podría incorporar esta solución al derecho uruguayo (art. 318 Constitución).

Cabe destacar el acierto argentino de no requerir reclamo administrativo previo a la demanda judicial en los casos de silencio ante las peticiones. En el Uruguay, pese a ese desinterés, hay que recurrir, dentro del estrecho plazo de diez días siguientes a los 210 de espera y puede ser necesario esperar otros 210 ó 420 días (esto último si hay recurso subsidiario). Y si se dejan vencer los 60 días siguientes sin interponer la acción de nulidad, caduca la acción anulatoria. El régimen argentino es más liberal y más protector del administrado.

8º) Grandes soluciones sobre problemas capitales del derecho administrativo, como la presunción de legitimidad, fuerza ejecutoria y suspensión (art. 12) nulidad y enumeración de las nulidades absolutas insanables (art. 14), revocación del acto nulo (art. 17) y del acto regular, ratificación, confirmación, conversión, caducidad y revisión (arts. 19 a 22), están dictadas con un tecnicismo digno de la gran jerarquía alcanzada por la ciencia del derecho administrativo en la Argentina y coinciden, en lo sustancial, con las imperante en el Uruguay.

No podemos ocuparnos aquí en detalle de tantos puntos importantes.

El recurso de revisión (art. 22) es un medio de impugnación muy justificado y bien regulado, que podría incorporarse a la legislación uruguaya como recurso facultativo, independientemente del agotamiento de la vía administrativa, previo a la acción de nulidad, que es lo único que la Constitución regula. La regulación argentina de este recurso, similar a la del recurso de revisión ante la Suprema Corte y el

T. de lo C. A. en el Uruguay, en la ley orgánica de 1907, es muy precisa y evita los abusos posibles de los administrados excesivamente reclamistas o querellantes.

9º) La reclamación administrativa previa a la vía judicial está admirablemente legislada en el nuevo cuerpo normativo argentino. La Constitución uruguaya también exige el agotamiento previo de la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes (art. 318) antes de iniciar la acción de nulidad.

El acto impugnado por vía judicial en la Argentina es el definitivo, como en el Uruguay, cuando a su respecto se hubieren agotado las instancias administrativas (art. 23, a). No es necesario tal agotamiento en los casos de negativa ficta por efecto del silencio (c) o de vías de hecho lesivas de un derecho o garantía constitucionales (d) o cuando el acto impugnado impida la tramitación del reclamo, pese a no decidir el fondo del asunto (b).

Las excepciones previstas en el art. 32 son muy criteriosas, como los casos de repetición de lo pagado indebidamente, de reclamación de daños y perjuicios (en el Uruguay la anulación es previa al contencioso de reparación, cuando se reclaman perjuicios por actos, art. 312), de acciones de desalojo contra el Estado, de clara conducta del Estado que "haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil", etc.

Estas excepciones son muy plausibles. El plazo que tiene la Administración para expedirse es el de noventa días de formulado el reclamo (art. 31). Requerido pronto despacho y transcurridos cuarenta y cinco días más, podrá iniciarse la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de la prescripción. Creemos preferible esta libertad al establecimiento de plazos rígidos y uniformes, como el uruguayo de sesenta días para demandar la nulidad (art. 346 de la ley Nº 13.318, de 28 de diciembre de 1964).

10º) *El amparo suspensivo de los efectos del acto.* La ley argentina prevé (art. 12, inc. 2º) la posible ("la Administración podrá") suspensión de la ejecución del acto, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada "por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

Una norma facultativa como ésta no es ninguna garantía eficaz y sin ella se podría obtener el mismo resultado por aplicación de los principios generales. Esta crítica quedaría sin efecto si prevaleciese la tesis de la suspensión obligatoria, defendida por el doctor Gordillo.

Pero esta disposición no nos daría una visión completa del problema si no la coordinamos con la legislación argentina sobre el amparo, que permite la detención, por el Poder Judicial, de las arbitrariedades mayores de la Administración, antes de que se consumen.

Nos ocupamos brevemente así, del tema, en las VIIIas. Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado, celebradas en agosto de 1971 en Buenos Aires, donde se trataron "los diversos sistemas de control público y administrativo del Estado":

"La acción de amparo, de origen próximo a ciertos "writs" o mandatos propios de los sistemas judicialistas angloamericanos (no inhibidos por la interpretación francesa de la separación de poderes) aparece y se desarrolla en Méjico, es recibida por la jurisprudencia en Argentina y luego regulada legislativamente en este país.

"En un estudio sobre "*La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo*", que presenté en las Jornadas de Derecho comparado Platense-Uruguayas de 1962 fundé ampliamente las conclusiones aprobadas por la Comisión, que fueron las siguientes:

"1º) Las garantías como la acción de amparo y similares deben reputarse incluidas entre las que derivan, esencialmente, de la forma republicana de gobierno para la tutela de los derechos inherentes a la personalidad humana (arts. 33 de la Constitución Argentina y 7, 72 y 332 de la uruguaya).

"2º) Procederá la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridades o particulares, que ya sea en forma actual, o inminente lesione, restrinja o altere, con ilegalidad manifiesta, cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución con excepción de la libertad corporal.

"3º) Para la protección jurisdiccional, eficaz y rápida, de las libertades constitucionales, es necesario instituir o desenvolver, de acuerdo con los regímenes jurídicos de cada país, medios procesales de tramitación sumaria, capaces de detener, inmediatamente, la acción o el peligro de acción lesiva de los derechos humanos, a falta de procedimientos ordinarios adecuados o cuando el empleo de éstos no pueda impedir la producción de perjuicios irreparables.

"4º) Sin perjuicio de la genérica competencia del Poder Judicial para proteger los derechos fundamentales contra las vías de hecho es plausible atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa de anulación, el poder de suspender la ejecución del acto recurrido, actual o potencialmente lesivo de derechos, en los casos en que dicha ejecución produciría, efectos irreparables de no ser suspendida oportunamente, y siempre que, prima facie (sin que importe prejuzgamiento), la respectiva petición se apoye en fundamentos serios de grave violación de la regla de derecho. Fdo. Hamlet Reyes-Amílcar Mercader-Carlos M. Morello-Alberto Ramón Real-Aníbal Barbagelata-Héctor Gros Espiell-Enrique Sayagués Laso".

"Dispuso luego el art. 347 de la ley uruguaya N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964: "En las acciones de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, a petición de parte interesada y oyendo a la administración demandada, el Tribunal podrá disponer la suspensión transitoria, total o parcial del acto impugnado, si éste fuera susceptible de causar un perjuicio grave o irreparable en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio".

"El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, por aplicación de esta norma, en el fallo 57 de 28 de diciembre de 1967, recaído en el caso Club de Golf del Uruguay c/Intendencia Municipal de Montevideo, Acción de nulidad", suspendió transitoriamente la ejecución de un acto del Intendente por el cual revocó ilegalmente la cesión del uso del Parque donde está instalado el Club y le fijó un plazo de ciento ochenta días para la desocupación del predio, sin compensación, olvidando las normas reguladoras del caso. Comentamos en nota de jurisprudencia que "El art. 347 de la ley N° 13.318, suple en las materias de jurisdicción del Tribunal de lo contencioso-administrativo, al recurso de amparo, garantía que reputamos implícita en nuestro ordenamiento constitucional, conforme a los arts. 7 y 72 de la Constitución".

"Desde luego se ha tenido presente la experiencia francesa del «*sursis à exécution*» de las decisiones administrativas, estudiado por Tourdias, en su conocida monografía y por Auby y Drago en su *Traité de Contentieux Administratif* II, págs. 240 y 314 y ss.

"No obstante, subsiste una laguna de importancia, pues la acción de amparo no es admitida, a falta de ley que la reglamente, por la Suprema Corte y por tanto no existe para proteger a los administrados y el público contra las vías de hecho (no actos) de la Administración o de otros particulares o poderes de hecho. Y la suspensión de la ejecución del acto sólo cabe cuando se puede interponer la acción de nulidad, es decir, después de haberse agotado la vía administrativa, que puede demorar 210 o 420 días hasta la obtención de la negativa tácita en el recurso de revocación y en los eventuales subsidiarios. Y cuando es procedente la suspensión, por haberse iniciado la acción de nulidad, el Tribunal es muy parsimonioso para admitir la suspensión; es severo en la exigencia de los requisitos legales. Queda, pues, aún, ancho campo librado al juego «autoritario». Organos inferiores del Poder Judicial parecen comenzar a variar esta jurisprudencia admitiendo en principio la acción de amparo".

En 1970 a solicitud de la Comisión de Reforma Tributaria redacté un anteproyecto de ley sobre la acción de amparo, adaptando la ley federal argentina de la materia.

En este texto la garantía se concede con amplitud contra todo acto de autoridad o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja o altere, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cualquiera de los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución, con excepción de la libertad corporal, tutelada por el habeas corpus. Si se sancionara esta ley, nuestro sistema de protección del administrado, se perfeccionaría considerablemente.

V. — RECOMENDACIONES PARA PERFECCIONAR  
EL IMPERIO DEL DERECHO Y  
LA PROTECCIÓN DEL ADMINISTRADO

Además de la necesaria creación de remedios *preventivos*, permanentes, paralizantes de la arbitrariedad administrativa ordinaria, como la acción de amparo, los presentes tiempos de crisis que desde hace varios años padece la sociedad uruguaya, han revelado otras carencias, en especial la falta de un régimen de contralor, extraordinario, de regularidad jurídica de los decretos de medidas prontas de seguridad (análogos al estado de sitio) de los que se abusó, a guisa de decretos-leyes, en el anterior período gubernativo, así como se abusa ahora, de otras instituciones de excepción, como la suspensión de la seguridad individual, actualmente en vigor, que se ha dispuesto y aplicado exorbitantemente. El uso de las fuerzas armadas (en lugar de la policía) para reprimir la subversión y los ilícitos económicos, unida a la transferencia a los tribunales militares, dependientes del Poder Ejecutivo, de la competencia judicial para investigar y reprimir delitos políticos, ha contribuido a acentuar un progresivo desequilibrio de poderes, en favor del Ejecutivo y de su burocracia castrense, en detrimento del Poder Judicial y del Parlamento. Este desequilibrio es fatal para el imperio del derecho, propio de las sociedades libres. Se ha llegado a instituir así, con permanencia, la ley marcial, tan justamente repudiada por los constitucionalistas argentinos como Sánchez Viamonte, González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos y otros, siguiendo las huellas del General Bartolomé Mitre, lo mismo que el espurio y antijurídico “estado de guerra interno”, que copió una dolorosa experiencia argentina, abolida por la Revolución de 1955.

Mientras subsista esta situación, mientras se investiguen delitos reales o supuestos en los cuarteles, con incomunicación e insumisión al Juez militar ilimitadas, mientras se desobedezcan las órdenes de excarcelación de los propios jueces militares y hasta del Ejecutivo y de su Ministro de Defensa, como acaba de suceder (en octubre de 1972), desnaturalizando e invirtiendo la subordinación de las fuerzas armadas al poder civil, será un mito para la exportación, el Estado de derecho en el Uruguay, como lo ha comprobado la Comisión Internacional de Juristas. No puedo, precisamente por patriotismo, callar ante esta situación y debatir problemas de fino tecnicismo jurídico, como si se viviera en el mejor de los mundos, con indiferencia ante el sufrimiento injusto, por la privación de garantías y el menoscabo de los derechos de defensa, que padecen miles de compatriotas, culpables o no, equivocados o no, pero que tienen derecho a ser tratados como seres humanos.

En estas materias tenemos bastante que aprender de la jurisprudencia argentina sobre razonabilidad de las medidas excepcionales. En vuestra propia Revista de Derecho Administrativo, se registra un caso de control judicial de razonabilidad de una medida privativa de libertad durante el estado de sitio.

Por esta vía se realizan las recomendaciones internacionales, como la siguiente:

En las conclusiones del Seminario organizado por las Naciones Unidas en Kingston, Jamaica, del 25 de abril al 8 de mayo de 1967 sobre la realización efectiva y la protección de los derechos civiles y políticos se incluye el numeral IV, que dice que son requisitos esenciales para la realización efectiva y la protección de los derechos humanos:

4. Situaciones de emergencia.

Un sistema eficaz de control sobre la toma y el ejercicio de poderes extraordinarios por el Ejecutivo del Gobierno, cuya función consista en:

- a) restringir las circunstancias de emergencia nacional en las cuales el Ejecutivo puede verse investido de tales poderes;
- b) Limitar la medida en que dichos poderes pueden ser aplicados en detrimento de los derechos civiles y políticos del individuo;
- c) otorgar a los tribunales poderes de supervisión en lo que atañe a la observancia y respeto de estas restricciones y limitaciones, incluyendo el poder de acordar la reparación debida en los casos en que han sido contravenidas.

Es por estos antecedentes y consideraciones que reiteraré aquí algunas de las conclusiones presentadas en agosto pasado en el Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, conclusiones que hizo suyas el Consejo de la Facultad de Derecho, de Montevideo:

VII) Los "estados de excepción" no deben suprimir, y no suprimen los institutos de contralor político-parlamentario ni los judiciales, como el habeas corpus, en cuanto a la existencia y regularidad jurídica del ejercicio de los poderes invocados.

VIII) Es conveniente instituir recursos eficaces y rápidos, del tipo del amparo o similares, para que órganos jurisdiccionales independientes puedan suspender la ejecución de decisiones de emergencia manifiestamente arbitrarias, capaces de producir perjuicios irreparables o cuya reparación, por los medios procesales ordinarios, sería difícil o tardía.

IX) Deben aplicarse rigurosamente en la práctica del derecho público interno, las normas limitativas de los regímenes de excepción que imponen las declaraciones y los pactos internacionales protectores de los derechos humanos, civiles y políticos.

Tratemos de que, aun en tiempos de crisis, se salve todo lo posible del Estado de derecho, a fin de que no se extiendan las manchas de arbitrariedad que ensombrecen nuestros ordenamientos jurídicos y de que el imperio de la ley no perezca por acostumbramiento e indiferencia ante la opresión.

## RECURSO JERÁRQUICO

### HORACIO HEREDIA

Antes de entrar directamente en la consideración del tema que me ha sido asignado, quiero felicitar a los autores de los proyectos que ahora son la ley 19.549 y decreto reglamentario n° 1759/72. Les ha cabido la honra —bien merecida, por cierto— de haber logrado la realización de un anhelo que tiene ya muy antigua data. Recuerdo que en 1940 tuve que informar el proyecto de “Bases para una organización judicial y procedimiento en materia de lo contencioso-administrativo que fue aprobado por la V Conferencial Nacional de Abogados reunida en Santa Fe. Este proyecto terminaba recomendando la conveniencia de completar esas bases con otras para una ley tendiente a regular el procedimiento de los trámites ante las dependencias de la Administración activa. Muchos han sido los clamores de la doctrina al respecto y varias las tentativas que felizmente se han visto realizadas con estas normas que hoy se encuentran en vigor gracias al ponderable esfuerzo de los Dres. Young, Escola y Cozzi.

Muy buenas son ambas normas, en general, aun en lo que podría significar para algunos apartarse del rigorismo de su temática, como son las disposiciones sobre los actos administrativos, que consideran propias de la legislación de fondo. Esto último no deja de ser verdad, pero también lo es que tales actos constituyen la culminación del procedimiento administrativo y que sus formas comprenden también a aquél. Es como si se pretendiera que las leyes de procedimiento judicial no pudieran legislar sobre las sentencias. Además, se ha llenado con ello una necesidad muy sentida por los profesionales y los jueces, proporcionando normas concretas para lograr certeza en un tema que se mecía al ritmo de las opiniones no siempre concordantes de la doctrina y la jurisprudencia.

Y ahora voy directamente al tema de mi exposición.

Una de las formas en que se manifiesta la jerarquía administrativa es mediante el poder jerárquico que ejercen los órganos y agentes superiores sobre el comportamiento de sus subordinados o sobre sus actos. Puede ser preventivo, que se concreta en instrucciones circulares u órdenes, o represivo, en el que se ubica el poder disciplinario, si recae

sobre el comportamiento personal, y si actúa respecto de los actos, permite al superior revocarlos, modificarlos o sustituirlos.

Cuando ocurre en la administración descentralizada, tal función se ejerce por la vía del contralor, que, en último análisis, constituye un mínimo de jerarquía, dado que ésta queda debilitada por la presencia de la personalidad jurídica del ente descentralizado.

El poder jerárquico puede ejercitarse de oficio o a petición de un administrado o un funcionario (en este último caso, claro está, en defensa de sus intereses y derechos personales). Dentro de la segunda alternativa se ubica la figura del recurso jerárquico.

Con el control que éste implica no se procura únicamente lograr la legalidad en la marcha administrativa, como se suele afirmar, sino también su eficiencia, toda vez que, por regla, actúa sobre la legitimidad, conveniencia, oportunidad y mérito; y por cierto —huelga decirlo— para preservar y realizar el interés público que debe orientar siempre todo el quehacer administrativo.

Como está organizado por ley —lato sensu— confiere a quien lo ejercita derecho al recurso e impone a la autoridad la obligación de tramitarlo y resolverlo; lo que no ocurre con las peticiones meramente gratiables.

A diferencia de la actividad judicial que por regla sólo se mueve para la protección de los derechos subjetivos, la administrativa puede también provocarse con el objeto de tutelar un interés legítimo. Es que, como ya dije, esta última se propone la realización concreta del interés general; y el llamado interés legítimo, que también se lo denomina derecho reflejo, es aquel que coincide con el general, pero en el que además concurre uno particular.

Con los elementos que ya se mencionaron, podemos decir entonces que el recurso jerárquico es el reclamo jurídicamente organizado, que se promueve, en el seno de la administración activa, contra el acto de un órgano de ésta, para ante el superior jerárquico o la autoridad que sobre él ejerce contralor a fin de que lo revoque, modifique o sustituya, por considerarlo ilegítimo, inoportuno o inconveniente y lesionar un derecho subjetivo o un interés legítimo del recurrente.

El reglamento ha hecho cumplida aplicación de estos principios.

Entre la ley y su decreto reglamentario se ha efectuado una distribución de materias, reservando a la primera los principios básicos de los procedimientos a fin de asegurar las garantías constitucionales del debido proceso, y asignando a la reglamentación los trámites procesales propiamente dichos, incluidos naturalmente los recursos administrativos “en la inteligencia de tratarse de una materia que entra en la esfera de las potestades constitucionales del Poder Ejecutivo y no del Legislativo”, según así reza la exposición de motivos.

Tengo el mayor respeto por los juristas que sustentan esta opinión y que muy distinguidos tratadistas la respaldan, pero no la comparto. Nada veo en la Constitución Nacional que conduzca a sostener esta tesis. Antes bien, encuentro en el inciso 28 del art. 67, la atribución del Congreso para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio todos los poderes “concedidos por la

presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”; y téngase muy en cuenta que esto lo dice la Constitución después de haber conferido en el mismo inciso idéntica facultad respecto de “los poderes antecedentes”. Es decir, que la última parte de la norma no se refiere ni puede referirse a las atribuciones del Congreso, pues eso lo ha dicho su primera parte, ya que “los poderes antecedentes” no pueden ser otros que los mentados por los incisos anteriores, en los que se especifican las atribuciones que competen al Poder Legislativo. Además, refiriéndome en particular al recurso jerárquico, no puede olvidarse que constituye éste una regulación del derecho “de peticionar a las autoridades” consignado en el art. 14, y que este artículo determina que tales derechos deben conformarse a las leyes que reglamenten su ejercicio.

No creo que el hecho de expresarse en el art. 86, inc. 1º, que el presidente de la República es “el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país” sea motivo suficiente para concluir que el tipo de reglamentaciones que me ocupan pertenezcan a la zona de reserva del Poder administrador. Piénsese que los arts. 100 y ss. ponen a cargo del Poder Judicial la administración de justicia y no por ello resulta legítimo afirmar que los códigos procesales hayan sido y sean anticonstitucionales. Y eso que la salvaguarda de su independencia se encuentra en la base misma de nuestro sistema institucional, pues es el último baluarte donde habrán de refugiarse, en busca de protección, las garantías individuales que amparan la libertad, la honra y los bienes del hombre.

Mucho más podría decirse sobre el tema, pero los márgenes de esta exposición me lo impiden.

Y para entrar al análisis, muy somero por cierto, de las distintas disposiciones, quiero acotar que el art. 1º de la ley delimita el ámbito de su aplicación y, por ende, del recurso que me ocupa, al seno de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada. Esto le da carácter federal y no meramente local.

Excluye a los organismos militares, de defensa y de seguridad, y por el art. 2º también a los procedimientos especiales que determine el Poder Ejecutivo. Respecto de los primeros, dispone que este Poder dicte las normas pertinentes, a propuesta de los organismos castrenses y de seguridad o defensa, adaptadas a los principios básicos de la ley y su decreto reglamentario. Y en punto a los segundos, dispone asimismo que dicho Poder vaya sustituyendo paulatinamente las normas “de índole estrictamente procesal”, con miras a la adaptación de éstos al sistema del nuevo procedimiento y de los recursos administrativos por él implantados, en tanto no afecten las normas de fondo; y declara supletorios los preceptos de la ley a los regímenes especiales que quedan subsistentes.

Es decir, que a los sistemas especiales se los debe ir adaptando a las normas de procedimiento contenidas en la ley y en su decreto reglamentario; pero a los que no se adapten, les son supletorias las disposiciones de la ley y no del reglamento.

Como simple acotación, ya que no es aspecto de mi tema, yo di-

ría que ciertas disposiciones deben aplicarse no supletoriamente sino en forma directa, como son las contenidas en el Título III, que se refieren al acto administrativo, sus elementos, su nulidad, el silencio de la administración, etcétera.

El recurso jerárquico que podríamos llamar típico y que el Dr. Belisario J. Hernández, en la clasificación que ensaya en un artículo publicado en La Ley del 11 de setiembre, lo denomina directo, se encuentra regulado por el decreto, como todos los otros recursos. Procede según el art. 89, contra los actos definitivos o que impiden totalmente "la tramitación del reclamo o pretensión del administrado", sin necesidad de reclamo previo: se interpone ante la autoridad que decidió, la que debe elevar las actuaciones de oficio e inmediatamente. Actúa también en forma subsidiaria, pues el art. 88 dispone que la reconsideración y la apelación al superior inmediato, llevan implícito el jerárquico en subsidio, cuando el acto fuera definitivo o asimilable a tal, terminando así con la disparidad de opiniones que existía sobre la posibilidad de interponerlo en esta forma. La resolución definitiva la pone a cargo del Ministro o del Poder Ejecutivo, según que la materia sea de competencia de uno u otro, lo que permite afirmar que se excluye al Secretario de Estado. Debe recibirse la prueba estimada pertinente y se requerirá de manera obligatoria dictamen del servicio jurídico, agregándose además el del Procurador del Tesoro cuando el acto emanare del ministro o del subsecretario "si mediaren cuestiones jurídicas complejas o estuviese comprometido el erario público".

Considero muy ponderable la necesidad del asesoramiento jurídico impuesto, como así también la fijación de términos para las distintas diligencias, como lo hace el decreto y el art. 1º, inc. e), punto 4º, de la ley para los casos no previstos. La opinión del señor Procurador del Tesoro creo debía recabarse siempre que haya cuestiones jurídicas complejas o esté interesado el erario, pues pienso que es la naturaleza de los temas debatidos la que debe señalar esa necesidad y no el órgano de quien haya emanado el acto.

Además del recurso que dejo sucintamente relatado, existe el que el reglamento denomina de apelación y que el Dr. Hernández llama menor. El art. 87 lo legisla y se da cuando la reconsideración fuese denegada o no fuera resuelta dentro del término respectivo. Se dirige al órgano inmediato superior si el acto fuere interlocutorio o de mero trámite. Es condición para que este recurso funcione el acto no haya emanado de un director general u otro funcionario de jerarquía equivalente, pues en ese supuesto tales decisiones son irrecurribles. También contra actos definitivos de un órgano o funcionario subalterno, el administrado podrá utilizar, a su elección, este recurso o directamente el jerárquico ante el ministro o el Poder Ejecutivo, según corresponda.

Debo destacar que los recursos contra los actos interlocutorios o de mero trámite sólo deberían proceder, a mi juicio, cuando causan un agravio que no sea susceptible de reparación oportuna e integral en la decisión definitiva, pues de lo contrario se incurre en un exceso per-

judicial para la celeridad de la tramitación que inspira tanto a la ley como al reglamento.

Dentro de las entidades autárquicas también se ha organizado un recurso jerárquico, que el Dr. Hernández llama interno o menor y que se rige por las mismas normas ya mencionadas, en cuanto fueren compatibles.

Finalmente, el decreto reglamentario se refiere al recurso que denomina de alzada y que funciona contra los actos definitivos emanados del órgano superior de un ente autárquico, en forma de alternativa voluntaria con la acción judicial.

Elegida esta última se pierde la primera, mas no así la inversa.

Además, el trámite de la alzada puede abandonarse en cualquier momento para acudir a la vía judicial.

Según el reglamento, procede este recurso tanto por motivos de legitimidad como de conveniencia, oportunidad o mérito. Ésta es la regla; la excepción, limitada a los supuestos de ilegitimidad, se da respecto de los entes descentralizados autárquicamente que debe crear el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales.

Esto último responde a una doctrina que, pese al profundo respeto que me inspira, no me convence. Según ella, las entidades autárquicas no pueden crearse por ley sin menoscabo de las atribuciones constitucionales del Poder administrador.

Caben aquí las consideraciones que ya hiciera en torno al inc. 28 del art. 67, así como respecto del art. 86, inc. 1º de la Constitución.

Esto desde el punto de vista jurídico. En el aspecto práctico, tal doctrina significaría un verdadero terremoto institucional, pues daría por tierra con gran parte de la administración descentralizada, como Obras Sanitarias de la Nación, Y.P.F., etc., e incluso los bancos oficiales, menos el Central, dado que el art. 67, inc. 5, de la Constitución sólo menciona, entre las atribuciones del Congreso, la de crear un banco con facultad de emitir billetes.

Y siguiendo al margen del terreno jurídico, no está demás recordar que uno de los fines primordiales de la descentralización es otorgar al ente la suficiente independencia —y alejarlo en lo posible de las influencias políticas— para realizar sus funciones técnicas, comerciales o industriales sin verse interferido por el poder central. Propósito que no se logra sin duda si éste puede revisar la oportunidad, conveniencia y mérito de sus actos; amén de modificar su estructura y hasta suprimirlo, como puede ocurrir si su creación se debe a un simple decreto.

Por todo esto pienso que la regla debía ser inversa a la consagrada por el reglamento; es decir, que el recurso jerárquico proceda siempre por motivos de ilegitimidad, y muy excepcionalmente por causa de mérito, conveniencia u oportunidad, en supuestos en que mediara un importante interés general.

El art. 1º de la ley, en su inc. 6º, legisla sobre la denuncia de ilegitimidad, que ya funcionaba en el seno de la administración por

efecto de la doctrina sentada por la Procuración del Tesoro, y que tiene lugar en los casos en que el interesado pretende interponer un recurso cuando ya está vencido el término para hacerlo.

El motivo fundamental de su existencia, a mi modo de ver, debe encontrarse no en lo que se ha dado en llamar el informalismo sino en la defensa del interés público, pues el Estado no se puede desentender de una irregularidad administrativa por el solo hecho de haber vencido el plazo que el particular tenía para atacarla. Sin embargo, del texto legal parece funcionar en beneficio del administrado —por aplicación del principio de la informalidad—, pues excluye su procedencia cuando el superior entendiera “que medió abandono voluntario del derecho”.

Una última reflexión quiero agregar antes de concluir. La norma en estudio no da efecto suspensivo al recurso, con lo que hace aplicación de las viejas doctrinas de la ejecutoriedad del acto administrativo, su presunción de legitimidad.

No obstante, en la práctica se ven muchas consecuencias lamentables de este principio. Así, es frecuente que los funcionarios estén interesados en esa ejecutoriedad, como ocurre por ejemplo en materia tributaria, en la que el mero hecho de promover la ejecución fiscal les puede proporcionar abultadas regulaciones de honorarios, cuyo pago muchas veces no resulta justo, pues en definitiva queda revocado el acto que impuso la obligación. Nosotros hemos tenido oportunidad de ver ejecuciones de este tipo que alcanzaban cifras siderales, cercanas a los mil millones de pesos viejos. Procederes como éste son capaces de producir un daño tremendo, como la aniquilación total de una empresa, para al final tenerle que pedir disculpas porque el procedimiento se originó en un acto que padecía de algún vicio o simplemente porque la obligación no era tal.

Además, parece más lógico que no se comience a cumplir lo dispuesto en un acto administrativo hasta tanto no se haya dicho la última palabra sobre su existencia y validez. Esto como regla, por cierto, pues excepcionalmente se podría disponer su ejecución cuando el interés público la haga impostergable o su demora pueda dañarlo.

Esta opinión mía ya ha sido expuesta, con más autoridad sin duda, por los Dres. Juan Francisco Linares y Agustín A. Gordillo.

Y concluyo. Mas no sin antes destacar que tanto la ley como su decreto reglamentario constituirán una valiosa fuente para la educación jurídica de los funcionarios administrativos y de educación cívica para los administrados, que se acostumbrarán a defender sus derechos y a luchar por ellos, con la consiguiente ventaja para la perfección de nuestro Estado de derecho.

## CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

PEDRO ABERASTURY

La exposición de motivos explica que, aun cuando sea materia propia de lo contencioso administrativo, la inclusión de los artículos 23 a 32 se debe a la conveniencia de cubrir el vacío legislativo resultante de la ausencia, en lo contencioso administrativo, de un código contencioso administrativo en el orden nacional.

En cuanto al tema general, bueno es aclarar que se trata del control jurisdiccional por el Poder Judicial y que este control abarca toda la actividad administrativa. En cuanto a los artículos 23 y siguientes, el primero de ellos se refiere a la impugnación judicial de un acto de alcance particular; el siguiente a la impugnación de un acto de alcance general y el 27º a la impugnación, por el Estado o sus entes autárquicos.

Lós artículos 25 y 26, a los plazos dentro de los cuales deben deducirse por vía de acción o recurso la impugnación judicial. Los artículos 28 y 29, tratan del amparo por mora y, los artículos 30 al final, al reclamo administrativo previo a la demanda judicial. Cualquiera sea la opinión sobre la solución y el texto de estos artículos, considero acertada la inclusión por las mismas razones dadas por la "Exposición de motivos".

Es tiempo de que se dicte el código contencioso administrativo y se establezca con la amplitud y medios suficientes en el Tribunal competente, ambos aspectos inescindibles y una misma vital o esperada reforma. Los artículos 23 y siguientes son un comienzo de ello.

Voy a organizar mi exposición tratando, en primer lugar, uno de los extremos del título, esto es el Poder Judicial como órgano del control jurisdiccional y si es exclusivo o si ese control puede atribuirse a otros organismos. Además, me parece conveniente presentarlo al Poder Judicial con la imagen que resulta de algunas experiencias y soluciones que a primera vista podrían aparecer excelentes, de los artículos 100 y 101 de la Constitución. Y, por otra parte, que retacea el artículo 95 en cuanto desde antiguo y por distintas y sucesivas leyes se ha retraído de la competencia judicial para atribuirla a organismos administrativos, el conocimiento y decisión de algunas cuestiones que han sido llamadas cuasi judiciales y, que sin duda, son de naturaleza jurisdiccional.

También hay que advertir que con gran elocuencia lo señaló el Dr. Abad Hernando, estos problemas adquieren su verdadera significación, si se los encuadra en el marco del estado de derecho, por lo que la exposición de los mismos no debe eludir juicios sobre si las soluciones adoptadas cumplen o no los postulados que lo integran.

En un trabajo publicado en el año 1950, en Jurisprudencia Argentina, el profesor Hervart sostuvo que la idea de estado de derecho está dirigida, garantizada, mediante la separación de los poderes y por el funcionamiento de tribunales que se respeten en todos los actos de intervención del Estado, los derechos del hombre y las leyes dictadas por el pueblo.

Por otra parte, la Corte ha dicho repetidas veces, que la sujeción a la ley es un principio reiteradamente señalado por la jurisprudencia como un principio básico del ordenamiento que rige en la república y que, tanto la organización social como política y económica del país, reposan en la ley, que el acatamiento a la Constitución y a la ley, por otra parte, es deber de todos los poderes del estado, según especifican los artículos 59 y 80 para el Congreso y el Poder Ejecutivo.

Podemos afirmar entonces, que el régimen constitucional de nuestro país, instituido por las Constituciones de 1853 y 1860, con las reformas del 66, 98 y 1957, aseguran el cumplimiento de esas condiciones por las siguientes razones:

1º) Instituyen un gobierno compuesto por tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con atribuciones específicas para cada uno de ellos y cuya distribución consagra el principio de la separación de los poderes, a cuyo significado para la preservación de la libertad aludió el Dr. Real anoche, con la cita tan elocuente de Montesquieu de cuyo valor permanente nadie puede dudar.

Por otra parte, la enfática declaración del artículo 29 complementa las respectivas cláusulas constitucionales respecto del Parlamento, del Ejecutivo y del Judicial.

En segundo lugar, porque a la organización de los poderes del estado, la constitución los hace preceder del Capítulo de las Declaraciones, Derechos y Garantías, de los artículos 14 y siguientes, entre los cuales los artículos 28 y 33, han tenido una real y benéfica trascendencia para perfilar el ámbito del control judicial de las leyes, reglamentos y actos administrativos. El principio de razonabilidad como garantía innominal y el recurso de amparo desde el caso Siri en adelante, así lo demuestran.

En tercer lugar, la Constitución establece en el artículo 31, la supremacía de ella y de las leyes nacionales y de los tratados con las potencias extranjeras, respecto de los cuales una sentencia de la Corte Suprema, en el caso Martín, dejó establecido que ambas leyes y tratados tienen igual rango constitucional.

No es de incumbencia de estas jornadas el estudio de cada una de las materias precedentemente enunciadas, salvo la referente al Poder Judicial, titular de la atribución del control jurisdiccional de la actividad administrativa, primer tema de la jornada.

Hay que advertir si es que hablamos de control jurisdiccional y

no de actividad jurisdiccional, distinción que es necesaria porque una primera cuestión debemos dilucidar y es la de la validez de la atribución por ley de facultades jurisdiccionales a organismos administrativos y al control que, en caso afirmativo, corresponde al Poder Judicial en tales expuestos.

Pero antes desearía enunciar algunos desarrollos y extensiones de los artículos 18 y 100 y 101 de la Constitución, respecto de las Cortes Supremas como cabeza de un poder de estado. Porque, aun cuando esta enunciación me aparte unos momentos del tema específico que me incumbe tratar, darán una imagen más precisa de la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial de la Nación, en cuanto a instrumento para cumplir el propósito del Preámbulo de afianzar la justicia, y como órgano supremo de la organización judicial argentina e intérprete final de la Constitución, según uno de los "dictum" y uno de los fallos más importantes.

Subrayo órgano supremo de la organización judicial argentina, no únicamente nacional en el sentido Nación o Provincia.

La competencia de la Corte Suprema está dada por los artículos 100 y 101 de la Constitución, como es sabido. No puede ser ampliada ni restringida por ley, pero el artículo 24 del Decreto Ley 1.285 del 58 explicita en varios de sus capítulos estos artículos 100 y 101.

Destaco, para cumplir el referido propósito, el inciso 7º del citado Decreto Ley según el texto modificado por la ley 17.116, con arreglo al cual corresponde a la Corte Suprema el conocimiento y decisión de las cuestiones de competencia y los conflictos que, incluso, se plantean entre Jueces y Tribunales del país que no tengan un grado superior común que las resuelva. Y asimismo, y ahí está lo importante o lo más trascendental, la decisión sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia.

A la Corte Suprema se le ha encomendado así, recogiendo jurisprudencia de ella misma o por ella misma establecida, la prevención del riesgo de que una dificultosa o incierta dilucidación de competencias entre jueces del país, o del país y del extranjero, conduzca a una efectiva privación de justicia para quien en el país ha recurrido en procura de ella.

Las aplicaciones del ejercicio de esta competencia, que han sido variadas y numerosas, se ha extendido a los conflictos de un juez, o de los jueces con autoridades administrativas, y de ahí es la razón de que traiga a colación los precentes a los que en seguida me voy a referir.

Recordaré de ellos dos casos: el primero se refirió a un conflicto virtual entre un juez del país y otros u otro posibles jueces del extranjero y, el segundo, entre un juez provincial y una autoridad militar nacional en momentos de gran subversión como fueron los de la época en que la sentencia se dictó.

El primero es el caso "Cabura de Blasó" y el segundo el caso "Moreno Alemán". En el primero de ellos, asunto que tuvo gran trascendencia para la opinión pública, ordenó que asumiera competencia el juez del país, a pesar de las muy buenas razones que había decidido

la solución por el juez extranjero —se trataba de un juicio de divorcio— por la dificultad en el caso, de la radicación del juicio ante tribunales extranjeros, cuya competencia no aparecía establecida con precisión. Sea en cuanto a cuál juez podía corresponder y en su caso, si la asumiría, posibilidad que de ser negativa, dijo la Corte, escaparía a toda revisión por parte de la Corte.

Se trataba de determinar qué juez sería competente en una demanda de divorcio entre la esposa, residente en el país, y el marido residente en el extranjero pero con válido domicilio, en que se discutía si el último domicilio para determinar la jurisdicción estaba en el país o podía ser en alguno de los jueces del extranjero sin que se pudiera saber cuál juez asumiría esa competencia.

Entonces la Corte dijo: “La privación de justicia se produce ante la virtual posibilidad de que ninguno de los jueces del extranjero asumiera competencia y, en consecuencia, la esposa residente en el país quedaría sin protección de instancia judicial”.

La segunda se produjo para dirimir una cuestión entre un juez provincial y las autoridades militares nacionales, en un momento de gran subversión como fue el año 60 en pleno Plan Conintes.

Ambas veían comprometidas sus respectivas competencias en un conflicto planteado a raíz de que un juez que instruye un sumario a varios detenidos en una cárcel que había pasado a ser jurisdicción militar, habían sido distraídos de la jurisdicción del juez y llevados a otro tribunal, a otra cárcel, impidiendo al juez proseguir de esta manera, el sumario de prevención. La solución se buscó afirmando la jurisdicción del juez provincial sin perjuicio de reconocer la autoridad nacional que había actuado dentro de límites precisos en el tiempo y en cuanto al contenido de sus decisiones, la posibilidad de también ocuparse del tema subversivo que estaba comprometido en el caso.

Avanzando en este campo, la Corte intervino tiempo después, también por la necesidad de dar prevalencia al derecho a recurrir a una instancia judicial, en un caso muy curioso radicado ante la Corte Suprema de Mendoza. En ese caso se había producido, se había dictado sentencia definitiva contra la cual se había interpuesto un recurso de nulidad con recusación de los jueces del alto tribunal provincial.

Los jueces dieron entrada a sus sustitutos legales, quienes se abstuvieron por discrepar en cuanto a su jurisdicción para resolver el punto sobre la excusación de aquellos magistrados titulares. El conflicto se trabó entre unos y otros y la causa quedaba paralizada, sin posibilidad de ninguna solución en el orden local. Entregado el caso a la Corte, asumió la competencia a pesar de tratarse de un problema interno de un alto tribunal provincial, por la necesidad de dar prevalencia por sobre la autonomía provincial, a la garantía de la defensa en juicio incluida en el artículo 18 de la Constitución.

Resolvió que la excusación era procedente y ordenó que los jueces sustitutos reasumieran jurisdicción y resolvieran sobre el fondo del asunto.

Esto significa, y por eso lo he traído a colación, que el Poder Judicial de la Nación, por vía del tribunal máximo, aparece así asu-

miendo atribuciones residuales para asegurar en todo el país el servicio de la justicia. Avanzando, aunque excepcionalmente, en el ámbito reservado por la Constitución a las autonomías provinciales al que, de otro modo, se le hubiera podido, en casos extremos, dar solución por el remedio, también extremo, de la intervención federal.

Sentado es que, esta imagen y las atribuciones expresas y virtuales del Poder Judicial como un elemento indispensable del estado de derecho y su condicionante del control judicial de la actividad administrativa.

Voy a ocuparme de la atribución, por ley, de facultades jurisdiccionales, a organismos administrativos. Asunto contra el cual se ha esgrimido como impeditivo el artículo 95 de la Constitución.

Tiene relación con el tema del control jurisdiccional porque si la solución es por la validez de esta atribución de facultades, el control jurisdiccional de los actos de estos organismos es distinto, del control general sobre la actividad administrativa. Hay que distinguir también este caso de control judicial del control administrativo sobre actos de organismos jurisdiccionales sobre el cual el Dr. Celorrio nos proporciónó una muy aguda disertación anteriormente.

La discusión sobre el control judicial de estos organismos debe hacerse con referencia a dos categorías de competencia: organismos que resuelven conflictos entre la administración y sus administrados y organismos que resuelven cuestiones entre particulares, como fue el caso de las Cámaras Paritarias de arrendamiento y aparcería rural cuya inconstitucionalidad declaró una sentencia de la Corte a los doce años justos, prácticamente, de entrar en vigencia la primera de las leyes que había creado estas Cámaras. Fueron creadas el 10 de setiembre de 1948 y la sentencia se dictó el 19 de setiembre de 1960. La Corte había reconocido con anterioridad que estas Cámaras eran organismos administrativos que ejercían atribuciones del tipo jurisdiccional, pero no había encarado el grave problema institucional que estas Cámaras planteaban. Recién lo hizo en el fallo del caso "Fernández Arias c/ Poggio" que, curiosamente, declaró la inconstitucionalidad de estas Cámaras pero avanzó con toda precisión, en el reconocimiento de la atribución de facultades jurisdiccionales a organismos administrativos si se cumplían ciertas condiciones y, por eso, tiene una trascendencia relativa reconocida casi sin excepción.

El caso puso en cuestión, como es obvio, los artículos 18 y 95 de la Constitución. Debemos detenernos, aunque breves momentos, en el artículo 95 porque, como dije antes, ése fue un argumento que se ha esgrimido y se sigue esgrimiendo como contrario a la posibilidad de estas facultades jurisdiccionales atribuidas a organismos administrativos. Alguien ha dicho que es una redundancia el artículo 95. No me atrevo a suscribir semejante calificativo aunque acepto que lo que el artículo 95 establece, está implícito en el artículo 18.

Sin perjuicio de comprobar sus probables fuentes o concordancias, destaco que este artículo está colocado en el Capítulo I de la Sección Primera que se refiere a la Naturaleza y Relación del Poder Judicial y que habla de funciones judiciales y no de funciones jurisdiccionales,

como con bastante asombro he podido leer en reciente libro en que aparece presentado como si hubiera dicho no poder ejercer funciones jurisdiccionales.

Se ha dicho que la prohibición de este artículo 95, y lo ha dicho Joaquín V. González, tiene el propósito de defender a las personas contra los abusos del poder y de marcar la línea divisoria de los tres poderes que forman el gobierno federal.

Y se ha señalado como fuentes y concordancias las siguientes, sobre las cuales no me voy a extender por razones de economía de tiempo: apareció por primera vez como artículo 7º de la Sección II, llamada del Poder Ejecutivo, del reglamento de la división de poderes sancionada por la Junta Conservadora de la Soberanía de Fernando VII en el Reglamento de 1811. Aparece casi con una concordancia textual, en el artículo 108 de la Constitución de Chile del 33 y en el artículo 93 del Proyecto de Alberdi. Pero en todos estos textos aparece la referencia a funciones judiciales y no jurisdiccionales de modo que lo que puede decirse de ellos es que preservaron para el Poder Judicial la decisión última en la decisión de causas que es el texto, que es la palabra, con que aparece la competencia del Poder Judicial de la Nación en los artículos 100 y 101 de la Constitución.

Y volvemos a la sentencia Fernández Arias, a la cual me voy a referir aludiendo algunos "dictum" del voto mayoritario, porque colocan en sus verdaderos términos el problema que particularmente nos ha sido encomendado. Este caso tuvo unanimidad en cuanto a la decisión y la diferencia entre la mayoría y la minoría, fue que la minoría que integré, consideró indispensable pronunciarse sobre la impugnación referida al artículo 67, inciso 11, de la Constitución, es decir a un organismo que no respondía a la división de jurisdicciones locales lo que dio motivo que poco después la Corte tuviera que insistir también, en la misma tesitura, de declarar inconstitucional un segundo organismo que sustituyó a la Cámara Paritaria que adolecía del mismo vicio.

Nos tomaría demasiado tiempo examinar considerando por considerando de este extenso fallo, pero no creo que deba omitirse declarar que la Corte puntualizó que esta típica modalidad que es ésta, estos organismos, una típica modalidad del derecho público actual que desde luego no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico y que ni expresa ni encubre una determinada concepción del Estado. Muy por el contrario, siguió diciendo, constituyó uno de los modos universales de responder pragmáticamente al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que las que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado.

Como ven, y como ocurre en casi todas las decisiones judiciales, campea la posibilidad de dos criterios interpretativos: un criterio estático que se fija a la interpretación que puede surgir del momento en que la norma nació, y un criterio dinámico sobre todo respecto de las cláusulas constitucionales en cuanto a la Constitución, está destinada a

permanecer en el tiempo en períodos más extensos que los de las leyes más comunes.

Se asientan esos modos, siguió diciendo la sentencia, en la idea de que una administración apta, eficaz y dotada de competencia amplia, es instrumento apto para resguardar determinados aspectos fundamentales de intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos, con una cita en este caso de Landis, de su obra sobre el "Proceso Administrativo".

Y esto acontece incluso en países como Gran Bretaña y los Estados Unidos, cuya organización política a semejanza de la existente en la Argentina confía el ejercicio de la función jurisdiccional a magistrados específicamente encargados de desempeñarla, los que son, además, diferenciados e independientes. La sentencia recordó que nuestros tribunales desde antiguo y a semejanza de lo ocurrido en los países mencionados, declararon la validez de esos organismos con facultades cuasi-judiciales. La Corte, en efecto, había convalidado y dicho que es compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones especiales de índole administrativa destinadas a hacer más efectiva y explícita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la presiguierte complejidad de las funciones asignadas a la administración.

En efecto, en el considerando 11 hizo una prolija enumeración de los precedentes jurisprudenciales y legales y agregó "pero ella no supone la posibilidad de un otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales".

La Corte estableció en ese caso que entre las condiciones de esa validación debía figurar ante todo el establecimiento de un control judicial suficiente, suficiente —acentuó el calificativo— defendiendo esa suficiencia que debía examinarse en cada caso de la naturaleza del derecho individual invocado, de la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo.

Los considerandos 15 y siguientes destacaron que una diferencia sustancial entre esos antecedentes y validantes y el caso de las Cámaras Paritarias, residía en la doble circunstancia de que éstas suponían un litigio entre particulares atinentes al derecho común, aludía a derechos subjetivos privados y no públicos en consecuencia, cuya solución por las Cámaras además, no dejaba expedita la instancia judicial posterior que obviaría el carácter administrativo del Tribunal de Primera Instancia.

Tales circunstancias condujeron a la declaración de inconstitucional de las leyes que crearon esas Cámaras, coincidente con el voto minoritario que coincidió y se extendió en el examen del artículo 67, inciso 11.

La línea jurisprudencial retomada y precisada en el caso de Fernández Arias ha sido seguida invariablemente hasta el momento actual.

Con más o menos acierto de expresión puede decirse que la acep-

tación de la realidad fue el primer paso para resolver el problema con vistas, además, a desarrollos futuros. Y esta realidad estaba compuesta por dos caras: el de la necesaria existencia, no exclusivamente nuestra, de organismos administrativos a los que las leyes atribuyen facultades jurisdiccionales y el de la no menos necesaria revisión judicial de las decisiones de aquéllos por imperio del principio del debido proceso o de la defensa en juicio del artículo 18 de la Constitución.

La solución del caso Fernández Arias fue la declaración de invalidez constitucional de las cámaras pero anticipó la validez de estos organismos, siempre y cuando fuese asegurada una instancia de revisión judicial suficiente, condición que por de pronto no se consideró cumplida en ese caso por la mera posibilidad del control judicial por el recurso extraordinario del artículo 14, porque en otros casos puede ser suficiente instancia judicial la posibilidad de interponer este recurso y obtener mediante él, la revisión judicial de un acto inválido.

Un estudio detallado de los casos y sentencias dictadas daría la medida del principio de sus aplicaciones prácticas pero el tiempo no lo permite.

Me limitaré a destacar dos casos relativos a la interpretación del artículo 14 de la ley 13.426, la ley que había instituido el Instituto Nacional de Previsión Social, que había previsto un recurso de inaplicabilidad de ley contra las decisiones del Instituto que resolvía otorgando o denegando derechos previsionales de los afiliados.

Se ha hecho alusión sobre todo en la notable exposición del Dr. Sáenz, que el control judicial no debe detenerse en la interpretación legal, sino que debe abonar el examen de los hechos conocidos y valuados por el organismo administrativo en función de organismo jurisdiccional. Y por eso, incitado por esa observación, es que traigo a colación los dos casos, uno el caso Michalá y el otro López de Reyes relativos a los procedimientos previsionales en los cuales la denegatoria de un beneficio por invalidez provenía de una decisión del Instituto Nacional de Previsión Social, fundada en dictámenes técnicos médicos que, ni habían explicitado las condiciones en que el examen se había producido ni daban razones sino afirmaciones dogmáticas sobre la existencia o no existencia de incapacidad. La decisión final de estos casos sorteó la dificultad resultante del carácter limitado del recurso de inaplicabilidad de la ley y, si no llegó a la declaración de inconstitucionalidad de este artículo, fue porque le atribuyó una amplitud suficiente como para sostener que la correcta aplicación de la ley dependía de la correcta apreciación de los hechos, comprensiva de la comprobación de la continuación de los mismos y del mérito de las pruebas que a ello se referían, tienen similitud en este caso el arduo problema en la concesión de recurso extraordinario cuando se alude que la cuestión constitucional está comprometida por los hechos de la causa.

La obligación del Tribunal Judicial de valorar la decisión del organismo administrativo referente a los hechos, hace que agregaran estos casos la segunda de las condiciones para validar la existencia de organismos administrativos con facultades jurisdiccionales. La primera, recuerdo que es la instancia de erudición judicial suficiente, esta se-

gunda es la exigencia de que el tribunal judicial no se limite en la interpretación acertada o incorrecta de la ley, sino al pronunciamiento sobre los hechos de la causa.

Por último, y en cuanto a la validez constitucional de estos organismos, no solamente como bien dijo el Dr. Celorrio, está reconocida recientemente en el artículo 99 del Decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos, sino por el artículo 257 del Código Procesal que reconoce el carácter del órgano jurisdiccional a los efectos del recurso extraordinario, aquel que tiene atribuido facultades de ese orden porque establece que el recurso extraordinario se interpondrá ante el organismo que ha dictado la decisión final que compromete una anarquía constitucional o la interpretación de la ley federal. Por otra parte, ha de destacarse la contribución de la ley 19.549 y del decreto reglamentario al asegurar la juridicidad del proceso instituido, como dice la exposición de motivos, para asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso.

Siempre quedará, por otra parte, la posibilidad de ampliar o de corregir las deficiencias de la instancia administrativa o la de anularla en los casos de violación insanable de las garantías del debido proceso. Volveremos sobre ello cuando trate sobre las vías de impugnación judicial.

Establecido lo que antecede respecto de cuál es el órgano que puede ejercer el control jurisdiccional con carácter de judicial, me referiré a cuáles son las restricciones que se han enunciado como limitativas de este control jurisdiccional que se han puesto en consecuencia, en cuestión.

En nuestro país el control de la actividad administrativa comprende el control de constitucionalidad y el de legalidad. Cuáles son las condiciones que se han enunciado como erróneamente limitativas del control constitucional. No provienen de una ley sino que provienen de la interpretación que los propios tribunales han dado a la palabra causa de los artículos 100 y 101. La interpretación de esta palabra aparece con nitidez, pero con fluidez también a través de lo que se ha considerado al acordar o negar, el recurso extraordinario respecto del requisito de que la cuestión sea justiciable. Y a este respecto todos sabemos que ha habido dos tendencias, sobre todo en las Cortes de los Estados Unidos, en un movimiento pendular entre los llamados activistas y los que han sostenido la auto-restricción de las facultades del tribunal respecto de los actos de los otros Poderes. Actualmente estamos en la segunda etapa, después de las muy brillantes actuaciones de la mayoría activista que todos conocemos.

No me parecen demasiado justas las críticas que se han hecho a lo que se ha denominado prudente restricción de la determinación de qué es una causa justiciable y cuáles son los medios para poderla llevar a decisión judicial. Tema es, de permanente actualidad. La primera cuestión sobre la que no hay ninguna discusión, es respecto de lo que es una cuestión abstracta que hay unanimidad para decir que no es susceptible de ser llevada a la justicia, tampoco son cuestiones que se pueden llevar a la justicia las que envuelven una simulación de juicio.

Respecto de los medios se está discutiendo si es procedente o no es procedente un remedio rápido como podría ser frente a una ley reputada inconstitucional y una demanda declarativa de inconstitucionalidad. La existencia de acciones y de sentencias declarativas como diferente de las sentencias de condena o de las sentencias constitutivas de derecho, no es una novedad en el derecho procesal y tampoco es una novedad la legislación procesal que estaba en la ley 50 y actualmente el artículo 322 del código procesal lo admite, distinguiendo, con toda precisión, entre la demanda declarativa de la demanda que plantea una cuestión abstracta porque requiere que la demanda declarativa provenga de una situación cuya incertidumbre pueda producir un perjuicio o lesión actual al actor, que no dispone de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. Pero en las demandas declarativas inconstitucionales, permanentemente ha declarado inadmisibles, desde antes y hasta ahora, ocurre que los casos planteados son aquellos en que no es susceptible de que sean oídos los beneficiarios de la ley impugnada.

En una demanda declarativa entre particulares los derechos están en cabeza del actor y del demandado. En una demanda declarativa de inconstitucionalidad está el Estado y el actor que se dice lesionado y otro tercero que son los beneficiarios de la ley. Me parece, por ello, que si se dan estas condiciones va a permanecer sin variantes la jurisprudencia impeditiva que se basa en la indefensión de estos beneficiarios y en la necesidad de autorrestringir el control de las leyes fuera de aquellos casos en que es necesario declarar la inconstitucionalidad de la ley porque es el obstáculo al reconocimiento de un derecho pretendido en juicio.

Otro caso en que se ha impedido el acceso al control constitucional es aquel en que se imputa al actor que ha renunciado a plantear la inconstitucionalidad de la ley. Dos recientes casos dieron motivo a una muy erudita conferencia que se pronunció en el Colegio de Abogados por el Dr. Carrió y que puede que esta conferencia sea publicada.

La jurisprudencia ha establecido con precisión que en los casos de renuncia expresa o tácita de un derecho patrimonial, el que lo ha renunciado con esas modalidades, está impedido de pedir apoyo judicial para que la ley no se le aplique, pero se ha dicho con igual certeza, que esta renuncia se refiere a los derechos patrimoniales pero no a ningún otro, aunque los otros también tengan algún ingrediente patrimonial y me refiero a uno de los últimos casos en la Corte, en su actual composición en que, no obstante haber un acatamiento a una ley creadora de un Consejo Profesional que obligaba a distribuir entre todos los abogados de un distrito los honorarios, o parte de los honorarios en la Caja Forense, ley que había sido acatada por el actor, se dejó a salvo el derecho de éste a plantear el problema de si la afiliación obligatoria a un Consejo Profesional lesionaba o no lesionaba, el derecho a asociarse libremente.

De modo que fuera de los casos en que se pueda discutir si ha habido renuncia tácita o expresa, considero que es correcta la invariable jurisprudencia de la Corte, impeditiva del acceso al control cons-

titucional cuando se ha renunciado expresa o tácitamente, a plantearla con anterioridad al pleito.

Por último, está el problema de las cuestiones no justiciables, cuya enumeración es copiosa.

Parecería que puede sintetizar la diferencia entre activistas y no activistas en materia de control jurisdiccional, respecto de las cuestiones que son judiciales y, entre ellas, las cuestiones políticas y cuáles son éstas. Y, segundo, si para juzgar de la constitucionalidad de una ley se debe confrontar objetivamente la ley con la Constitución o se debe avanzar en el examen, no tanto de la razonabilidad sino sobre la elección misma del medio buscado por la ley, o la existencia de otros que se consideren más compatibles con la Constitución.

La tendencia hacia avanzar la declaración de cuestiones justiciables es notoria y desgraciadamente no hay tiempo para examinarla, por lo cual voy directamente al tema de los artículos 23 que son los que se refieren a la impugnación judicial de actos administrativos en la ley 19.549.

El texto del artículo 23 requiere que para ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular, debe revestir calidad de definitivo y, agrega, se hubieran agotado a su respecto las instancias administrativas.

Es por todos conocidos el arduo problema de decir cuándo un acto es definitivo firme, causa estado, es provisorio o definitivo. Me parece que en este caso al unir la calidad de definitivo y de que se hubieran agotado a su respecto las instancias administrativas, une dos elementos para la definición del acto impugnado.

La calidad definitiva se refiere, a mi juicio, al objeto del dispositivo en cuanto a poner fin a la cuestión planteada. En cuanto a que se hubieran agotado al respecto las instancias administrativas, siendo los recursos administrativos potestativos, el texto tiene que referirse a haberse agotado toda la escala hasta llegar al funcionario superior con competencia para decidir en el acto.

Agrega el inciso segundo que son equiparables a actos definitivos, aquellos que impiden totalmente la tramitación del reclamo interpuesto; la solución es clásica. Y agrega que también impugnabilidad por acción o recurso, según el caso, en los casos de silencio o ambigüedad de la administración, o cuando se hubiere violado la jurisdicción de vías de hecho.

El acto de alcance general puede ser impugnado por vía judicial cuando un interesado a quien el acto afecta, o puede afectar, en forma cierta o inminente en sus derechos subjetivos haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fue adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10. Es decir, el acto general se impugna a través del acto concreto que le da aplicación. Y cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante acto definitivo y contra tales actos se hubieran agotado sin éxito las instancias administrativas.

Es decir, coloca al caso en la misma situación del inciso a) del artículo 23.

Los plazos del artículo 25 son plazos de caducidad cuyo transcurso hacen, a mi juicio, que el impugnante carezca de la facultad de la vía del recurso o de la acción, si éstos caducan sin el ejercicio de ambos remedios. No es una opinión compartida.

Y también el artículo 26 dice que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.

El artículo 27 se refiere a la impugnación de los actos por el Estado o el ente autárquico que los creó y que debe recurrir a la vía judicial para lograr su anulación.

## RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

ARMANDO E. GRAU

Creo que podría ser útil, para este tipo de reuniones, tratar este tema de la "reclamación administrativa previa" de manera global, general, desprendiéndolo un poco del cauce donde estaba casi naufragando. Pienso que es un tema mucho más amplio que el que la doctrina hasta ahora había enfocado.

En cuanto al origen, concepto y caracteres, por lo pronto debe advertirse que el carácter legal o constitucional de este origen ya señala un dato muy importante.

En el orden nacional, la ley 3.952, la Ley de Procedimientos Administrativos recientemente sancionada y leyes especiales, al establecer la reclamación administrativa previa, están permitiendo la supresión muchas veces proyectada.

La doctrina, últimamente, se ha manifestado en favor de esta supresión. Ya el proyecto Moret en 1936, quiso suprimir algo parecido, que era la venia legislativa.

Luego, el proyecto de la Procuración del Tesoro, también reciente, que el Dr. Diez cita en su tratado, propicia la supresión. El anteproyecto Diez-Ávila-Gordillo, la suprime para casos especiales de actos dictados por determinadas autoridades. Las Leyes de Aduana consideran que equivale al acto del Poder Ejecutivo dictado en virtud de la 3.952, el acto de la autoridad aduanera. La Corte Suprema, caso "Edgar Mariño", refiriéndose al Estatuto de la Policía Federal, interpretó que era suficiente el acto de la autoridad inferior al presidente para agotar la vía administrativa, sustituyendo así el reclamo administrativo de la ley 3.952.

Pero, al mismo tiempo, hay proyectos como el de Baulina, hay bases dadas como las de la Quinta Conferencia de Abogados, que trataron de incluirla para todo tipo de juicio que tenían programado regular, el juicio de anulación o el juicio de plena jurisdicción.

Podemos concluir en que su origen legal, da esta posibilidad de supresión. El origen constitucional, que es el común a todas las provincias, que da la materia más importante para el tratamiento de este tema por su volumen, por la cantidad de normas que la rigen, en cam-

bio, sólo permite una limitación razonable y jamás una supresión, limitación que entiendo que tiene que ser legislativa.

Podemos decir que la reclamación administrativa en cuanto concepto, es un concepto del derecho administrativo y del derecho procesal. Para el derecho procesal administrativo o en el derecho procesal administrativo, aparece como un presupuesto procesal de admisibilidad de la demanda contra la Nación, contra las Provincias, contra los Municipios, o contra ciertos sujetos públicos.

Como objeto de estudio del Derecho Administrativo, y es fundamental recordar esto porque es el centro de lo que quiero sostener aquí, es un procedimiento para conciliar intereses y es un procedimiento para evitar pleitos.

A veces se considera como un recurso. Chaco (en su Código Contencioso), la Nación misma (en el artículo 23 y 24 de la L.N.P.A.), cuando regla procedimientos administrativos previos para la demanda judicial, no están haciendo otra cosa que cambiarle de nombre a lo exigido para culminar con una decisión administrativa previa para la justicia revisora. O sea, no exige el reclamo administrativo previo, pero exige el recurso administrativo previo, lo que es lo mismo desde el punto de vista de la misión que cumple como instituto jurídico.

También para algún sector de la doctrina equivale a un recurso, conceptualmente es un recurso, pero me parece que si bien esto es admisible en la legislación que lo establece expresamente como recurso, en el orden nacional a que se refiere esa doctrina no, porque es limitar su contenido a un objeto de impugnación que es restringir el objeto de esta reclamación.

A veces se dice que es una conciliación. Pero la conciliación es un acto; la reclamación es un procedimiento. La conciliación implica siempre, o llega siempre a una transacción, a una renuncia de algún interés, en cambio en la reclamación administrativa, si bien puede haber alguna forma de conciliación, siempre en mira de los intereses públicos, funciona la limitación a esa avenencia que es absolutamente discrecional, absoluta en el campo de la conciliación.

Hay que decir entonces que, conceptualmente, se trata de un presupuesto procesal para el ejercicio del derecho de defensa en juicio por medio de la demanda y, al mismo tiempo, que es un medio para satisfacer pretensiones, es un medio de reclamación de situaciones jurídicas concretas y es un medio de impugnación de actos lesivos de situaciones jurídicas concretas.

Respecto de sus caracteres, se ha considerado que es un privilegio. ¿Por qué? Por permitir repensar, reconsiderar una conducta. Evidentemente esto, lejos puede catalogarse como privilegio; al contrario, es lo lógico, es lo deseable, que se reconsidere, que las conductas sean revisadas.

Se dice que es renunciable, pero evidentemente la renunciabilidad no existe desde el momento que se considera renunciable en el instante que se contesta la demanda por parte del Estado y no hace uso de las excepciones de defecto legal, de incompetencia o las que fueran admisibles en el régimen de que se trate, ya que el Estado ahí

no puede aparecer renunciando a algo que no es una carga para él, que no es una obligación de él, que es del demandante. No implica nunca una renuncia, lo que hay sí es una renuncia: oponer la defensa de la falta de reclamación administrativa.

Se dice que es formalista, injustificada, inútil. Se dice, esto por la jurisprudencia y por la doctrina, que a veces, es preparación de la demanda, nada más; que es una revocatoria. (En el lenguaje ya de la legislación vigente sería anulación, en todo caso). En el Código de Corrientes, se considera como una revocatoria.

Me parece que, aparte de estos caracteres, si ustedes quieren, se pueden agregar otros valiosos. Primero, que es necesaria y conveniente para el Estado, para un Estado de desarrollo en donde la función del Estado es fundamental y en donde la necesidad de las etapas de conciliación son esenciales.

El Estado tutela la legalidad y, al tutelar la legalidad, el Estado garantiza a los administrados, así que puede aparecer como una garantía para los administrados.

Es una garantía para la administración, sin duda ninguna, porque le asegura a la administración su derecho de defensa en juicio. No tanto prepara la litis, no tanto compone el proceso o crea la materia litigiosa, sino que, fundamentalmente, asegura, le da certeza al Estado o la Nación sobre la posibilidad de defender una materia determinada, un derecho, una potestad determinada.

Es una ventaja para los administrados, esto lo ha declarado la Corte en el caso "García Morando" y la doctrina lo acepta como medio de evitar juicios; sustituye, si ustedes quieren, a la conciliación. Y también hay que anotar que no se agota con la demanda judicial, por lo mismo que tiene por sobre todas las cosas, esa función conciliatoria. Nada impide al Estado que, con posterioridad a la demanda, siga tramitando el reclamo administrativo previo para culminar evitando el juicio, que es también la función más importante del Poder Ejecutivo.

Respecto de los interesados, debe anotarse que son los titulares de los derechos civiles, los titulares de los derechos e intereses legítimos administrativos y los sujetos públicos titulares de funciones administrativas, de derechos, de intereses administrativos o civiles.

O sea, en el gran panorama que conforma la legislación nacional y la federal y local, encontramos en la 3.952 una ley para las acciones civiles, encontramos luego en la legislación de la Ley de Procedimientos Administrativos actual, y en las leyes provinciales, la tutela o la titularidad de los derechos e intereses legítimos.

Y por último, lo que no debe olvidarse y comúnmente se olvida, la titularidad de las funciones administrativas, para lo cual el Estado ejerce también su acción, o sea su derecho de defensa en juicio que no se limita únicamente a defender los derechos de los particulares, sino también las potestades estatales.

En cuanto al órgano competente, es también diversa según la legislación, la autoridad designada. La misma autoridad, a veces, como en el caso de Corrientes o del Chaco, la misma autoridad que dictó el acto lesivo.

A veces la autoridad competente en último grado, a veces el Poder Ejecutivo, como lo dice la actual Ley de Procedimientos o lo decía el artículo primero de la ley 3.952.

Pero la ley actual incorpora algo que es, a mi juicio, desvalioso, que es la posibilidad de delegación.

Establece el principio general de que la decisión de la reclamación debe ser del presidente, pero permite la delegación y, al permitir la delegación, desvirtúa a mi juicio la misión conciliatoria del Estado. Creo que lo que debió o lo que debe hacer el intérprete de esta legislación, es asegurar la imparcialidad del órgano, y esta imparcialidad del órgano no se logra con la delegación sino, al contrario, es decir que siempre conviene que sea un órgano distinto, que sea la máxima autoridad la que decida, porque es la que da la posibilidad máxima de conciliación.

En cuanto al objeto también es amplio el panorama.

En primer lugar, de acuerdo con la ley 3.952, pueden ser hechos, actos o contratos civiles; pueden ser hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos de acuerdo a la ley actual. Pueden ser, en fin, todo lo que la subsunción de acciones o acumulación de pretensiones permitan, hagan posible en la eventualidad dirigida hacia la acción judicial, en la eventual demanda judicial, ya que la ley actual incorpora algo que también es restringir más el artículo primero de la ley 3952, diferenciándose así la norma que trae la Ley de Procedimientos de la ley 3952 en la incorporación de la posibilidad de la delegación, que es desvalioso, y en la exigibilidad, exigencia del principio de congruencia que también es desvalioso.

Es decir, este principio de congruencia que enunció Serrano Vado, que ustedes conocerán y que la ley enuncia claramente diciendo que el reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial.

Es decir, prácticamente lo que está haciendo la ley acá es prohibir una cantidad de supuestos que, en definitiva, son o van a ser irrelevantes para habilitar la instancia judicial.

En cuanto a la fundamentación como objeto del reclamo administrativo, puede ser doble: la legalidad o la conveniencia. Nada impide que cuando un sujeto público es el interesado en un reclamo administrativo o alegue, oponga, esgrima y confronte sus razones de interés público, sus razones de conveniencia y de oportunidad, que no es el caso por supuesto, en que el interesado es un particular.

En cuanto al procedimiento, ya hemos dicho que algunos legislan el reclamo como recurso. Luego, entonces, en estos casos, como es el de bastantes provincias, el procedimiento es el mismo. A veces algunos establecen el procedimiento del recurso jerárquico específicamente, en los casos de los entes autárquicos, como es el artículo 7º del Código Contencioso de Santa Fe. Lo que debe decirse respecto de esto, me parece, es que el procedimiento (de estar establecido o de tener que sobre la marcha crearse) debe ser breve e idóneo. Es decir que la técnica procesalizada siempre es buena en estos casos, pero que no debe exagerarse, no conviene emplear una técnica excesivamente procesali-

zada. ¿Por qué? Por lo de siempre o sea que desvirtúa, en definitiva, su misión de conciliadora de intereses.

En cuanto a la decisión, se pueden dar los supuestos de un acto administrativo, a veces se dice expreso; yo entiendo que con decir acto administrativo basta, de declaración de la lesión o de reconocimiento de una situación, de acuerdo o depende de las pretensiones. Pero puede ser también, como decisión del reclamo, más que como decisión como forma de extinguir, de agotar el reclamo, el silencio. Silencio que, para mí, no hay ninguna duda que es un hecho, y en este caso un hecho administrativo, un hecho jurídico, que tiene por efecto jurídico el habilitar la instancia judicial. Es decir, no constituye un acto administrativo tácito, denegatorio, sino un hecho administrativo jurídico con ese efecto jurídico.

Se puede dar el caso de inactividad, esa inactividad que la doctrina, sobre todo española (Nieto y otros) llaman o dividen en inactividad formal e inactividad material. Pero se pueden dar los dos casos: de inactividad formal, o sea donde la administración silencia nada más que la reclamación y también de la material y formal demandable, en el sentido de que ese silencio implica el desconocimiento de lo peticionado o la negación de la prestación debida por parte de la administración.

Las consecuencias de esta decisión son varias. Se pueden referir, en primer lugar, la necesaria digamos, en la habilitación de la instancia judicial, por supuesto, (es el permiso, si ustedes quieren, aunque no hay otra palabra que habilitación) que integra la situación jurídica del sujeto titular de la acción y le da la posibilidad de iniciar la demanda o no.

Luego debe referirse, como consecuencia, a la prescripción, aquella prescripción que desde el "Banco Constructor de La Plata", la Corte Suprema tuvo la desgraciada idea de resolver aplicando el Código Civil. O sea considerar una situación que el Código Civil trae que, por supuesto, no tiene absolutamente nada que ver con la que traía, la que debía resolver, que era en función de la ley 3952. Es decir, nunca puede identificarse una demanda o juicio que son los términos del 3986, con un reclamo administrativo previo. Y la Corte misma, en el caso "Constructor de La Plata", dijo que son casos distintos los de la reclamación o gestiones, dijo, administrativas, ante el Poder Ejecutivo y los de la demanda y juicio. Pero resulta que, siendo distintos, les aplica el mismo criterio del Código Civil. Lo que hubiera sido perfectamente correcto en la ley 3952, para un tipo de objetos de reclamo que son las acciones civiles.

Cuando se trata de acciones civiles contra la Nación, evidentemente la aplicación íntegra, total, absolutamente permitida y obligada era del Código Civil (art. 3986). No, lo criticable es la aplicación indiscriminada para todo tipo de acciones de este artículo que no tiene nada que ver con las acciones administrativas. Por eso la Corte ha tenido que admitir ese otro, que es la demanda al solo efecto interruptivo, que la Cámara Federal de La Plata niega desde hace bastante tiempo y que la Corte, alguna vez también, antes de admitirlo tenía negado.

La realidad es que no hay ningún inconveniente; lo único que hay

que hacer es estudiar el instituto de la prescripción como instituto administrativo, como forma de extinción de las obligaciones administrativas y entonces no habrá ningún inconveniente en adjudicarle el efecto interruptivo que leyes ya actuales desde la 11.683 y otras, ya admiten a tales efectos, respecto de los procedimientos administrativos. Las leyes 11.275, 13.583, como la 11.683, lo establecen expresamente. También el tema de la decisión debe hacer pensar en las consecuencias que se refieren a los intereses, a la conciliación judicial, al allanamiento como dos posibilidades; ya que, por ejemplo, hay quien sostiene que lo que se ha negado en la reclamación administrativa previa, impide luego, a la Administración, la conciliación y entonces el juez también se ve impedido de citar a la conciliación. En el caso del allanamiento se cargan las costas, como lo dice el Código Contencioso de Santa Fe; cuando se ha negado, por supuesto, el reclamo administrativo y después se allana, la administración carga con las costas.

Otro punto que la ley trae sobre este tema, aparte de incorporar la institución del reclamo administrativo en forma sustitutiva, derogatoria del artículo 1º y 2º de la 3952 y nada más (aun cuando esta ley es una ley particular, que se refiere a las acciones civiles ya que el texto de la ley en su enunciado, en el artículo 30, lo hace en forma general es que la incorpora con alguna ventaja, como lo es el acortamiento de los plazos y, si ustedes quieren, la ventaja también que significa dar certeza al administrado que ya sabe que le rige para él el principio de la congruencia, etc., que antes era creación jurisprudencial.

Por supuesto, no aparece la ley derogando los otros artículos de la 3952 y menos el artículo 7º que no tiene absolutamente nada que ver, que no tiene ninguna norma que directa o indirectamente permita interpretar que es derogatoria. Incorpora, entonces, una cantidad de excepciones. Lo ha hecho con un criterio muy extraño. Está, aparece, como totalmente ajeno a la sistemática de la ley íntegra e incluso incorporando en un último inciso, algo que no estaba en discusión nunca, que es incorporar como excepción al reclamo administrativo, el caso de los entes autárquicos que nadie había puesto en discusión, como nunca nadie lo puso, ya que cuando se trataba de aplicar la ley 3952 de demandas contra la Nación, al caso de un ente autárquico, no se demandaba a la Nación y no se aplicaba entonces la ley 3952.

Acá sucede que el legislador se creyó obligado por esa jurisprudencia, a incorporarlo como excepción cuando no hacía falta porque el artículo 30 y siguientes reglan la reclamación administrativa para las demandas contra la Nación y no para el caso de los entes descentralizados.

Aprovecho para decir que lo hizo mal a mi juicio, porque en el caso de los entes descentralizados, con mayor motivo que en el caso de la Nación, es exigible, es necesaria, imprescindible, la reclamación administrativa previa. Recuerdo solamente la participación que los entes descentralizados tienen en la economía nacional, la participación que tienen en la prestación de los servicios públicos, el tipo de actividades que prestan, y entonces recuerdo no más, casos como el de los contratos

del petróleo, sin ir más lejos, es decir casos como el Puerto de Rosario, una cantidad de casos en donde las actividades que prestan ciertos organismos terminan no usando el litigio para decidir las cuestiones, sino usando el litigio como medio para llegar a la conciliación.

Creo que no hay ninguna razón de orden legal ni de orden ético, ni de orden político-social, que impida el reclamo administrativo en el caso de demandas contra los entes autárquicos. Las excepciones, entonces, recogen la jurisprudencia, como acabo de decir, pero podemos agruparlas en cuatro: los actos de oficio, los juicios especiales, diversos, entre los cuales se sigue insistiendo en uno que realmente no alcanzo a comprender cuál es el caso, para enunciarlo con precisión, de las acciones en que se pongan en juego los derechos constitucionales, directamente, o amparo de los derechos constitucionales, que realmente es un concepto de tal latitud que obligaría a incorporar a todos como casos de excepción. Casos de ineficacia: acá se sigue la jurisprudencia de la Corte que consideró, alguna vez, el reclamo como innecesario y, otra vez, como incompatible de los derechos, si mediara una clara conducta que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil. Son dos supuestos, pero el legislador los ha reunido en uno, es decir ha suprimido a uno, ha creado uno nuevo. Obliga a las dos cosas : ritualismo inútil e ineficacia. Eran dos supuestos antes previstos por la jurisprudencia.

El único caso que queda totalmente desprendido de todo el mecanismo, es el caso de las vías de hecho. El caso de las vías de hecho, en donde no hay ni recurso administrativo ni hay tampoco reclamo administrativo. Y acá se ha dado una especie de solución suiza, a mi juicio, o sea una especie de solución en donde el Poder Judicial avanza un poco sobre el Poder Administrador y se convierte un poco más en realmente contralor del Poder Administrador, sustituyéndolo en sus decisiones.

## AMPARO POR MORA

### FLORENCIA GONZALEZ DE RECA

1. — *Fundamento Constitucional*
2. — *Antecedentes*
- 2.1. — *Diferencias con la ley 16.986*
- 2.2. — *Anteproyecto de Código en lo Contencioso Administrativo*
3. — *Contra qué omisiones procede*
- 3.1. — *En cuanto al acto omitido*
- 3.2. — *En cuanto al órgano que omite*
- 3.2.1. — *Qué se entiende por funcionario responsable*
- 3.2.2. — *Omisiones del Presidente*
- 3.2.3. — *Omisión de funcionarios de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación*
- 3.2.4. — *Omisión de Ministros*
- 3.2.5. — *Omisión de funcionarios inferiores*
- 3.2.5. — *Caso de incumplimiento de los plazos por orden del superior*
4. — *Legitimación*
- 4.1. — *El silencio Administrativo y la obligación de pronunciarse*
- 4.2. — *Existencia de perjuicio*
5. — *Existencia de otros medios*
- 5.1. — *Resoluciones de fondo*
- 5.2. — *Resoluciones de mero trámite, dictámenes e informes*
6. — *Ventajas de uno u otro medio*
- 6.1. — *Resoluciones de fondo*
- 6.2. — *Resoluciones de mero trámite, dictámenes e informes*

#### 1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El derecho de peticionar y de interponer recursos administrativos es un derecho de los individuos que integra tanto la garantía constitucional de la debida defensa (Art. 18, C.N.) como la de peticionar a las autoridades (Art. 14, C.N.) y de ello se desprende su derecho a obtener una decisión al respecto. Marienhoff considera que con la inactividad o inercia de la administración se produce una "virtual denegación de justicia", además del desconocimiento del derecho de peticionar a las autoridades.

#### 2. ANTECEDENTES

Antecesor del amparo por morosidad es el "writ of mandamus" del derecho anglo-americano. Este es el mandamiento emitido por un

juez por el cual se requiere a un funcionario o corporación el cumplimiento de un deber correspondiente a su cargo.

En el derecho público provincial Argentino encontramos la recepción de este mandamiento, así por ejemplo en el Art. 26 de la "Constitución de la Provincia de Entre Ríos" de 1933. Como antecedente reciente puede mencionarse la ley 7166 de la Provincia de Buenos Aires que en su Art. 16 dispone que el órgano o el agente de la Administración pública deberá cumplir el mandamiento sin que pueda oponer excusa alguna ni ampararse en la obediencia jerárquica. Otro antecedente importante son los Arts. 151 y 152 de la ley 11.683 que establecen el recurso por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo de la D.G.I. y que por el decreto-ley 6692/63 se aplica también a la Aduana. Son también antecedentes inmediatos, la ley nacional 16.986 que reglamenta la acción de amparo y el Anteproyecto de Código Administrativo elaborado en 1968 por los doctores Marienhoff, Bidart Campos, Bosch, Cozzi y Linares.

## 2.1. DIFERENCIAS DEL AMPARO POR MOROSIDAD DE LA LEY 19.549 CON EL DE LA LEY 16.986

Cabe preguntar por qué se legisla ahora sobre el amparo por demora de la administración, si el Art. 1º de la ley 16.986 comprende "las omisiones de autoridad pública que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional" y la lesión estaría dada por la inacción de la administración que viola así los Arts. 14 y 18 de la Constitución. Una posible respuesta es que se ha querido proteger mejor al administrado, que, con la acción de amparo de la ley 16.986, dadas las limitaciones establecidas en su articulado y la interpretación sumamente restringida que ha hecho la jurisprudencia, se encontraba en realidad sin una protección en forma efectiva.

El amparo del Art. 28 es con respecto al de la ley 16.986 distinto, específico y puede considerarse que aunque algunas de las normas de esta última ley sean aplicables supletoriamente, las restricciones que ella establece no afectarían el recurso que nos ocupa.

La ley 16.986 en su Art. 1º se refiere a las omisiones de autoridad pública en un sentido amplio y dichas omisiones pueden ser tanto en dictar un acto, como en realizar una actividad concreta, comprendiendo por lo tanto actos y hechos.

Podemos así decir que de acuerdo a la ley 16.986 contra el hecho de omitir el dictado de resoluciones o una realización concreta debida, procede la acción de amparo. La ley 19.549 en el Art. 28 se refiere sólo a la omisión de actos y de dictámenes y autoriza al administrado a solicitar al juez un pedido de pronto despacho que, si es otorgado, debe ser obedecido por el órgano responsable.

Otra diferencia radica en que el órgano que omite decidir o actuar

en el caso de la ley 16.986 puede ser cualquiera en la escala jerárquica, incluso el Presidente de la Nación. En la ley 19.549, en cambio, el Artículo 29 se remite al decreto-ley 1285/58 cuyo Art. 17 determina que en caso de incumplimiento de la orden de pronto despacho judicial, se pondrá en conocimiento al superior correspondiente a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda, excluyendo así la posibilidad del amparo por morosidad del Art. 28 contra omisiones del Presidente.

Una tercera diferencia radica en que la ley 16.986 fija el plazo de caducidad de 15 días. El Art. 28 de la ley 19.549 no fija ningún plazo. Podría decirse que una de las diferencias más importantes con respecto a la ley 16.986, junto con la no existencia de plazo de caducidad, es por fin la falta de requisito de haber agotado la vía administrativa previamente. En efecto, el Art. 28 no trae una limitación en este sentido, solución que corrobora el Art. 32 inc. d) in fine y que constituye un sensible avance respecto a la 16.986.

Más adelante, al tratar sobre la existencia de otras vías volveremos sobre este punto.

El amparo por demora no tiene por objeto *resolver* judicialmente el pedido que se planteó en sede administrativa y que no fue resuelto o cuyo trámite se demoró, sino solamente *obligar a la administración a que se expida, a que tramite*. La cuestión de fondo no es, entonces, materia de esta acción.

## 2.2. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE 1968

Es la fuente que podríamos considerar más importante del Art. 28 de la ley 19.549. Este artículo es transcripción casi textual de lo previsto en los Arts. 164 y 165 de dicho Anteproyecto que en artículos anteriores trata por separado la acción de amparo de la ley 16.986.

El Art. 28 de la ley 19.549 llena un vacío producido no sólo por las limitaciones de la ley 16.986 sino también por la poco flexible interpretación que la justicia ha hecho de ésta.

Es una afirmación de fe republicana al afirmar los derechos de los particulares frente a la inacción de la administración y creo que debe aplaudirse su inclusión en la ley de procedimientos administrativos, junto con las disposiciones que se refieren a la impugnación judicial de actos administrativos, a la espera de un código procesal administrativo.

Podrían sí, hacerse algunas críticas, pero menores, en cuanto a la indebida extensión del Art. 28 y a la referencia de que si no existen plazos procederá la acción si hubiere transcurrido un tiempo irrazonable, ya que la misma ley y el reglamento fijan los plazos. La ley en el Art. 1º inc. e) apart. 4 da plazo genérico de 10 días para trámites. El Art. 10 da el plazo de 60 días para otorgar resoluciones de fondo. Tanto en un caso como en el otro, rigen estos plazos si no hay plazos especiales.

El artículo 48 del reglamento fija, por lo demás, el plazo de 45 días para emitir informes y dictámenes y de 20 para informes no técnicos.

Parecería resultar así, *prima facie*, la inexistencia de supuestos en que por carencia de plazos deba recurrirse al concepto de "demora irrazonable".

Podría también decirse que habría sido más apropiado hablar de amparo por morosidad o demora de la administración, pero esto, claro está, no es una cuestión fundamental.

### 3. CONTRA QUÉ OMISIONES PROCEDE

Vamos a analizar las distintas omisiones previstas en el Art. 28 considerando en primer lugar el problema respecto al acto omitido y luego lo referente al órgano que lo omite.

#### 3.1. EN CUANTO AL ACTO OMITIDO

La ley hace una enumeración de actos refiriéndose a dictámenes, resoluciones de mero trámite y resoluciones de fondo. No habla de informes, pero podría afirmarse que están también incluidos y que si el órgano que debe producirlos hubiere dejado vencer los plazos fijados sin hacerlo, quien fuere parte en el expediente puede pedir judicialmente se ordene su pronto despacho. Esta afirmación se basa en que sustancialmente no hay diferencias entre dictámenes e informes. Un dictamen tiene algo más que un informe y esto es la opinión del órgano que lo emite. Ambos son actos no productores de efectos jurídicos inmediatos o directos y no son actos administrativos "stricto sensu". Avalaría esta afirmación el Art. 2 de la ley que en su inc. c) se refiere a informes o dictámenes.

#### 3.2. EN CUANTO AL ÓRGANO QUE LO OMITE

Corresponde destacar varios problemas.

##### 3.2.1. QUÉ SE ENTIENDE POR FUNCIONARIO RESPONSABLE

El anteproyecto de código contencioso administrativo de 1968 entiendo por autoridad administrativa responsable, la que tiene a su cargo el funcionamiento de la repartición donde el expediente se encuentra para ser resuelto. Puede interpretarse que "autoridad responsable", es la que define dicho anteproyecto y entiendo que tal interpretación es posible dado que las disposiciones previstas en su articulado, son en lo que al amparo por mora se refiere, fuente directa de la actual ley. Habría así una orden judicial al funcionario responsable de avocarse y despachar las actuaciones en el plazo que se le fije.

### 3.2.2. OMISIONES DEL PRESIDENTE

Un análisis del Art. 17 del decreto-ley 1285/58 al cual se remite el Art. 29 de la ley 19.549, permitiría afirmar que la acción de amparo regulada en el Art. 28 no procede, como ya dijimos, contra omisiones del Presidente de la Nación. El citado artículo 17 del decreto-ley 1285/58 determina que toda falta en que incurran ante los tribunales nacionales los funcionarios y empleados dependientes de otros poderes u organismos del Estado Nacional o provincial actuando en su calidad de tales, será puesto en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a aquéllos, a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda. De ello podría deducirse que la acción del Art. 28 no sería procedente en caso de omisión del P. E., salvo que se considere que el hecho del incumplimiento debe comunicarse al Congreso a los efectos de una eventual sanción por éste al Presidente. Ello, por supuesto, no obstaría a que se considerara procedente el amparo como lo afirma Bidart Campos en virtud del Art. 1º de la ley 16.986, si se dan los presupuestos exigidos por ésta.

### 3.2.3. OMISIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA

Lo expuesto respecto al Presidente de la Nación debe entenderse en sentido estricto y ese principio no sería aplicable a omisiones de funcionarios de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación. En este supuesto el juez fijará un plazo al funcionario responsable, el Secretario General, para que se pronuncie o resuelva la cuestión de mero trámite que corresponda, dictamine o informe. Contra su incumplimiento se aplica el Art. 17 del decreto-ley 1285/58.

*Lo mismo puede decirse si el funcionario que omite es el mismo Secretario General en forma directa y personal. Él es, en este caso, funcionario interviniente y responsable y a él se intimará para que despache las actuaciones, aplicándose luego lo dispuesto en el Art. 29 en caso de incumplimiento.*

### 3.2.4. OMISIÓN DE MINISTROS

En este caso se da también lo que recién dijéramos respecto a omisiones del Secretario General de la Presidencia de la Nación. Hay identidad entre funcionario interviniente y responsable y en estos casos el funcionario interviniente debe cumplir la orden judicial de pronto despacho. Procede pues claramente el amparo por mora contra omisiones ministeriales.

### 3.2.5. OMISIÓN DE FUNCIONARIOS INFERIORES

Procede así la acción de amparo contra la omisión de resoluciones de mero trámite y de fondo, dictámenes e informes de cualquier fun-

cionario, salvo el caso de omisiones del Presidente que por el Art. 29 quedarían excluidas. En este caso podrían aplicarse las normas de la ley 16.986 que seguramente serán suavizadas en favor del accionante por la jurisprudencia en un futuro que esperemos no sea lejano.

### 3.2.6. CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS POR ORDEN DEL SUPERIOR

Puede plantearse el problema de incumplimiento de los plazos por orden del superior. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo que dice Marienhoff acerca de la obediencia debida y en este caso podría considerarse que una orden de este tipo no sería obligatoria para el inferior.

También es probable que transcurrido un período más o menos largo de tiempo y dándose una acertada interpretación por parte de los jueces del Art. 28 de la ley, los funcionarios que tengan a su cargo el dictado de los actos cuya omisión dé lugar a la acción de amparo por morosidad, pidan al superior la orden escrita en caso de que éste sugiera que se demoren las actuaciones. Lo mismo cabe decir si es el funcionario responsable el que ha recibido dicha orden. Con respecto a esto, cabe aclarar que los actos emanados de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación a pesar del encabezamiento a veces empleado, "Por disposición expresa de su Excelencia el señor Presidente de la Nación", son, como afirma Gordillo, actos del Secretario y no del Presidente y como tales deberán tenerse.

Por último, cabe reiterar que también cesa el deber de obediencia del funcionario respecto a la orden del superior contraria al requerimiento judicial.

## 4. LEGITIMACIÓN

De acuerdo a la ley, el administrado que es parte en un expediente administrativo tiene un derecho subjetivo a que la administración se expida, informe, dictamine. Con el Art. 28 de la ley se ha reconocido, sin lugar a dudas, el derecho subjetivo del particular en tal sentido. La doctrina había bregado por una solución de este tipo pero realmente en la práctica y en la mayoría de los casos, tal derecho funcionaba en forma debilitada, situación ésta que no se compadece con nuestra Constitución (Arts. 14 y 18).

El administrado puede tener un derecho subjetivo o un interés legítimo respecto a lo que peticiona a la administración, pero tiene un derecho subjetivo a que ésta dictamine, informe, resuelva cuestiones de mero trámite o resuelva el fondo del asunto en los plazos fijados por la ley. Ello forma parte del derecho constitucional de peticionar a las autoridades.

#### 4.1. *EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA OBLIGACIÓN DE PRONUNCIARSE*

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si bien el silencio administrativo previsto en las normas pertinentes juega a favor del administrado, en el sentido que agiliza el procedimiento administrativo frente a funcionarios remisos en pronunciarse, dándolos por pronunciados negativamente, la administración tiene, de todos modos, la obligación de resolver. La solución prevista en el Art. 10 de la ley juega, como dijimos, a favor del administrado. Éste puede, sin embargo, tener interés en una resolución expresa de la administración, aunque tal resolución sea denegatoria de lo petitionado. La ley reconoce al administrado el derecho a obtener una decisión fundada, con dictámenes e informes previos (Art. 1º, inc. f) apartados 2 y 3), además de los previstos en el Art. 7º.

El administrado puede necesitar o serle conveniente, examinar por ejemplo, los motivos aducidos por el órgano administrativo y el dictamen jurídico, en caso de una resolución denegatoria o que desestimara parcialmente lo petitionado y contar así con mayores elementos para un posterior recurso administrativo o acción judicial según corresponda.

Debe tenerse presente también que en el Art. 1º de la ley inc. e), apartado 1, se establece la obligatoriedad de los plazos no sólo para los administrados, sino también para la administración. El Art. 28 es así un corolario de las disposiciones de los Arts. 1º y 7º y reglamenta los Artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional.

#### 4.2. *EXISTENCIA DE PERJUICIO OCASIONADO POR LA MOROSIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN*

Surge de inmediato una pregunta: ¿Es necesario que la morosidad de la administración, ocasione algún perjuicio al interesado? Dicho de otra manera, ¿debe el administrado, para la procedencia del amparo por mora de la administración, invocar y probar la existencia de un perjuicio o daño que dicha morosidad le ocasionara? En este sentido debe tenerse en cuenta que “la palabra perjuicio debe entenderse no en los términos de la ley civil, como la privación de cualquier ganancia lícita que pudiera haberse obtenido, sino como sinónimo de ofensa que se hace a los derechos o intereses de una persona”. El perjuicio en este caso está producido por la demora en sí que lesiona los derechos de debida defensa y de peticionar a las autoridades, garantizados por nuestra Constitución. En este sentido, es distinta la interpretación dada al Art. 151 de la ley 11.683 por la jurisprudencia del Tribunal Fiscal

## 5. EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS O VÍAS PARA EL ADMINISTRADO

Creo que el Art. 28 da una opción al administrado entre dos vías y que se daría una opción tanto respecto a decisiones de fondo como a decisiones de mero trámite, dictámenes e informes, aunque puede también hacerse otra interpretación. Las opciones son diferentes según se trate de una u otra cosa, según explicaré a continuación.

### 5.1. RESOLUCIONES DE FONDO

En este sentido hay que hacer jugar el Art. 10 de la ley. El administrado puede en caso de ausencia de pronunciamiento por parte de la administración en el plazo previsto, o transcurridos 60 días si no existe plazo, requerir pronto despacho y transcurridos los 30 días del Artículo 10 considerar que su pedido ha sido denegado. Tiene en este caso el silencio que, por la ficción legal de la denegación tácita, se estima como un acto de la administración. Contra esta negativa puede ya accionar judicialmente (Art. 23, inc. c).

El administrado puede, por el contrario, optar por interponer el amparo por mora del Art. 28 en caso que necesite una decisión expresa de la administración.

Ya hicimos referencia a que en ciertas situaciones el administrado, por razones de hecho o porque la cuestión corresponda ser decidida por el órgano administrativo, contra cuya inacción deduce el amparo, necesitará obtener la resolución expresa. Es este derecho a que su petición sea resuelta, aunque tal resolución sea desestimatoria de lo pedido, el que reglamenta el Art. 28 de la ley.

En este caso, si el juez ha estimado procedente el amparo, librará la orden a la autoridad administrativa responsable para que en el plazo que se le fije, despache las actuaciones.

### 5.2. RESOLUCIONES DE MERO TRÁMITE, DICTÁMENES E INFORMES

En lo que se refiere a resoluciones de mero trámite, dictámenes e informes, el que fuere parte en un expediente administrativo, ante la morosidad de la administración en producirlos, podría interpretarse que puede optar entre el amparo judicial y la queja administrativa prevista en el Art. 71 del reglamento que se interpone ante el inmediato superior del funcionario que ha dejado vencer los plazos fijados sin producirlos. Si optara por la queja y el superior no decidiera dentro del plazo previsto en el Art. 71 el interesado podrá ir a la justicia en base al Artículo 28 de la ley. Si el superior decide no hacer lugar a la queja interpuesta, tal resolución no es recurrible administrativamente, pero el administrado podrá ampararse judicialmente. Otra interpretación posible es que la queja y su denegación expresa o tácita al transcurrir los cinco días del Art. 71, son previas a la acción de amparo por demora.

## 6. VENTAJAS DE UNO U OTRO MEDIO

Conviene realizar también en este caso una distinción entre si lo omitido es una resolución de fondo o una resolución de mero trámite, un dictamen o un informe, teniendo en cuenta que la orden de pronto despacho será dada por el juez al funcionario responsable a cuyo cargo está la repartición y la queja será resuelta por el inmediato superior del funcionario que omitió. Excepcionalmente será el mismo funcionario.

### 6.1. RESOLUCIÓN DE FONDO

Si bien el administrado tiene el derecho subjetivo a que la administración resuelva, razones prácticas sugieren que el amparo judicial por morosidad de la administración en pronunciarse, no sea el medio eficaz, por ejemplo, para obtener una resolución que reconozca lo pedido por el administrado, si se trata de cuestiones que tienen un apreciable margen de discrecionalidad o elasticidad. Si el funcionario inferior no resolvió en tiempo por tener dudas, es muy probable que ante el pedido judicial de pronto despacho, el superior responsable se expida pero denegando lo solicitado.

Si, en cambio, el funcionario no se ha pronunciado porque no ha estudiado el caso o por exceso de trabajo y acumulación de expedientes, cosa de que seguramente informará el juez y se trata además, de una cuestión en su mayor parte reglada y si su pedido corresponde, el administrado podrá obtener así un pronunciamiento positivo del funcionario responsable.

### 6.2. RESOLUCIÓN DE MERO TRAMITE, DICTÁMENES E INFORMES

Si se trata de omisión de resoluciones de mero trámite que impiden el normal desarrollo del procedimiento, por tratarse de cuestiones regladas en su mayoría, no se dan las razones de orden práctico que expusimos anteriormente. Sí pesaría el conocimiento en cierto modo de hecho de cuán eficiente y diligente sea el inmediato superior del funcionario o de cómo funciona en general esa repartición.

Lo mismo puede decirse de los dictámenes e informes para los cuales el reglamento fija en el Art. 48 los plazos para su emisión.

Por otra parte y refiriéndonos en conjunto a las disposiciones de los Arts. 28 y 29 de la ley, las ventajas y desventajas prácticas de uno y otro medio han de surgir de acuerdo a la interpretación jurisprudencial que se haga de estos artículos y a la obediencia de los funcionarios responsables de la orden judicial de pronto despacho. Debe tenerse presente, además, la existencia de plazos de caducidad, de acuerdo al art. 25 de la ley, en caso de acto expreso y la inexistencia de los mismos respecto a la denegación tácita obtenida por vía del art. 10, por aplicación del art. 26.

De este libro se imprimieron  
3.000 ejemplares en el mes de  
octubre de 1975 en los Talleres  
Gráficos ZLOTOPORO S.A.C.I.F.,  
Sarmiento 3149, Buenos Aires.