

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SALTA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y SOCIALES

**DERECHO ADMINISTRATIVO
PARA CIENCIAS ECONÓMICAS**

ALFREDO GUSTAVO PUIG

(Con la colaboración de la Cátedra de Derecho Administrativo)

Publicación realizada de acuerdo al Plan de Estudios 2003, destinada al estudio de las materias **Derecho III**, de la carrera de Contador Público Nacional (Resolución CS N° 322/03) y **Derecho Público**, de la carrera de Licenciatura en Administración (Resolución CS N° 321/03)

Cátedra de Derecho Administrativo:

Profesora Titular	Nora Adela Chibán
Profesor Adjunto	Alfredo Gustavo Puig
Jefe de Trabajos Prácticos	José Gabriel Chibán
Auxiliar Docente	Adriana Rodríguez de López Mirau
Auxiliar Docente (i)	Karina Climent Scherer
Auxiliar Adscripta (i)	Victoria Mosmman

Dedicado a Pía, Juan, María Pía, Tifi y Riqui

Agradecimientos a Ismael Mata, Nora Chibán, Marta Alicia Hoyos, Inés María Zambrano, Gabriel Chibán, por su gentileza y paciencia y la colaboración que prestaron en la elaboración de este texto.

Índice general

CONTENIDOS MÍNIMOS Y PROGRAMAS DE LOS MÓDULOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LAS MATERIAS: DERECHO III Y DERECHO PÚBLICO	09
Antes de comenzar	11
Bibliografía	13

CAPITULO I: El Estado y sus funciones ... 17

1.- Estado: noción.	17
<i>Distintas concepciones. Origen y elementos que lo constituyen.</i>	17
<i>Elementos del Estado.</i>	18
<i>Estado de Derecho y Estado de Bienestar. Orígenes y actualidad de los conceptos.</i>	19
2.- La personalidad del Estado: teorías.	23
3.- Formas de manifestación de la voluntad estatal.	24
<i>Teoría del mandato</i>	25
<i>Teoría de la representación</i>	25
<i>Teoría del órgano</i>	25
4.- Funciones del Estado (gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa): aspectos sustanciales, orgánicos y procesales.	26
<i>Función gubernativa o política</i>	28
<i>Función Legislativa</i>	29
<i>Función jurisdiccional</i>	29
<i>Función administrativa</i>	30

CAPITULO II: El Derecho Administrativo . 33

1.- El Derecho Administrativo: noción, objeto. Distintas etapas de su evolución histórica.	33
Noción y objeto del Derecho Administrativo	33
Distintas etapas de su evolución histórica	34
2.- Funciones del Estado: gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa (aspectos sustanciales, orgánicos y procesales).	36

CAPÍTULO III: La Administración Pública 37

1.- La Administración Pública	37
2.- Administración y gobierno: concepto y diferencias.	37
<i>Administración: concepto. Diversos criterios.</i>	37
<i>Gobierno: noción conceptual</i>	40
3. Los órganos del Estado	40

4. Funciones administrativas de los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y de entes públicos no estatales.	41
5. Clases de función administrativa	43
<i>a) Por la materia o naturaleza de la actividad: activa, consultiva o de control</i>	43
<i>b) Por la organización: centralizada, desconcentrada, descentralizada</i>	44
<i>c) Por los efectos: interna, externa</i>	44
<i>d) Por la estructura orgánica: burocrática, colegiada</i>	44
<i>e) Por la regulación normativa: reglada y discrecional</i>	45
6. Formas de la actividad administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato	45
7. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.	47
<i>Concepto y contenidos</i>	47
<i>Límites. Revisión judicial</i>	49
8.- Derecho Administrativo: definición, objeto y evolución histórica (remisión)	50

CAPÍTULO IV: Fuentes del Derecho Administrativo 51

1.- Fuentes del Derecho Administrativo: Noción y clasificación.	51
<i>Noción de Fuente</i>	51
<i>Clasificación de las Fuentes</i>	51
<i>Jerarquía de las fuentes</i>	52
2.- Fuentes en particular (constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, analogía, principios generales del derecho): noción y precedencia.	53
<i>La Constitución. Importancia y supremacía.</i>	53
<i>Los Tratados</i>	56
<i>La Ley</i>	57
<i>Los Reglamentos</i>	58
Elementos	59
Límites	60
Tipos	61
Ejecutivos o de Ejecución	61
Reglamentos Autónomos e Independientes	62
Reglamentos de integración o delegados	62
Reglamentos de Necesidad y Urgencia	63
<i>La jurisprudencia</i>	65
<i>La costumbre</i>	66

<i>La doctrina</i>	67	2.- Distinción entre actos administrativos, actos de la administración, actos de gobierno y actividad material de la administración.	97
<i>Analogía</i>	67	<i>Actos de la administración</i>	97
<i>Principios generales del derecho</i>	68	<i>Actos de gobierno</i>	98
<i>Otras fuentes</i>	69	<i>Actividad material</i>	99
<i>La equidad</i>	69	3.- Elementos (competencia, capacidad, objeto, voluntad, procedimiento, forma)	100
CAPÍTULO V: Organización Administrativa	71	<i>Voluntad</i>	100
1.- Organización Administrativa: noción y contenido.	71	<i>Competencia</i>	101
2.- Competencia: origen y clases.	72	<i>Objeto</i>	102
<i>Noción, origen y alcance</i>	72	<i>Forma</i>	104
<i>Clases de competencia</i>	73	<i>Finalidad</i>	105
Por razón de la materia	73	<i>Otras consideraciones</i>	105
Por razón del grado	74	4.- Caracteres (presunción de legitimidad, ejecutividad, exigibilidad, estabilidad, impugnabilidad)	105
Por razón del territorio (u horizontal)	74	<i>Presunción de legitimidad</i>	106
Por razón del tiempo	74	<i>Ejecutividad y Ejecutoriedad (exigibilidad)</i>	107
3.- Sustitución de competencia: Delegación y Avocación.	75	<i>Estabilidad</i>	108
<i>Delegación</i>	75	<i>Impugnabilidad</i>	109
<i>Avocación</i>	76	5.- Vicios: noción y elementos a los que afectan. Nulidades: clases y efectos	109
4.- Jerarquía.	77	<i>De los vicios en particular</i>	115
5.- Centralización, descentralización y desconcentración	79	<i>Vicios en la voluntad</i>	115
<i>Centralización</i>	79	<i>Vicios en la competencia</i>	116
<i>Descentralización</i>	80	<i>Vicios en la causa</i>	117
<i>Desconcentración</i>	81	<i>Vicios originados en la violación de la ley</i>	117
6.- Función administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.	82	<i>Vicios en la forma</i>	117
7.- Los Agentes del Estado. Concepto. Nacimiento y formas de la relación de empleo público. Derechos y deberes. Responsabilidad del agente estatal. Extinción de la relación.	82	<i>Vicios en la finalidad</i>	118
<i>Concepto de empleo público. Naturaleza. Régimen jurídico</i>	83	<i>Subsanación, enmienda, saneamiento o convalidación</i>	118
<i>Caracteres de la relación de empleo público</i>	85	6.- Extinción (imposibilidad de hecho sobreviniente, plazo, condición resolutoria, renuncia, revocación, caducidad)	121
<i>Nacimiento y formas de la relación de empleo público</i>	85	<i>Extinción de actos administrativos ilegítimos</i> ..	121
<i>Derechos de los agentes públicos administrativos</i>	86	<i>Extinción de actos administrativos legítimos</i> ...	121
<i>Deberes de los agentes públicos administrativos</i>	89	<i>Revocación</i>	122
<i>Responsabilidad del agente estatal</i>	91	<i>Caducidad</i>	123
<i>Extinción de la relación de empleo público</i>	92	CAPÍTULO VII: Contratos Administrativos	125
CAPÍTULO VI: Acto Administrativo	95	1.- Contratos administrativos. Noción	125
1.- Acto Administrativo: noción.	95	<i>Naturaleza del contrato administrativo</i>	125
		<i>Diferencias con otras exteriorizaciones de la voluntad estatal</i>	128

2.- Elementos (sujetos, voluntad, consentimiento, objeto y forma)	129	<i>Muerte</i>	153
<i>Sujetos o partes del contrato</i>	129	<i>Quiebra</i>	153
<i>Voluntad. Consentimiento</i>	130	<i>Renuncia</i>	154
<i>Objeto</i>	131	<i>Razones de interés público</i>	154
<i>Forma</i>	132	3.- Algunos contratos administrativos en particular: concepto (empleo público, suministro, obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos)	155
3.- Caracteres: formalismo y prerrogativas de la administración.	133	<i>Empleo Público</i>	155
<i>Formalismo</i>	133	<i>Suministro</i>	155
<i>Prerrogativas de la administración</i>	133	<i>Obra Pública</i>	156
<i>Intuitu personae</i>	134	<i>Concesión de obra pública</i>	159
<i>Efectos respecto de terceros</i>	135	<i>Concesión de servicio público</i>	160
4.- Contratos de derecho común de la Administración	135	<i>Contrato de Consultoría</i>	160
5.- Procedimientos para la contratación administrativa (licitación pública, privada, contratación directa, etc.): principio y excepciones	136	<i>Otros contratos Administrativos</i>	162
<i>Etapas de preparación del contrato</i>	136	<i>Empréstito Público</i>	162
<i>Selección de cocontratante. Diferentes procedimientos</i>	138	<i>Concesión de uso de bienes del dominio público</i>	163
Concurso	138	<i>Locación de Servicios</i>	163
Contratación Directa	138	<i>Locación de inmuebles</i>	163
Licitación privada	139	<i>Coompraventa de inmueble</i>	163
Remate publico	139	<i>Fianza</i>	163
Concurso de proyectos integrales	139	<i>Mandato</i>	163
Licitación publica	140	CAPÍTULO IX: Servicios Públicos 165	
Fases de la licitación pública	140	1.- Servicios Públicos. Noción	165
Pliegos de condiciones	141	2.- Concesión de servicios públicos: concepto, sujetos y caracteres. Derechos, deberes y prohibiciones.	
Principios jurídicos	142	<i>Extinción</i>	166
Excepciones a la licitación pública	144	<i>Concepto</i>	166
CAPÍTULO VIII: Contratos administrativos (continuación) 147		<i>Licencia</i>	167
1.- Ejecución del contrato administrativo: principios de continuidad, mutabilidad, control.	147	<i>Permiso</i>	167
<i>Principio de Continuidad</i>	147	<i>Límites</i>	167
<i>Mutabilidad o ius variandi</i>	149	<i>Régimen jurídico</i>	167
<i>Control y Dirección</i>	149	<i>Sujetos</i>	167
2.-Extinción de los contratos administrativos (cumplimiento del objeto, plazo, caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia)	151	<i>Caracteres y principios fundamentales</i>	168
<i>Cumplimiento del contrato (objeto y plazo)</i>	151	<i>Plazo</i>	168
<i>Caducidad</i>	151	<i>Principios fundamentales</i>	168
<i>Rescate</i>	152	<i>Continuidad</i>	168
<i>Rescisión</i>	152	<i>Igualdad</i>	170
		<i>Obligatoriedad</i>	170
		<i>Derechos, deberes y prohibiciones</i>	170
		<i>Extinción</i>	172
		3.- Marcos regulatorios y Entes reguladores ...	172
		CAPÍTULO X: Responsabilidad del Estado 177	

1.- Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Clases o especies de responsabilidad. Actividad lícita o ilícita del Estado	177
<i>Sobre el término «responsabilidad»</i>	177
<i>Breve referencia al origen de la responsabilidad estatal</i>	178
<i>Fundamento de la responsabilidad del Estado</i>	180
<i>Clases o especies de Responsabilidad</i>	181
Responsabilidad contractual	182
Responsabilidad extracontractual	182
<i>Actividad lícita o ilícita del Estado</i>	183
<i>Requisitos o presupuestos para configurar la responsabilidad estatal</i>	185
2.- Responsabilidad por acto judicial, por acto legislativo y por actos o hechos de la Administra- ción	187
<i>Responsabilidad por acto judicial: antecedentes históricos. Principio y excepciones (error judicial)</i>	187
<i>Responsabilidad por acto legislativo: principio. Sistemas. Excepciones.</i>	189
<i>Responsabilidad del Estado por hechos o actos de la Administración Pública</i>	191
3.- Límites o alcance de la responsabilidad	192

**CAPÍTULO XI: Procedimiento
Administrativo 197**

1.- Procedimiento administrativo: noción y finalidad	197
2.- Principios jurídicos (legalidad objetiva, verdad material, oficialidad, informalismo, debido proceso, eficacia, gratuidad)	199
<i>Legalidad objetiva</i>	199
<i>Verdad material</i>	200
<i>Oficialidad</i>	201
<i>Informalismo</i>	201
<i>Debido proceso</i>	202
Derecho a ser oído	203
Derecho a ofrecer y producir pruebas	203
Derecho a una decisión fundada	203
Eficacia	203
Gratuidad	204
3.- Las partes	204
4.- Los Plazos: obligatoriedad e irretroactividad. Caducidad del Procedimiento.	207
5.- Caducidad	209
6.- La reclamación administrativa previa.	210
7.- Recursos, reclamaciones y denuncias.	213

<i>Recursos administrativos</i>	213
fundamento	214
efectos	214
<i>Reclamaciones</i>	215
Simple reclamaciones	215
Reclamaciones regladas	215
<i>Denuncias</i>	215
8.- Recursos administrativos en particular.	216
<i>Recurso de Reconsideración</i>	216
<i>Recurso jerárquico</i>	217
<i>Recurso de Alzada</i>	218
<i>Revisión</i>	219
<i>Queja</i>	219
<i>Aclaratoria</i>	220
9.- Denuncia de ilegitimidad	220
10.- Recursos ante los entes reguladores de servicios públicos	222
11.- Derechos de incidencia colectiva: noción (art. 42 CN). Alcance. Acción: ¿Quiénes pueden interponerla? Efectos de la sentencia.	223
<i>Noción. Alcance.</i>	223
<i>Acción ¿Quiénes pueden interponerla?</i>	224
<i>Efectos de la sentencia</i>	225

CAPÍTULO XII: Dominio Público 229

1.- Dominio público: noción; su distinción con el dominio privado. Elementos	229
<i>Noción</i>	229
<i>Distinción con el dominio privado</i>	230
<i>Naturaleza jurídica</i>	231
<i>Elementos</i>	231
Subjetivo	231
Objetivo	232
Normativo	232
Teleológico	233
2.-Clasificación: a) en razón del origen o formación de la cosa; b) en razón de la jurisdicción. Afectación y desafectación	233
<i>En razón del origen o formación de la cosa</i>	233
<i>En razón de la jurisdicción</i>	234
<i>La reforma constitucional de 1994</i>	234
<i>Afectación y desafectación</i>	234
3.-Caracteres.	236
4.-Uso común y especial.	237
<i>Uso especial o privativo</i>	237

<i>Uso especial o privativo</i>	237
5.-Permiso y concesión de uso.	238
<i>Permiso</i>	238
<i>Concesión</i>	239
6.- Limitaciones a la propiedad privada en interés público: servidumbres, expropiación, ocupación temporánea	240
<i>Restricción</i>	241
<i>Servidumbre</i>	242
<i>Expropiación</i>	243
Expropiación inversa	243
Retrocesión	244
<i>Ocupación temporánea</i>	245
Ocupación anormal	245
Ocupación normal	246

CONTENIDOS MÍNIMOS Y PROGRAMAS DE LOS MÓDULOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LAS MATERIAS: DERECHO III Y DERECHO PÚBLICO

Resolución nº 322/03 del Consejo Superior:

Plan de Estudios de la Carrera **LICENCIATURA EN ADMINISTRACIÓN**

Contenidos Mínimos de la materia **Derecho III**

Módulo I. Derecho Administrativo

-Bases históricas, políticas y constitucionales. Concepto. Fuentes. Las funciones del Estado. La administración pública. Los órganos del Estado. Los agentes del Estado. Entes públicos. Formas jurídicas de la actividad administrativa. Facultades regladas y discrecionales. El acto administrativo. Los actos de gobierno. Caracteres, revisión y control. El contrato administrativo. Los sistemas de contrataciones del Estado. Los servicios públicos. Marcos regulatorios. Entes reguladores. Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Derechos de incidencia colectiva.

MATERIA DERECHO III PROGRAMA DEL MÓDULO I

- I. El Derecho Administrativo: noción, objeto. Distintas etapas de su evolución histórica. Funciones del Estado: gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa (aspectos sustanciales, orgánicos y procesales).
- II. Fuentes del Derecho Administrativo: noción y clasificación. Fuentes en particular (constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, analogía, principios generales del derecho): noción y precedencia.
- III. La Administración Pública. Administración y gobierno: concepto y diferencias. Los órganos del Estado. Funciones administrativas de los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y de entes públicos no estatales. Clases de función administrativa. Formas de la actividad administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.
- IV. Organización Administrativa: noción y contenido. Competencia: origen y clases. Delegación, avocación y sustitución de competencia. Jerarquía. Centralización, descentralización y desconcentración. Los agentes del Estado. Concepto. Nacimiento y formas de la relación de empleo público. Derechos y deberes. Responsabilidad del agente estatal. Extinción de la relación.
- V. Acto Administrativo: noción. Distinción entre actos administrativos, actos de la administración, actos de gobierno y actividad material de la administración. Elementos (competencia, capacidad, objeto, voluntad, procedimiento, forma). Caracteres (presunción de legitimidad, ejecutividad, exigibilidad, estabilidad, impugnabilidad). Vicios: noción y elementos a los que afectan. Nulidades: clases y efectos. Extinción (imposibilidad de hecho sobreviniente, plazo, condición resolutoria, renuncia, revocación, caducidad).
- VI. Contratos administrativos: noción. Elementos (sujetos, voluntad, consentimiento, objeto y forma). Caracteres (formalismo y prerrogativas de la administración). Contratos de derecho común de la administración. Procedimientos para la contratación administrativa (licitación pública, privada, contratación directa, etc.): principio y excepciones.
- VII. Ejecución del contrato administrativo: principios de continuidad, mutabilidad, control. Extinción de los contratos administrativos (cumplimiento del objeto, plazo, caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia).
- VIII. Servicios públicos: noción. Concesión de servicios públicos: concepto, sujetos y caracteres. Derechos, deberes y prohibiciones. Extinción. Marcos regulatorios y entes reguladores.
- IX. Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Clases o especies de responsabilidad. Actividad lícita o ilícita del Estado. Responsabilidad por acto judicial, por acto legislativo y por actos y hechos de la Administración. Límites o alcances de la responsabilidad.
- X. Procedimiento administrativo: noción y finalidad. Principios jurídicos (legalidad objetiva, verdad material, oficialidad, informalismo, debido proceso, eficacia, gratuidad). Las partes. Los plazos: obligatoriedad e irretroactividad. Caducidad del procedimiento La reclamación administrativa previa. Recursos, reclamaciones y denuncias. Recursos administrativos en particular: concepto y plazo para interponer cada uno de ellos (reconsideración, jerárquico, alzada, revisión). Denuncia de ilegitimidad. Recursos ante los entes reguladores de servicios públicos. Derechos de incidencia colectiva: noción (art. 42 CN). Alcance. Acción: ¿Quiénes pueden interponerla? Efectos de la sentencia.

Resolución nº 321/03 del Consejo Superior:
Plan de Estudios de la Carrera de **CONTADOR PÚBLICO NACIONAL**
Contenidos Mínimos de la materia **Derecho Público**
Módulo II. Derecho Administrativo
-Personalidad del Estado. Voluntad y funciones. Administración: concepto y criterios.
Derecho Administrativo: concepto, evolución histórica, relaciones y fuentes. Organización administrativa. Jerarquía y competencia. Funciones. Facultades. Actos
-Acto Administrativo. Contratos Administrativos. Responsabilidad del Estado. Procedimiento Administrativo. Dominio Público

MATERIA DERECHO PÚBLICO PROGRAMA DEL MÓDULO II

- I. Estado: noción. La personalidad del Estado: teorías. Formas de manifestación de la voluntad estatal. Funciones del Estado (gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa): aspectos sustanciales, orgánicos y procesales.
- II. Administración y gobierno: concepto y diferencias. Derecho Administrativo: definición, objeto y evolución histórica. Función administrativa de los órganos ejecutivo, legislativo judicial y de entes públicos no estatales. Clases de función administrativa.
- III. Fuentes del Derecho Administrativo: noción y clasificación. Fuentes en particular (constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, analogía, principios generales del derecho): noción y precedencia.
- IV. Organización Administrativa: noción y contenido. Competencia: origen y clases. Delegación, avocación y sustitución de competencia. Jerarquía. Centralización, descentralización y desconcentración. Función administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.
- V. Acto Administrativo: noción. Distinción entre actos administrativos, actos de la administración, actos de gobierno y actividad material de la administración. Elementos (competencia, capacidad, objeto, voluntad, procedimiento, forma). Caracteres (presunción de legitimidad, ejecutividad, exigibilidad, estabilidad, impugnabilidad). Vicios: noción y elementos a los que afectan. Nulidades: clases y efectos. Extinción (imposibilidad de hecho sobreviniente, plazo, condición resolutoria, renuncia, revocación, caducidad).
- VI. Contratos administrativos: noción. Elementos (sujetos, voluntad, consentimiento, objeto y forma). Caracteres (formalismo y prerrogativas de la administración). Contratos de derecho común de la administración. Procedimientos para la contratación administrativa (licitación pública, privada, contratación directa, etc.): principio y excepciones.
- VII. Ejecución del contrato administrativo: principios de continuidad, mutabilidad, control. Extinción de los contratos administrativos (cumplimiento del objeto, plazo, caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia). Algunos contratos administrativos en particular: concepto (empleo público, suministro, obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos).
- VIII. Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Clases o especies de responsabilidad. Actividad lícita e ilícita del Estado. Responsabilidad por acto judicial, por acto legislativo y por actos y hechos de la Administración. Límites o alcance de la responsabilidad.
- IX. Procedimiento administrativo: noción y finalidad. Principios jurídicos (legalidad objetiva, verdad material, oficialidad, informalismo, debido proceso, eficacia, gratuidad). Las partes. Los plazos: obligatoriedad e irretroactividad. Caducidad del procedimiento La reclamación administrativa previa. Recursos, reclamaciones y denuncias. Recursos administrativos en particular: concepto y plazo para interponer cada uno de ellos (reconsideración, jerárquico,alzada, revisión). Denuncia de ilegitimidad. Recursos ante los entes reguladores de servicios públicos.
- X. Dominio público: noción; su distinción con el dominio privado. Elementos. Clasificación: a) en razón del origen o formación de la cosa; b) en razón de la jurisdicción. Afectación y desafectación. Caracteres. Uso común y especial. Permiso y concesión de uso. Limitaciones a la propiedad privada en interés público: servidumbres, expropiación, ocupación temporánea.

Antes de comenzar

Mediante Resoluciones N° 321/03 y 322/03, el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Salta aprobó los contenidos mínimos de los módulos de Derecho Administrativo correspondientes a las materias **Derecho Público y Derecho III**, de las carreras de Contador Público Nacional y Licenciado en Administración respectivamente. Con sustento en ellos se confeccionaron y aprobaron posteriormente los programas analíticos de cada materia (Resoluciones Decano N° 624/04, 884/04, 603/05 y 671/05).

Con finalidad didáctica y atendiendo a la similitud de contenidos de ambos programas, la Cátedra consideró conveniente elaborar una guía que brinde al estudiante un panorama integral de los distintos aspectos objeto de estudio, con la aclaración, en cada capítulo, de lo que corresponde a cada parte del Programa. También, es cierto, constituye una antigua aspiración del autor que el estudiante de ciencias económicas pueda acudir a un texto orientador que condense los conocimientos mínimos exigidos en el Programa de la materia, cuestión que hoy lleva un dificultoso peregrinaje en tanto ellos están dispersos en distintas publicaciones, muchas veces no disponibles en la biblioteca de la Universidad.

Si es cierto, como lo recuerda la doctrina, que *las concepciones del derecho deben alcanzar la verdad antes que la originalidad, y la justicia por encima de los criterios formales*, es posible advertir que el estudio del derecho administrativo permite observar como se van construyendo sus normas y principios en un proceso de formación continua, que desplaza anteriores concepciones. Por eso mismo no se puede perder de vista, tal como lo expone Juan Francisco Linares¹, que las «...**definiciones** tienen que ser, no la búsqueda de esencias verdaderas sino de resultados prácticos de utilidad para la comprensión y sistematización de los fenómenos estudiados»; razonamiento que nos señala que los conceptos vertidos en los distintos capítulos del Programa deben necesariamente ser analizados en el contexto del instituto al que se aplican y de la realidad en la que se insertan. De lo contrario, carecerán de sentido o se tornarán incomprensibles. Serán sus destinatarios los que deberán juzgar en definitiva si este libro cae en el error que pretende conjurar.

Afirman García de Enterría y Fernández² que la más simple y tradicional definición del Derecho Administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública, realidad política radicalmente ajena a las administraciones privadas, al menos desde el punto de vista jurídico, por más que desde la perspectiva de las técnicas de organización y métodos de trabajo ambas clases de administración puedan considerarse bajo un prisma unitario por la llamada Ciencia de la Administración. Igualmente, Marienhoff sostiene que el objeto del derecho administrativo es la administración pública en todas sus manifestaciones, sean estas externas o internas, vale decir, jurídicas o no jurídicas.

Cabría si resolver que cosa sea la Administración Pública para el Derecho Administrativo, cuestión que ha sido, a pesar de verse como tema sencillo, centro de múltiples debates. Desde un enfoque moderno es posible decir que el *objeto* del Derecho Administrativo es básicamente el encuadre jurídico de la organización administrativa y de las funciones de la administración pública, como también la actividad administrativa de los órganos judicial y legislativo.

La idea que considera el nacimiento de esta rama del derecho como un proceso a partir del cual se van imponiendo *límites al ejercicio del poder*, se inscribe en la

¹Linares, Juan Francisco: Prólogo de la 2da. Edición de «Acto Administrativo» (1969), publicada en el Tomo 3, 5ta. Edición «Tratado de Derecho Administrativo» de Agustín Gordillo, 2000, pág. 29.

² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: «Curso de Derecho Administrativo», Tomo I, Civitas, 2000.

circunstancia de la vigencia del Estado de Derecho, en donde es posible reconocer al derecho administrativo³ como la parte del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre **autoridad y libertad**⁴, que se proyecta en el actuar administrativo y se refleja en la contraposición entre el ejercicio de las prerrogativas que se reconocen a la Administración de las garantías que la Constitución atribuye a ciudadanos o administrados.

Gordillo enfatiza que derecho administrativo es derecho constitucional y político, es *lucha contra el poder* –cualquier poder- en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos. La realidad a veces demuestra no obstante un avance en la arbitrariedad en detrimento de los derechos individuales, circunstancia que si bien cabría configurar según cada caso como exceso de poder, no siempre es así atendida –o tutelada- por la jurisprudencia. En otro orden de análisis pero conectado con el bien común y por ende, con el actuar de la Administración regulado por el derecho administrativo, también es posible encontrar el principio de la «*subsidiariedad*», que justifica, restringe y motiva la intervención del poder público en el orden económico y social.

Ambos conceptos precedentes traen a la memoria a Prosper Weil, quién al respecto afirmaba que «No debe olvidarse además que el control del gobierno no ha sido nunca la única preocupación del Derecho Administrativo; este se preocupa también...de asegurar a la Administración los medios con que cumplir sus fines. Sumisión de la administración al derecho, cierto, pero sumisión a un derecho que le permita cumplir plenamente su misión de interés general»⁵.

Por último, en el marco de las breves ideas expuestas, solo cabe destacar que los conceptos que desarrolla el Derecho Administrativo provienen del plexo constitucional y de sus principios, y están ínsitos en los procesos de formación del Estado.

El autor

³ Gordillo, op. cit, Tomo 1, pág. II-31.

⁴ Como lo expone Diether Hass, citado por Gordillo en obra citada: «Estado e individuo, orden y libertad: la tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble».

⁵ Weil, Prosper, «Derecho Administrativo», pág. 61, Editorial Cívitas, Madrid, 1986.

BIBLIOGRAFÍA

1. «Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff», dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo Perrot.
2. «Derecho de Obligaciones», de Alterini, Ameal y López Cabana.
3. Aberastury (h), Pedro y Cilurzo, María Rosa, «Curso de Procedimiento Administrativo», Abeledo Perrot, 1998.
4. Abrevaya, Alejandra Débora, «Responsabilidad del Estado», LexisNexis, Abeledo Perrot, 2003.
5. Altamira Gigena, Julio I., «Responsabilidad extracontractual del Estado», en XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ediciones R.A.P., 2004.
6. Altamira Gigena, Julio Isidro, «Lecciones de Derecho Administrativo», Advocatus, 2005.
7. Balbín, Carlos F., «Sobre el control judicial de los entes reguladores de los servicios públicos», en obra colectiva «Servicio público, policía y fomento», Ediciones R.A.P.S.A., 2004.
8. Barra, Rodolfo Carlos, «Contrato de obra pública», Abaco de Rodolfo Depalma, 1984.
9. Barra, Rodolfo Carlos, «Tratado de derecho administrativo», Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.
10. Benigno Ildarraz, Alberto R. Zarza Mensaque y Claudio Martín Viale, «Derecho Constitucional y Administrativo», Eudecor, 2001.
11. Berçaitz, Miguel Ángel, «Teoría general de los contratos administrativos», Depalma, 1980.
12. Bianchi, Alberto A., «¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la vía administrativa?» La Ley, Tomo 1995-A, 397.
13. Bianchi, Alberto B., «Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación a gran escala».
14. Bidart Campos, José, «Derecho Político», Aguilar, 1972.
15. Bielsa, Rafael, «Derecho Administrativo», Ed. Buenos Aires, 1956.
16. Canasi, José, «Derecho Administrativo», Depalma, 1972.
17. Canosa, Armando, «El dominio público», en obra colectiva «Organización Administrativa, función pública y dominio público», Ediciones R.A.P., 2005.
18. Canosa, Armando, «Los recursos administrativos», Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1996.
19. Cassagne, Juan Carlos, «El contrato administrativo», Abeledo Perrot, 1991.
20. Cassagne, Juan Carlos, «La intervención administrativa», Abeledo Perrot, 1994.
21. Cassagne, Juan Carlos, «Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo», El Derecho, T. 174, 961.
22. Cassagne, Juan Carlos: «Derecho Administrativo», Abeledo Perrot, 1993 y 7ª Edición LexisNexis Abeledo Perrot, 2002.
23. Cassese, Sabino, Revista «Actualidad en el Derecho Público» N° 8, pág. 19, Set/dic 98.
24. Colautti, Carlos E., «Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales», Rubinzal Culzoni, 1995.
25. Comadira, Julio R., «Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios», Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.
26. Comadira, Julio Rodolfo, «Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad el Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los

- principios de la expropiación», en «Derecho Administrativo – Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff», Abeledo Perrot, 1998.
27. Constitución de la Nación Argentina.
 28. Constitución de la Provincia de Salta.
 29. Coviello, Pedro, «El Caso Columbia: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos», *Revista de Derecho Administrativo* N° 9/10.
 30. Chase Plate, Luis E. y otros, «Contratos Administrativos. Contratos especiales», Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Astrea, 1982.
 31. Chibán, Nora, «La legitimación activa en materia ambiental», Conf. en VII Jornadas Hispano Argentinas de Derecho Administrativo, Salta, 2004.
 32. Chibán, Nora, «Responsabilidad del Estado en la Provincia de Salta», obra colectiva, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXVIII-326, pág. 503, Ediciones Rap S.A, 2005.
 33. Diez, Manuel María, «Derecho Administrativo», Bibliográfica Omeba, 1967.
 34. Diez, Manuel María, «Manual de Derecho Administrativo», Editorial Plus Ultra, 1977.
 35. Dromi, José Roberto, «Derecho Administrativo», Astrea, 1992.
 36. Dromi, José Roberto, «Manual de derecho administrativo», Astrea, 1987.
 37. Dromi, José Roberto, «Reforma del Estado y Privatizaciones», Astrea, 1991.
 38. Dromi, Roberto, «Derecho administrativo», Ciudad Argentina, Ed. 1995 y 2004.
 39. Ekmekdjian, Miguel Ángel, «Tratado de Derecho Constitucional», Depalma, 1993.
 40. Elías, José Sebastián, «Responsabilidad del Estado», *La Ley Gran Cuyo*, 2002.
 41. Escola, Héctor Jorge, «Compendio de Derecho Administrativo», Depalma, 1984.
 42. Escola, Héctor Jorge, «Tratado General de Procedimiento Administrativo», Editorial Depalma, 1975.
 43. Escola, Héctor Jorge, «Tratado Integral de los Contratos Administrativos», Depalma, 1977.
 44. Farrando, Ismael (Director), «Contratos Administrativos», Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002.
 45. Farrando, Ismael y Martínez, Patricia (Directores), «Manual de Derecho Administrativo», Depalma, 1996.
 46. Galdós, Jorge Mario, «Responsabilidad extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación», *Revista de Derecho de Daños* N° 9, Rubinzal Culzoni, 2000.
 47. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, «Curso de Derecho Administrativo», Civitas Ediciones S. L., Madrid, 2000.
 48. Gordillo, Agustín, «Procedimiento Administrativo», Lexis Nexis Depalma, 2003.
 49. Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Fundación de Derecho Administrativo, ediciones 1969, 1998, 2000.
 50. Gordillo, Agustín: «Fuentes supranacionales del Derecho Administrativo», en «Derecho Administrativo», obra colectiva en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, 1998.
 51. Hutchinson, Tomás, «Régimen de Procedimiento Administrativo – Ley 19.549. Revisado, ordenado y comentado», Astrea, 2003.
 52. Kaul, Inge; Grunberg, Isabelle y Stern, Marc A., «Bienes públicos mundiales», Oxford.
 53. Kemelmajer de Carlucci, Aída, «El deber de los jueces de reparar el daño causado», pág. 120, *Revista de Derecho de Daños* N° 9, Rubinzal Culzoni, 2000.
 54. Ley de Procedimientos Administrativos de Salta, Ley N° 5348.
 55. Ley y Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Nación, Ley N° 19.549 y Decreto N° 1759/72, y modificatorias.
 56. Linares, Juan Francisco, «Derecho administrativo», Astrea, 2000.
 57. Linares, Juan Francisco, «En torno a la llamada responsabilidad civil del funcio-

- nario público», La Ley 153-1974, pág. 601.
58. Linares, Juan Francisco, «La garantía de defensa ante la Administración», La Ley 142-1137.
 59. Lisa, Federico J., «Función Administrativa y Derecho Administrativo», en XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ediciones R.A.P., 2004, pág. 139.
 60. Maiorano, Jorge, «La expropiación. Ley 21.499» (Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.
 61. Mairal, Héctor A., «Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia», La Ley, T. 1989-C, Sec. Doctrina, pág. 1015.
 62. Mairal, Héctor, «Nuevas ideas en materia de Dominio Público», en obra colectiva «Organización Administrativa, función pública y dominio público», Ediciones R.A.P., 2005.
 63. Marienhoff, Miguel S., «Revocación del Acto Administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia», La Ley, Sec. Doctrina, Tomo 1980-B, 817.
 64. Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Abeledo Perrot, 1995.
 65. Mö, Fernando F., «Régimen legal de las Obras Públicas», Depalma, 1977.
 66. Nallar, Daniel M., «El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público», Depalma, 1999.
 67. Palazzo, José Luis, «Responsabilidad Extracontractual del Estado», pág. 85, Buenos Aires, 1995.
 68. Perrino, Pablo E., «Teoría de la invalidez del acto administrativo», («Acto Administrativo y Reglamento», Jornadas organizadas por la Universidad Austral, pág. 117, Ediciones RAP, 2002).
 69. Reiriz, María Graciela, «Responsabilidad del Estado», Buenos Aires, 1969.
 70. Revidatti, Gustavo Adolfo, «Derecho Administrativo, Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, 1985.
 71. Sarmiento García, Jorge, «Derecho Público», Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
 72. Vázquez, Adolfo Roberto, «Responsabilidad aquiliana del Estado y sus Funcionarios», Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1990.
 73. Vázquez, Adolfo Roberto, «Responsabilidad aquiliana del Estado y sus Funcionarios», Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1990.
 74. Villarruel, María Susana, «El Saneamiento del Acto Administrativo», («Acto Administrativo y Reglamento», Jornadas organizadas por la Universidad Austral, pág. 143, Ediciones RAP, 2002).
 75. Villegas Basavilbaso, Benjamín, «Derecho Administrativo», Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, 1952.
 76. Weil, Prosper, «Derecho Administrativo», Editorial Cívitas SA, Madrid, 1986.

CAPITULO I: El Estado y sus funciones

Carrera de Contador Público Nacional Programa de Derecho Público. Módulo II - Tema I

Estado: noción. La personalidad del Estado: teorías. Formas de manifestación de la voluntad estatal. Funciones del Estado (gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa): aspectos sustanciales, orgánicos y procesales.

1.- Estado: noción.

Distintas concepciones. Origen y elementos que lo constituyen.

La Administración pública constituye, como es sabido, un aspecto de la actividad estatal, por lo que conviene, antes de analizar sus funciones en general, referir al Estado y sus elementos. Este es para Marienhoff⁶, un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional. De ello se desprende que los elementos constitutivos esenciales del Estado son: dos de carácter externo -el pueblo y el territorio- y uno interno -el poder ordenador: el «imperium».

Por otra parte, en un país federal como el nuestro, lo que se afirma respecto del Estado resulta igualmente aplicable tanto a la Nación (que la Constitución denomina 'Estado General') y a las provincias, pues son idénticos los principios jurídicos que rigen esta cuestión en ambas jurisdicciones.

Cassagne⁷, a su vez, expone que los conceptos acerca de la configuración histórica y política del Estado fueron modificándose a través del tiempo, y que solo al final de la Edad Media se pudo establecer un concepto que, con alcance general, fue tenido como expresión jurídica e institucional del mismo. En igual sentido Escola⁸ dice que la palabra «estado» es de aparición relativamente reciente, pero que la idea con que aquella palabra se utiliza surgió en la más lejana antigüedad, aún cuando su contenido no haya sido siempre idéntico sino que al contrario, ha ido variando en el transcurso del tiempo.

En la Grecia antigua, el concepto de lo que hoy se reconoce como Estado se hallaba subyacente dentro de la *polis*, es decir en la típica y conocida organización de la ciudad helénica, en cuyos aspectos integrativos es posible visualizar los elementos y caracteres de la noción. Platón estimaba que la estructura del estado (*polis*) y del individuo es la misma, analizando las partes y funciones de aquel y posteriormente las del ser humano, con lo cual establece el principio de que el Estado es anterior al hombre porque además la estructura de aquél, aún siendo igual a la de éste, es más objetiva o evidente. Aristóteles es más enfático y declara que el Estado existe por naturaleza y por lo tanto, es anterior al hombre; dice, con base en su idea de *zoon politikón*, que quien no convive con los demás en una comunidad «o es una bestia, o es un dios», por lo que el Estado constituye una asociación política natural y necesaria, cuya esencia radica en la propia naturaleza humana; tal alianza o asociación es necesaria para la perfección del hombre, y no constituye una unión transitoria en búsqueda de un fin individual sino la asociación estable, orgánica y perfecta, cuya finalidad es la realización de la virtud y la felicidad humanas.

En Roma tampoco se tuvo un idea precisa y se aludía con el nombre de *civitas* al llamado estado-ciudad, expresión utilizada originalmente para referir a la comuni-

⁶ Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, págs. 41 y 385, Abeledo Perrot, 1995.

⁷ Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 37, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2002.

⁸ Escola, Héctor Jorge, «Compendio de Derecho Administrativo», Volumen 1, pág. 1, Depalma, 1984.

dad de ciudadanos y que fuera complementada, posteriormente, con el de *res pública* (república), que designaba con mayor precisión a la propia comunidad política y a la cosa común del pueblo. Escola (op. cit.) señala que una evolución realmente importante se verificó en Roma con la idea que se conoció como *imperium*, que no era otra cosa que una relación de poder entre la autoridad y la realidad material del estado.

Durante el feudalismo la concepción romanista de estado se mantuvo con muy pocas alteraciones, incorporándose el término *land* como equivalente a territorio.

Fue en las ciudades estado italianas del renacimiento (Florencia, Pisa, Génova, Venecia, entre otras), durante el siglo XV, en que apareció la expresión *lo Stato* -que etimológicamente viene a significar una «manera de estar»- para designar a toda organización jurídico política, incluida su forma de gobierno, cualquiera que este sea, fuere que tuviere carácter monárquico o republicano. Recién es a partir del siglo XVII en que se opera la consolidación territorial de los estados europeos y, junto a la aparición de numerosos sistemas políticos y filosóficos, emergieron las más variadas significaciones acerca del Estado.

Cassagne opina que la naturaleza de la realidad política constituida por actos humanos demuestra que cada Estado posee, en la civilización occidental, una singularidad y especificidad que lo diferencia de otro y, al propio tiempo, que existen notas generales que permiten hallar un concepto objetivo y concreto del estado histórico, al presentar elementos y funciones comunes.

Desde tal perspectiva por ejemplo, Jellinek definió al Estado como «una corporación constituida por el pueblo y dotada de poder de mando»; Blunstschli lo concibió como la persona políticamente organizada por la nación en un país determinado; Duguit lo trata como «una agrupación humana establecida en un territorio, donde los más fuertes prevalecen sobre los más débiles»; Kelsen considera que la expresión sirve para referirse a «un objeto ideal, creado por el conocimiento», que encuentra su significación en una referencia directa y causalística al sistema normativo. Para los filósofos cristianos en general, el Estado es la «perfecta organización jurídica política de la comunidad, que procura el bien común», considerándolo como un objeto real y no ideal⁹, pero proveniente de la realidad jurídica y no natural o física. Sobre el particular, Santo Tomás incorpora al concepto aristotélico el llamado derecho natural, y considera que la persona humana no puede alcanzar la perfección si no se supedita a los medios y fines de la comunidad estatal.

La teoría del Estado no representa pues el conocimiento de un estado singular sino de un tipo general de estado, válido para todo un grupo de comunidades jurídicamente organizadas. Es así que se ha dicho entonces que el Estado no es otra cosa que una «sociedad políticamente organizada».

Elementos del Estado.

Varía la referencia a los elementos del estado tanto como autores hay que lo han estudiado, por lo que se mencionará, sucintamente, algunos de ellos.

Así, para Bidart Campos¹⁰, el Estado se compone de varios elementos:

- a) El *geográfico*, que es su asiento o base de sustentación y se llama territorio.
- b) El *humano*, que es el conjunto de personas que lo integran y se llama población.
- c) El *poder*, que importa la capacidad y la competencia del Estado para cumplir con sus fines, para desplegar su actividad.
- d) El *gobierno*, que es el conjunto de órganos que en calidad de institución gubernativa pone en ejecución a aquel poder, para el cumplimiento de las funciones estatales.

⁹ Conf. Cassagne, op.cit. edic. 2002, Tomo I, págs. 42 y siguientes y notas al pié de página.

¹⁰ Bidart Campos, Germán José, «Derecho Político», pág. 303 y siguientes, Ed. Aguilar, 1972.

Por su parte, Cassagne¹¹ distingue entre causa material, causa formal y fin del Estado. La causa material del Estado está constituida por el pueblo y el territorio. El *pueblo* es una multitud humana concretada en una Nación y ordenada por la «virtud unitiva» de un fin. El principal valor del pueblo está en su universalidad: no habrá Estado si no existe el pueblo y viceversa. Ese conjunto de personas requieren de un *territorio* que, al hacer posible la convivencia estable en un ámbito geográfico común determina, junto con el pueblo, la causa material de la existencia del Estado. Constituye un elemento constitutivo del Estado; se lo considera como el elemento físico de primer orden para que surja y se conserve el Estado. La formación estatal misma supone un territorio que comprende: suelo, subsuelo, espacio aéreo, mar continental, plataforma submarina, etc. Sin la existencia de éste no podrá haber Estado.

Como elemento del Estado el territorio es el espacio dentro del cual se ejerce el poder estatal o 'imperium'. Como esfera de competencia, el Estado delimita espacialmente la independencia de éste frente a otros Estados, es el suelo dentro del que los gobernantes ejercen sus funciones. A su vez los elementos pueblo y territorio que conforman la materia del Estado, se hallan integrados en una «unión u orden», que es la causa formal del Estado o principio que informa tales elementos y los transforma en el ser estatal. De ese orden surgen como propios: la autoridad y el ordenamiento jurídico positivo.

En lo que concierne a la causa final o fin del Estado, ella es el bien común o razón de ser de su existencia. El bien se torna común cuando los individuos se agrupan y actúan el mecanismo de la sociabilidad natural formando las diversas comunidades de las cuales el Estado constituye la comunidad perfecta. Conforman así, el bien común, un principio amplio y totalizador de los fines estatales; pero una cosa es que el bien común sea el fin del Estado y otra distinta es que sea el Estado el único sujeto que lo titulariza, pues dicha concepción conllevaría un germen totalitario incompatible con aquel que, inherente al Estado de Derecho, indica que el bien común es el que se confiere de un modo general y en el cual todos participan, dado que actúa para utilidad de todos y no para conformar el solo fin estatal.

Es desde tal punto de vista que Escola (op. cit.) afirma que el bien común es pues una idea final de justicia que se procura plasmar y ejecutar, teniendo en cuenta los intereses generales y los individuales en cuanto ambos son compatibles y deben complementarse y completarse. El logro de tal finalidad es lo que realmente legitima el poder y su ejercicio, por encima de cualquier otra legitimación formalista que solo atiende a los modos como se establece y origina.

La doctrina del bien común como razón de ser y fin del Estado se encuentra claramente expuesta en las Encíclicas papales, de un modo especial en la *Pacem in terris* de Juan XXIII, en donde se señala que «Todos los individuos y grupos intermedios tienen el deber de prestar su colaboración personal al bien común. De donde se sigue la conclusión fundamental de que todos ellos han de acomodar sus intereses a las necesidades de los demás y la de que deben enderezar sus prestaciones en bienes o servicios al fin que los gobernantes han establecido, según normas de justicia y respetando los procedimientos y límites fijados por el gobierno» (pág. 5 y 225, Biblioteca de Autores Cristianos).

Estado de Derecho y Estado de Bienestar. Orígenes y actualidad de los conceptos.

La existencia del Estado ha impuesto siempre la aparición de un determinado y específico orden normativo, y este fenómeno a su vez ha hecho imprescindible resolver uno de los problemas más interesantes que se han suscitado como es el de las relaciones que se establecen entre el Estado y el Derecho.

Tan trascendente ha sido este tema que el hombre, para continuar subsistiendo como tal, inmerso en una sociedad determinada y compleja, busca afanosamente

¹¹ Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 28 y siguientes, Abeledo Perrot, 1986.

nuevas formulaciones en el concepto de Estado que le permitan superar a satisfacción aquella problemática.

Se han concebido al respecto distintas posiciones. Constituye lugar común afirmar que el derecho es una creación estatal, por lo que la consecuencia es que el Estado se somete al derecho sin que parezca aceptable que el orden normativo establecido pueda, al mismo tiempo, oponer limitaciones a la voluntad estatal es decir, siempre habrá una especie de jerarquía del Estado sobre el derecho, que es creado por aquel, y por ende lo puede cambiar. La directa consecuencia de este razonamiento es que no todo lo estatal es jurídico y aparecen así zonas excluidas de la posibilidad de ser reguladas por disposiciones de orden jurídico.

La doctrina del Estado de Derecho, surgida *a posteriori* de la revolución francesa de 1789, reconoce la existencia de una relación 'Estado – Derecho', en la que el primero, si bien es origen y fuente esencial de las normas jurídicas, se halla no obstante sometido necesariamente a ese derecho que él ha creado. Dicha subordinación al derecho no puede ser dejada de lado incondicionalmente, pues el orden normativo reconoce la existencia de ciertos derechos fundamentales que no es posible ignorar ni alterar, existiendo para el caso tribunales independientes que juzgarán las contiendas que al respecto puedan suscitarse.

En esta concepción y con referencia a la administración pública, el derecho preexiste a la actividad de la Administración, cuyas actividades están siempre inmersas en un ordenamiento jurídico al cual la Administración se subordina, siendo tal circunstancia la única causa que valida y da preeminencia al obrar administrativo.

Es así entonces que el Estado de Derecho, o el derecho al que está sometido el Estado, supone la existencia de ciertos **elementos** caracterizantes, a saber:

- 1) La separación del poder constituyente del poder legislativo común
- 2) La existencia de una Constitución, que es recomendable que revista la forma escrita, cuya modificación o reforma no sea fácil o simple sino que requiera de mecanismos especiales y complejos que la doten de cierta estabilidad
- 3) La separación o distribución del poder del Estado entre órganos distintos, mutuamente controlados y limitados entre sí
- 4) La existencia de medios de sustancia procesal que sean eficaces para hacer valer los derechos y pretensiones jurídicas de los individuos frente al Estado, y que estén constitucionalmente reconocidos.

El concepto de Estado de Derecho evolucionó durante el liberalismo y encuentra entre sus fuentes filosóficas, las obras de Kant y de Humboldt. Ambos llegaron a la conclusión de que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad del individuo. Aunque la idea aparecía claramente en sus escritos, el primero que utilizó la expresión en la época moderna fue el jurista y político alemán Robert von Möhl en su obra «Das Rechtsstaat» (del alemán *Recht*: derecho, ley, normatividad, y *Staat*: Estado; del año 1830 aproximadamente).

Escola afirma que el Estado Liberal de Derecho fue una concepción «acertada e ingeniosa», que permitió superar los problemas del pasado sustrayendo al hombre de los abusos del absolutismo elevándolo y dignificándolo como un fin en sí mismo. El concepto de Estado de Derecho constituye una respuesta del constitucionalismo y contiene dos elementos básicos que por mucho tiempo han sido considerados como su sinónimo: la supremacía de la Constitución y la separación de las funciones en el ejercicio del poder.

La Constitución francesa de 1791 incluyó, en su artículo 16, la expresión que luego se convertiría en el dogma del constitucionalismo liberal: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución».

Cabe decir no obstante, que en el siglo XX el Estado de Derecho ha tenido como contrapunto al totalitarismo. El totalitarismo -de derecha o izquierda- se caracterizó por la supresión de libertades individuales y públicas, incluyendo la proscrición

ción de partidos, de órganos deliberativos y de libertades de tránsito, reunión y expresión. Eso no obstante, el totalitarismo procuró legitimarse a través de instrumentos jurídicos. Con excepción del comunismo y del corporativismo que desarrollaron un aparato formalmente constitucional, el «falangismo», el «nacional-socialismo» y el «fascismo» se expresaron a través de diversas leyes que no llegaron a conformar un cuerpo sistemático. Hitler gobernó esencialmente apoyado por la Ley de Autorización de 1933, que lo facultaba para legislar a su arbitrio. Con fundamento en esa delegación parlamentaria expidió, entre otras, las leyes racistas de Nuremberg de 1935. En Italia subsistió la vigencia formal de Estatuto Albertino de 1848, pero diversas leyes consolidaron el poder de Mussolini. Además de la integración del Gran Consejo del Fascismo, su más importante disposición fue la Ley Acerbo de 1923, donde incluyó la «cláusula de gobernabilidad»: al partido que obtuviera la mayoría simple en las elecciones se le atribuía automáticamente la mayoría absoluta en el parlamento. En 1925 Mussolini fue investido de facultades delegadas para legislar y su principal decisión fue integrar, en 1926, el Tribunal Especial para la Defensa del Estado, que varios autores han considerado la verdadera ley fundamental del régimen.

Por eso, los aspectos de naturaleza estrictamente formal (contar con una Constitución, por ejemplo) no resultan suficientes para identificar al Estado de Derecho. De ahí que se hayan incorporado a la primigenia concepción dos principios básicos: el de proporcionalidad (que haya una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales) y el de exceso (que no se afecten los intereses en una medida superior a la necesaria).

Pero la lucha por la libertad y los derechos individuales concluyó por ser una lucha estéril, carente de contenido práctico. En las normas constitucionales se reconocían y proclamaban aquellas libertades y derechos, pero el Estado se despreocupó de comprobar si podían ser efectivamente usados y concretados en la realidad de cada día y de cada individuo. El hombre moderno, sin renunciar a su libertad y sus derechos, desea algo más que ese formal reconocimiento, ansiando por ello la realización práctica y concreta de todas sus potencialidades en un medio social que le facilite y aún le asegure ese logro.

El Estado Liberal de Derecho, con su clásica posición abstencionista o no intervencionista, frente a la complejidad de las relaciones sociales y económicas, no llegaba a asegurar en los hechos las libertades y los derechos que decía reconocer, sino que posibilitaba, al contrario, que fueran desconocidos, vulnerados o restringidos impunemente. De tal modo sucedió que el Estado Liberal de Derecho se había negado a sí mismo, puesto que no es liberal el Estado que viviendo en la posibilidad de resolver problemas sociales permanece indiferente, confiado en las soluciones naturales y «durmiendo el sueño de la libertad inalcanzable» (Soler).

Todas esas condiciones dieron lugar a la aparición de una nueva forma de Estado de Derecho, que es el Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar, caracterizado por una nueva actividad intervencionista y supletoria del Estado que toma a su cargo fomentar, posibilitar y aún realizar directamente una serie de actividades y cometidos que se consideran necesarios para que todos los individuos puedan cumplir en plenitud sus propios propósitos, en un medio social que les es favorable y auspicioso.

El constitucionalismo social apareció en la carta de Querétaro de 1917 y en la Constitución alemana de Weimar de 1919. Fue ésta la que mayor influencia tuvo en Europa, mientras que la mexicana recibió mayor difusión en América Latina. Las tesis sociales de Weimar tuvieron resonancia en las sociedades industriales, sobre todo porque permitían tener una alternativa ante las presiones obreras que encontraban inspiración en la revolución soviética. Las tesis mexicanas fueron más atractivas para quienes tenían que paliar la inquietud de las sociedades rurales.

Las características fundamentales del constitucionalismo social consistieron en el reconocimiento de los derechos a la organización profesional, a la huelga, a la contratación colectiva, el acceso a la riqueza y a principios de equidad en las relaciones jurídicas y económicas. Así se explica el surgimiento de la seguridad social, de los tribunales laborales y la defensa de derechos como la limitación de la jornada de trabajo, el salario y el descanso obligatorio. También aparecieron los derechos prestacionales (o sociales) con cargo al Estado, como los concernientes a educación, salud y vivienda.

En la última década del siglo XX el constitucionalismo puso énfasis en los llamados derechos culturales (también derechos difusos o de incidencia colectiva, tal como los refiere nuestra constitución – art. 43). Los derechos culturales no son, como los sociales, derechos de clase, ni como los democráticos, derechos universales. Los culturales son derechos colectivos que traducen intereses muy concretos y que conciernen a todos los estratos socioeconómicos. Entre los más relevantes están los derechos humanos, pero la gama es muy amplia: comprende el derecho a la protección del ambiente, al desarrollo, al ocio y el deporte, a la intimidad, a la no discriminación, a la migración, a la información, a la objeción de conciencia, a la seguridad en el consumo y a la diversidad lingüística, cultural y étnica, entre otros.

Para Gordillo, la diferencia básica entre la concepción clásica del liberalismo y la del Estado de Bienestar es que mientras en aquella se trata tan sólo de ponerle vallas al Estado, olvidando de fijarle también obligaciones positivas, aquí, sin dejar de mantener las vallas (límites) se le adicionan finalidades y tareas a las que antes no se sentía obligado.

La identidad básica del Estado de Derecho y el Estado de Bienestar reside en que el segundo toma y mantiene del primero el respeto a los derechos individuales, y es sobre esa base que construye sus propios principios. El Estado de Bienestar ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola y actualizándola pero en modo alguno suprimiéndola.

Desde la doctrina económica uno de los primeros que se preocupó en analizar el rol del Estado en pleno fue sin duda, Adam Smith. La economía clásica y los fisiócratas pugnarón por el *laissez faire*, que implica la nula intervención del Estado en los asuntos económicos, excepción hecha de los aspectos necesarios para la subsistencia de la sociedad como es asegurar la paz exterior e interior y la garantía de la propiedad. Su famosa teoría se exponía como de la «mano invisible», en donde el mercado se equilibraba naturalmente y por ende, la intervención estatal era innecesaria. Acontecimientos posteriores evidenciaron y obligaron a reformular tales supuestos, llevando al Estado a ocupar una posición central como elemento de filtro de las necesidades del sistema y de satisfacción de dichas demandas.

En tal sentido, uno de los más conocidos exponentes del siglo XX acerca del 'nuevo' rol del Estado es John Keynes. Sus ideas acerca del rol intervencionista contribuyeron a la recuperación de la economía norteamericana luego de la gran crisis del 30, lo que colocó a su teoría como modelo a seguir en situaciones críticas con problemas de altos niveles de desempleo, recesión económica, entre otras graves alteraciones. Keynes concede al Estado un papel central en la determinación del nivel de actividad económica y administrativa. El keynesianismo intenta evitar cambios bruscos en el sistema económico (desempleo, desequilibrios fiscales, etc) y así amortiguar la vulnerable conducta de los actores privados a través de un fuerte papel del Estado en el sistema social. No obstante, las experiencias de aplicación de su doctrina en tiempos más recientes también originaron crisis que llevaron a algunos economistas a pronosticar la 'desaparición' del Estado de Bienestar.

Hoy, podría decirse, los gobiernos hechan mano a una gran variedad de instrumentos de la teoría económica frente a las crisis que deben afrontar, originadas en los recurrentes ciclos económicos, destacándose más bien un importante pragmatismo que confronta con posturas ortodoxas.

2.- La personalidad del Estado: teorías.

Cassagne¹² afirma que el Estado, como persona moral, constituye una realidad sociológica, por lo que es forzoso que en el orden positivo se le reconozca una personalidad jurídica que le permita actuar en el mundo del Derecho como titular de derechos y deberes hacia los administrados, y los entes que dependen de él.

Si el Estado surge inicialmente como una abstracción, dice Escola¹³ que la presencia de los elementos que lo integran y su comprensión en una noción general lo hacen aparecer como una persona moral, a la cual es menester que el ordenamiento positivo le otorgue una personalidad jurídica que le permita desenvolverse como un centro imputable de derechos y obligaciones, tanto en su faz interna como en sus vinculaciones con los individuos a los cuales dirige su accionar.

La idea de la 'personalidad del estado' encuentra sus raíces en la tradición romanista, contraria a la concepción germánica del medioevo que reconocía al Señor como el único detentador del poder y no como un órgano de la comunidad. Su base reside en el sentido romano del derecho que concibe a la «auctoritas» (autoridad) no como algo que está fuera del «jus» (Derecho), sino como una expresión del mismo.

En el Estado actual de evolución del derecho público puede reconocerse que ha sido aceptada la existencia de la personalidad estatal y que esa personalidad deviene directamente del ordenamiento constitucional, pues no se concibe la imposición de derechos y deberes al Estado si no es admitiendo que el mismo, para el cumplimiento de tales fines, requiere de una personalidad jurídica.

Marienhoff¹⁴ explica que la doctrina no es uniforme al respecto y que existen diversos criterios. En cuanto a los que califica de principales los sistematiza como:

- a) El que opone los conceptos de Estado y Nación.
- b) El que niega la personalidad del Estado.
- c) El que sólo admite una personalidad parcial o restrictiva del Estado.
- d) El que considera al Estado como personificación del orden jurídico total.
- e) El que considera al Estado como titular de personalidad. Este criterio, a su vez, se subdivide en dos corrientes: la que asigna al Estado una doble personalidad y la que le reconoce una personalidad única.

En cuanto al primer punto, hay quienes distinguen, en materia de personalidad, entre Nación y Estado. Unos le niegan a la Nación toda personalidad pues esta – dicen- sólo compete al Estado; otros consideran a la Nación como sujeto jurídico distinto del estado. Lo cierto es que la nación, aspecto demográfico, no entra en el Estado sino como uno de sus elementos, pues la nación no tiene poderes, no es sujeto de derecho ni aparece como soberana sino en cuanto a que está jurídicamente organizada, y no se convierte en persona más que por el hecho de su organización estatal, es decir por la circunstancia de estar constituida en estado. La nación no tiene personalidad sino en y por el estado. La nación está subsumida en el concepto de estado.

Quienes sostienen que el Estado carece de personalidad jurídica afirman la idea de que no es una persona suplementaria que se añade y superpone a las personalidades particulares de sus nacionales, sino que representa únicamente a los individuos que lo componen considerados en su conjunto. Entienden que no es posible reconocer personalidad sino a los seres humanos porque sólo el hombre posee, como persona, una existencia real, y solo él está dotado de voluntad. Afirman que la personalidad o voluntad estatal es un concepto nacido del cerebro de los juristas que no tiene fundamento real, y que es superfluo para la construcción de la teoría jurídica del estado.

¹² Cassagne, op.cit. edic. 2002, Tomo I, pág. 51 y siguientes.

¹³ Escola, op. cit, Tomo 1, pág. 5

¹⁴ Marienhoff, op. cit., Tomo I.

Otros señalan, desde una perspectiva restrictiva, que al Estado solo es posible reconocerle una personalidad parcial en la medida en que ella se vincule a su actuación en el «campo patrimonial»; extremo que descartan en lo que importa su actuación como «poder». Sostienen así que la ficción de la personalidad no es aceptable sino en cuanto se trata del estado como sujeto de derechos, ante el que los particulares pueden ejercer sus reclamos y ser satisfechos, pero consideran un grave error que se admita tal reconocimiento en su actividad como poder público. Expresan que los funcionarios que mandan o conducen no ejercen derechos del estado, sino que actúan funciones cuyo conjunto constituye el poder público.

Las teorías predominantes reconocen y aceptan la personalidad jurídica del Estado basándose en que tal personalidad se corresponde con un hecho real: la unidad de los individuos que lo integran y su continuidad en el tiempo, a pesar de los cambios (o sustitución) constantes de los primeros. Desde esta perspectiva, no es una ficción sino que se corresponde a una realidad concreta: se trata de una realidad jurídica. El Estado es el ser colectivo supremo, representa el máximo interés colectivo o común; posee los medios para satisfacerlos y voluntad para hacer actuar las correspondientes potestades e imponer sanciones jurídicas.

Para Dromi, la construcción jurídica que admite al «estado-persona» produce las siguientes consecuencias o efectos técnico-jurídicos:

- 1) La continuidad o perpetuidad estatal no obstante la transitoriedad de los gobiernos y la variabilidad de los regímenes políticos
- 2) Las relaciones patrimoniales del Estado con otros sujetos de derechos (individuos, otros estados, etc.)
- 3) Las relaciones de poder y su exteriorización a través de las distintas formas jurídicas del obrar público (ley, sentencia, actos de administración)
- 4) Acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra el estado y su consecuente deber reparatorio
- 5) Relaciones interadministrativas que se entablan entre distintos entes públicos estatales y no estatales
- 6) La intervención procesal del Estado en juicio, en calidad de parte demandante o demandada, y en las actuaciones administrativas en calidad de «autoridad pública».

La personalidad jurídica del Estado constituye una conquista del constitucionalismo; pero por regla general, dicha personalidad no surge de una norma específica y concreta de las constituciones vigentes sino que se origina o se deduce del contenido de estas y de sus diversas expresiones.

La generalidad de la doctrina ha descartado la teoría de la doble personalidad y reconoce una sola personalidad jurídica, de carácter público, aunque con una doble capacidad: es decir, con aptitud suficiente para desenvolverse o actuar en el campo del derecho público o en el del derecho privado, lo que lleva a distinguir entre competencia y personalidad, que no constituyen conceptos unívocos.

La teoría de la doble personalidad tenía origen en la concepción del «Fisco», de origen romano, en el que algunos autores distinguían un aspecto de la personalidad estatal denominando Fisco al Estado cuando realizaba su actividad en el campo del derecho privado. Estas concepciones en definitiva no han prevalecido.

3.- Formas de manifestación de la voluntad estatal.

Marienhoff¹⁵ explica que el Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines, incluso las que actúan en el ámbito administrativo, expresan su voluntad a través de las personas físicas que las integran. Estas personas físicas constituyen los llamados «órganos persona», que se

¹⁵ Marienhoff, op. cit., Tomo I.

distinguen de los conocidos como «órganos institución». Los órganos persona integran los órganos institución, pero solo a estos se les reconocen las competencias que hacen al actuar estatal. La persona física expresa hacia el mundo exterior esa concreta actuación o competencia de la dependencia pública que integra.

De ello se deduce que la voluntad estatal, expresada por dichas personas físicas, es entonces atribuible a la persona jurídica pública de la que forman parte.

Para intentar explicar en mérito a que tienen consecuencias jurídicas las voluntades de las personas físicas que integran la persona jurídica pública Estado, se han propuesto sucesivas teorías. De lo que se trata entonces es de discernir, desde un punto de vista jurídico, de que modo se expresa la voluntad del Estado:

- a) Teoría del mandato: según esta teoría las personas físicas obrarían como mandatarios de la persona jurídica, surgiendo de ese vínculo que lo actuado por las personas físicas valdría como realizado por la persona jurídica «mandante». Este criterio fue rechazado, pues parte del supuesto de que la persona jurídica estuvo en condiciones de expresar, antes de que el mandatario actuara, su voluntad para otorgar ese mandato, siendo que esta es en realidad la cuestión que desea precisamente aclararse. Dicho mandato es difícilmente admisible porque para dar un mandato se requiere, desde ese momento, una voluntad, la cual aún no existe en la persona jurídica hasta que no lo expresa una persona física. El argumento encierra una contradicción insoluble.
- b) Teoría de la representación: descartada la teoría del mandato, algunos autores recurrieron a esta teoría según la cual las personas físicas, cuya conducta se imputa o atribuye a la persona jurídica, son representantes de ésta. Tal representación se estructura análogamente a la de los incapaces o sea, se le da un representante a la persona jurídica como se le da al infante o al loco para suplir las insuficiencias de su voluntad. La crítica a esta teoría afirma que tiene una falla lógica que la hace inaplicable al Estado, pues a este habría que reconocerle en forma previa la existencia de una voluntad para poder nombrarse o darse un representante, que sería quién expresara esa voluntad.
- c) Teoría del órgano: ante lo inaceptable de las teorías anteriores surge la teoría del órgano. La noción de mandatario y de representante pueden derivar de la ley o de un acto jurídico; en cambio la calidad de órgano deriva de la propia «constitución» de la persona moral o jurídica. El órgano integra la estructura de la persona jurídica y ambos son la expresión de una misma realidad. Cuando actúa el órgano es como si actuara la propia persona jurídica, no existiendo la representación o el mandato de uno por el otro sino un actuar unívoco. En la representación hay un vínculo jurídico entre dos sujetos de derecho en donde uno actúa en nombre del otro; en cambio tratándose de un órgano la persona jurídica actúa por sí misma por que el órgano se identifica con ella e integra su estructura; la persona jurídica se sirve del órgano como la persona física se sirve de la boca o de la mano.

Para graficar lo expuesto es posible citar algunos ejemplos que están en la misma Constitución Nacional: en el art. 87 se hace referencia al órgano de mayor jerarquía en el orden administrativo nacional, el «órgano Presidente». A pesar de su prominente jerarquía dicho órgano carece de personalidad jurídica propia y junto a los órganos legislativo y judicial, integra la persona jurídica única que llamamos Estado.

Corolario del principio de división de las funciones del poder es que las atribuciones del órgano presidencial están contenidas en la Constitución, que delimita las atribuciones y facultades del «poder administrador» y de los otros poderes (legislativo y judicial). El «órgano Gobernador» en las provincias es, dentro de su esfera, análogo al órgano Presidente del ámbito nacional.

Expresa Dromi¹⁶ que la competencia pertenece al órgano y no a la persona física que lo titulariza. «El titular la ejerce, pero no puede delegarla ni cederla como si se tratara de un derecho personal, dado su carácter exclusivamente institucional. Los órganos no pueden considerarse sujetos de derecho. No tienen personalidad jurídica. 'Forman' la perszona a que pertenecen –Estado-, por una relación de identidad. No hay duplicidad de sujetos entre el 'órgano' y el 'estado'».

El criterio objetivo para imputar al Estado la actuación de sus órganos físicos es prescindente de la motivación psicológica que impulse al agente público que se identifica con él, pues se atiende objetivamente a lo que el órgano realiza según su apariencia externa. No es atribuible al estado todo acto de la persona física sino sólo una determinada actividad de ellos: la que esta prevista o surge de la función que ejercen o competencia que tienen asignada. Dromi cita al respecto fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que como sabemos constituye la máxima instancia de interpretación jurídica constitucional de la Nación, en los que se afirma por ejemplo que no se puede aceptar la irresponsabilidad o responsabilidad parcial de una Provincia por actos realizados por sus representantes legales, cuando han obrado en el marco de sus propias funciones (Fallos 163:155).

Para Gordillo¹⁷ se debe distinguir cuando la persona (órgano físico) puede actuar como órgano jurídico (órgano institución), caso en el cual su voluntad se considera voluntad estatal, de la actividad que realiza fuera o al margen de lo previsto para la función que se le ha asignado, es decir como sujeto de derecho diferenciado del estado. En tal caso interesa saber el razonamiento que habrá de seguirse para establecer cuando el funcionario actúa como órgano del Estado y cuando no. Al respecto pueden mencionarse dos criterios: uno subjetivo y otro objetivo, que a su vez admiten dos posiciones.

La postura propia y prevalente en el derecho público considera que la legitimidad del acto no es el elemento primordial para decidir si él es o no un acto estatal por el solo hecho de haber emanado de un órgano suyo; se entiende en cambio que debe atenderse únicamente a la apariencia externa del acto o hecho, a su reconocibilidad exterior como un hecho o un acto propio de la función o competencia asignada al órgano, haya sido ejercida ella en forma regular o irregular o pueda calificarse el acto como válido o nulo. De este modo, basta con establecer que la actuación del funcionario se ha referido a una tarea que era propia de su función para decidir que ha actuado como órgano jurídico del estado, y que por lo tanto su acto no es un acto privado suyo sino un acto estatal por el cual habrá de responder.

Resultaría una contradicción si se adoptase otro criterio en el cual solo el acto legítimo podría ser considerado imputable al órgano, pues se obligaría al ciudadano a tener que analizar el contenido y caracteres de cada acto estatal para establecer su alcance o legitimidad, aspecto sobre el que probablemente no tendrá oportunidad alguna; pero sobre todo dejaría al margen de control una amplia franja del actuar estatal que, bajo el ropaje del orden público, no respondería por las consecuencias dañosas o perjudiciales de sus actos frente a terceros.

4.- Funciones del Estado (gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa): aspectos sustanciales, orgánicos y procesales.

Entre las tres funciones clásicas del Estado (administrar, legislar y juzgar) no existe una separación total y excluyente, sino que ocurre que cada órgano del poder tiene asignada una competencia predominante que no le impide ejercite otras que son propias de los restantes órganos, aunque de un modo restringido.

¹⁶ Dromi, José Roberto, «Manual de Derecho Administrativo», Tomo 1, pág. 12, Astrea, 1987.

¹⁷ Agustín Gordillo, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. IX-5, Fundación de Derecho Administrativo, 2da. Edición, 1969.

Sobre tal premisa es posible afirmar que la transferencia o delegación de competencias de un poder a otro, cualquiera sea la vía que se utilice para ello, resulta en principio contraria a la Constitución y solo puede realizarse con los límites y alcances con que ella expresamente lo autoriza (conf. art. 4 de la Constitución de Salta y art. 76 de la Constitución Nacional). A tal prohibición no empece el que puedan delegarse funciones entre dependencias de un mismo poder, lo que no es otra cosa que la consecuencia del ejercicio del poder de organización y jerárquico inherente al cumplimiento de las competencias administrativas (Vg.: descentralización, desconcentración, delegación administrativa, que están expresamente contempladas en las leyes de procedimiento administrativo).

Funciones del «Estado» y funciones del «poder» conforman entonces una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política. Dromi¹⁸ realiza no obstante lo expuesto una distinción entre 'funciones del Estado', en cuanto expresan la ejecución de actividades concretas de orden económico, social, de seguridad, asistencia social y justicia: (funciones públicas -justicia, defensa-; servicios públicos -transporte, comunicaciones, suministros públicos-; servicios sociales -asistencia social, previsional, hospitalaria, educativa-), de 'funciones del poder', que constituyen medios propios de la actividad estatal y que se traducen en la actuación del poder tanto de carácter formal (jurídica), como vías para su actuación (gubernativa, legislativa, judicial y administrativa), y por cuyo conducto el Estado logra los fines que se le asignan.

Gordillo¹⁹ recuerda que Montesquieu (El Espíritu de las Leyes - 1748), partiendo de la hipótesis de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, concibió su famosa teoría de la separación de los poderes. Esta doctrina propone que el poder estatal oponga sus partes respectivas entre sí para que se refrenen recíprocamente. Es por ello que el poder debe distribuirse de manera equivalente, en su fuerza, entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas.

Resulta pues de lo que antecede que la «división de los poderes» se manifiesta en una separación de «funciones» correlativa de una separación de «órganos», sentando así el principio de que el poder contenga al poder. Esto es, resulta imprescindible para que tal división se materialice que además de establecerse claramente las divisiones de las funciones del poder aludidas, que esas funciones a su vez sean ejercidas también por órganos diferenciados: legislativos, judiciales y administrativos.

Todo resultaría sencillo si las funciones legislativas, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativo (Congreso), administrativo (órganos dependientes del Poder Ejecutivo) y judicial (órganos independientes). Pero las dificultades surgen en cuanto a que ello en realidad no es así, pues esta separación se realiza imperfectamente en tanto cada órgano no limita su actuación únicamente a lo que le corresponde sino que por razones de su misma funcionalidad, realiza actividades que corresponden a los otros.

La doctrina se pregunta si es posible hallar algún criterio general que a partir de soluciones concretas, brinde un concepto para cada una de las funciones del Estado. La realidad es que 'el cómo' se realizará la distribución de funciones del poder es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en todas ellas se ha introducido el principio de su separación que aunque provenga de la clásica triología, está en continua elaboración.

Desde esta perspectiva Dromi incorpora la función gubernativa, que entiende distinta de las anteriores. Escola a su vez, a las tres clásicas mencionadas le adiciona la función constitucional. Gordillo, partiendo de la posición de que todo acto estatal es controlable judicialmente, mantiene la concepción clásica, evitando distinguir

¹⁸ Dromi, Manual cit., Tomo 1, pág. 18.

¹⁹ Gordillo, op. cit., Tº 1, pág. VII.1.

entre la función administrativa y los actos denominados de gobierno o institucionales, que otros autores como Marienhoff consideran de naturaleza diferente.

Función gubernativa o política

Dromi²⁰, siguiendo una metodología derivada del llamado trialismo jurídico (norma, valor y fin), analiza las funciones estatales desde una perspectiva sustancial, orgánica y procesal

Desde un enfoque material o sustancial considera, a la función gubernativa, como la actividad estatal discrecional sin límites jurídicos (cabría adicional la expresión «límites jurídicos precisos», pues siempre existen límites jurídicos aunque más no sea los derivados del sistema constitucional), que se realiza en ejecución de una directa atribución constitucional, por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política.

El ejercicio de esta función comprende el dictado de las grandes directrices de la orientación política de un país mediante la gestión de asuntos que afectan intereses vitales de la comunidad (v.g.: estado de sitio, declaración de guerra, designación de magistrados, fijación del tipo de cambio, fijación de políticas nacionales, tratados internacionales, conmutación de penas e indulto).

Desde la perspectiva orgánica, dicha función, si bien en principio no precisa de un órgano específico de realización, pues puede ser ejecutada tanto por el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, la Constitución la asigna en forma exclusiva a cada uno de ellos o en forma concurrente, para que ambos integren su voluntad para decidir según los casos.

En su aspecto procesal, la función gubernativa se exterioriza a través de modalidades de actos del poder, que se denominan «actos políticos», de «gobierno» o «institucionales». Su emisión es posible solo en ejercicio de expresos o razonablemente implícitos preceptos constitucionales, conferidos a los órganos estatales de legislación y ejecución, y su contenido es siempre con efectos jurídicos generales ya que no afectan, en principio, en modo directo, la esfera jurídica de los derechos del individuo.

Escola²¹, citando a Linares, afirma que la actividad gubernativa o de gobierno es aquella actividad de los órganos del Estado, suprema en la esfera de su competencia, que se manifiesta en el dictado de actos que se vinculan con la organización de los poderes constituidos, las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y el derecho de gentes, concretado en la concertación de los tratados internacionales.

Dichos actos, que inciden en la organización y a veces en la misma subsistencia del Estado, no son revisables o controlables, en principio, por el Poder Judicial, ni es posible tampoco que este poder los invalide so pretexto de control constitucional. La Constitución resultaría violada si el Poder Judicial pretendiera arrogarse competencias que incumben a los órganos políticos (v.g.: declaración de guerra, concertación de tratados, mantenimiento o ruptura de relaciones diplomáticas, declaración del estado de sitio, intervención federal a las provincias, veto de una ley, apertura y clausura de las sesiones de las Cámaras, aprobación de una Constitución, propuesta de acuerdo para jueces, etc.).

No obstante, sí son controlables por el Poder Judicial los efectos singulares o individuales de estos actos, que en cuanto afectan o desbaratan garantías de las personas deben ser reparados por el Estado. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha permitido incluso avanzar en algunos aspectos que antes se consideraban «vedados» posibilitando por ejemplo, analizar los títulos con que un legislador ingresa al Congreso (caso «Bussi»), o el alcance de la eficacia del veto a una

²⁰ Dromi, Manual cit., Tomo 1, pág. 19.

²¹ Escola, op.cit., Volumen I pág. 16.

ley, o la validez de la sanción de una cláusula constitucional (caso «Fayt»). Esto no afecta a la división de poderes sino que por el contrario, la reafirma, en tanto la Corte Suprema establece el principio básico de cualquier gobierno republicano democrático que es el de la primacía de la Constitución sobre todo acto que sea consecuencia de ella.

Función Legislativa

Con el mismo criterio antes señalado Dromi²² explica que desde el punto de vista sustancial, la función legislativa es una actividad estatal, reglada o discrecional, con límites jurídicos constitucionales, para la elaboración o creación del derecho por medio de normas jurídicas generales.

Desde la perspectiva orgánica, esta actividad es privativa, especializada e indelegable del órgano legislativo (Congreso o legislaturas provinciales). Por último, en cuanto al aspecto procesal, la función legislativa se exterioriza por actos legislativos (leyes) sometidos a un procedimiento constitucional, que producen efectos jurídicos generales, abstractos, objetivos e impersonales, de naturaleza imperativa.

Ahora bien, no toda la actividad que realiza el Parlamento es de carácter legislativo, ni todo acto que emana del mismo reviste la forma de ley, nombre que se otorga solo a los actos cuyo contenido sea legislativo (normativo) y se hayan expresamente ajustado al procedimiento constitucional.

Hay quienes entienden que el órgano ejecutivo ejerce función legislativa cuando, por ejemplo, ejercita el veto de una ley, con lo cual el contenido de esta función no aparece exclusivo del Congreso. Pero en general se entiende que tanto el reconocimiento de iniciativa legislativa como el veto no hacen a la esencia de la función legislativa, sino solo a una actividad específica del ejecutivo al que la Constitución le impone dar completividad formal a las normas que sanciona el parlamento.

Debe destacarse que la actividad reglamentaria del ejecutivo, o de los municipios, no constituye ejercicio de función legislativa en sentido estricto sino solo actividad administrativa. Las normas así emitidas se reconocen por la doctrina como normas o leyes en un específico sentido material (por su contenido), pero no en el sentido formal que la Constitución solo reconoce a las normas sancionadas por los parlamentos de acuerdo al procedimiento expresamente allí reglado.

Tampoco es función legislativa la actividad reglamentaria que ejercita el Poder Judicial (acordadas y resoluciones de Cortes), que se encuadran en la actividad típicamente administrativa que desarrolla en su ámbito; ni siquiera las sentencias plenarias, que las leyes orgánicas judiciales reconocen como obligatorias para tribunales inferiores, pueden constituir ley en sentido formal, desde que solo constituyen un supuesto de interpretación y aplicación de la misma a un caso concreto, con la finalidad de dar plenitud al orden jurídico y no para alterarlo o suprimirlo.

Función jurisdiccional

La función jurisdiccional importa dirimir conflictos de intereses que alteran o pueden alterar el orden social. La organización misma del Estado importa la monopolización de la jurisdicción y la proscripción de la autodefensa, sustituyendo la actividad privada de justicia por mano propia por la actividad pública, salvo casos excepcionales que se reconocen en el mismo régimen legal como de legítima defensa y de autotutela (conf. art. 2470 Código Civil y art. 34 inc. 6° Código Penal).

Desde el punto de vista sustancial, es posible afirmar que la función jurisdiccional comprende «la decisión, con fuerza de verdad legal, de controversias entre partes» para determinar y restablecer el derecho en el caso concreto.

²² Dromi, Manual..., Tomo 1, pág. 22.

En el aspecto orgánico esta actividad sólo es concretada por un órgano imparcial e independiente, encargado, por mandato constitucional, del ejercicio de tal función. Función jurisdiccional o judicial constituyen expresiones idénticas.

En la perspectiva procesal, la producción del acto judicial está sujeta a un procedimiento específico (civil, de familia, comercial, laboral, penal, contencioso administrativo), que señala la forma en que se prepara y emite la voluntad en este ámbito del poder.

Consecuencia de lo expuesto es que el ejercicio de la función judicial se caracteriza por ser independiente (el juez debe ser extraño al conflicto entre las partes); indelegable (conferida la investidura a una persona determinada esta no puede encomendar el ejercicio de la función a otra, aún cuando también fuera juez); decisoria, ejecutoria e instrumental, pues en tanto manifestación del poder estatal tiene que exteriorizar una relación de sujeción del individuo a la ley y a la decisión que se adopte respecto de su aplicación al caso concreto. Si la sentencia no es acatada provocará sea exigido su cumplimiento en forma coercitiva, o por la fuerza (el concepto de fuerza tanto puede ser el uso de la fuerza pública como la aplicación de sanciones patrimoniales).

Función administrativa

Desde un enfoque inicial, el autor que se sigue en este punto señala que es posible denominar función administrativa a la actividad desplegada por los órganos públicos en relación jerárquica, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, que se hace efectiva mediante actos y hechos jurídicos públicos.

Así, en el aspecto sustancial se advierte que es actividad directiva (de orientación) y directa (de ejecución), de gestión y servicio en función del interés público, y que se traduce en la *ejecución concreta y práctica de cometidos estatales*. Es una actividad de gestión y servicio hacia un fin (teleológica), pues administrar es servir ('ad': a, y 'ministrare': servir); en el caso, servir a la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado.

La actividad en cuestión comprende tanto el dictado de normas jurídicas generales (reglamentos), individuales (actos administrativos), la ejecución de decisiones administrativas (sanciones a empleados, designaciones, ordenes de pago, obras públicas, desalojos, compras, etc.), la certificación de hechos jurídicamente relevantes (registros, transcripciones, actas, inspecciones), la modificación o extinción de relaciones entre los particulares (registro de propiedad, estado civil, registro público de comercio), la consulta (dictámenes técnicos), el control de actos y de la gestión de órganos estatales (auditorías, recursos administrativos), la actividad de fomento (promoción impositiva para la radicación de empresas), la realización de contratos (obras, suministros, etc.) entre otras diversas.

Una perspectiva orgánica determina que la función administrativa es ejercida por un conjunto de órganos públicos, estatales y no estatales, a quienes se encomienda la realización o ejercicio de determinadas competencias administrativas. Incluye todas las dependencias que tradicionalmente llamamos administración estatal o aparato del Estado, pues la actividad administrativa no obstante que cuantitativamente es mayor en el Poder Ejecutivo, también la realizan los Poderes Legislativo y Judicial, e incluso corporaciones profesionales que actúan por delegación estatal.

En lo procesal, la exteriorización de los actos que comprenden a esta función está sujeta normalmente a formas jurídicas administrativas predeterminadas, contenidas en las normas de procedimientos administrativos.

El concepto de función administrativa es por lo expuesto el más indefinido de todos pues no tiene, a diferencia de las demás funciones, un contenido único. Es así entonces que la función administrativa que realizan en cierta medida el poder legislativo y el judicial, es efectuada bajo el mismo régimen jurídico que la que concreta el ejecutivo.

Los límites de la actividad administrativa se hallan establecidos tanto en interés público como en interés privado, o sea, de los administrados:

- a) Las limitaciones fijadas por razones de interés público pueden resultar de normas jurídicas (leyes en sentido formal y material), cuyo conjunto se reconoce como «bloque de legalidad», que regulando la organización administrativa, el contenido de los actos o el procedimiento a seguir dan lugar a la actividad reglada de la administración; o de normas no jurídicas, que respondiendo a exigencias políticas o técnicas determinan el mérito, la conveniencia y la oportunidad en que cabe actúe la administración.
- b) Las limitaciones establecidas en interés privado o individual resultan de la obligación de la administración pública de respetar en todo momento, los derechos y garantías establecidas en el orden jurídico a favor de los administrados.

Bibliografía sugerida

1. Bidart Campos, José, «Derecho Político», Aguilar, 1972.
2. Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», LexisNexis, Abeledo Perrot, 2002.
3. Dromi, José Roberto, «Manual de derecho administrativo», Astrea, 1987.
4. Escola, Héctor Jorge, «Compendio de Derecho Administrativo», Depalma, 1984.
5. Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Fundación de Derecho Administrativo, 2da. Edición, 1969.
6. Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Abeledo Perrot, 1995.

CAPITULO II: El Derecho Administrativo

Carrera de Licenciatura en Administración

Programa de Derecho III. Módulo I - Tema I

El Derecho Administrativo: noción, objeto. Distintas etapas de su evolución histórica.
Funciones del Estado: gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa (aspectos sustanciales, orgánicos y procesales)

1.- El Derecho Administrativo: noción, objeto. Distintas etapas de su evolución histórica.

Noción y objeto del Derecho Administrativo

Recuerdan autores españoles que existen dos clases de derechos: derechos generales y derechos estatutarios²³. Los primeros se refieren y aplican a toda clase de sujetos como en el caso del Derecho Civil; los segundos regulan las relaciones de cierta clase de sujetos en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos del imperio del derecho común. Ejemplo de estos últimos es el derecho canónico, o actualmente el derecho mercantil, como derecho especializado aplicable a cierta especie de actos y sujetos.

El derecho administrativo es antes que nada un derecho estatutario, pues se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administración Pública, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común.

La consecuencia de dicha distinción es que en el Derecho Publico hay a menudo una relación de subordinación entre el Estado y los particulares, en tanto se confiere al mismo una cierta superioridad jurídica, un núcleo de atribuciones superiores a los del individuo, a diferencia del Derecho Privado en donde los sujetos están en paridad de condiciones y por lo tanto son frecuentes las relaciones de coordinación entre ellos²⁴. Este distingo entre ambos regímenes se origina en la circunstancia de que las relaciones del derecho administrativo están vinculadas a la satisfacción del «interés público» o colectivo, distinto del derecho común que se orienta al «interés privado» o individual.

Las prerrogativas y disposiciones peculiares que se sustentan en el orden público constituyen un todo estructurado regido por principios propios, ajenos al derecho común o privado; las reglas generales del derecho privado se ven desplazadas por las de naturaleza pública. Es por ello que es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios e instituciones, correlativas y concordantes entre sí, que resultan desarmónicas y extrañas con el derecho general o común. Se trata por supuesto, de una cuestión circunstancial que depende de la fisonomía adoptada por el orden jurídico de cada país y época determinada.

Quienes postulan la «unicidad» del derecho y la no existencia de compartimentos entre Derecho Publico y Privado tienen razón a medias. Será exacto en efecto postular que no hay diferencias sustanciales de estructura en las normas jurídicas respectivas, pero no lo será afirmar que ello no ocurre entre ambos conjuntos normativos. Constituyen ellos distintas ramas con autonomía de principios agrupadas en

²³ García de Enterría y Fernández, Tomás-Ramón, «Curso de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 41, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000.

²⁴ Gordillo, Agustín: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1, Parte General, pág. V-23, Fundación de Derecho Administrativo - 1997.

dos grandes conjuntos con caracteres propios, comunes internamente para cada grupo y diversos en los grupos entre sí.

La doctrina es mayoritaria al afirmar que el Derecho Administrativo abarca no sólo la actividad de la Administración Pública, o sea la del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes, sino también el estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo sea o no realizada por los órganos típicamente administrativos. Lo expuesto importa el que los Poderes Legislativo y Judicial realizan también actividad administrativa sujeta a los mismos principios de esta disciplina. Esta acepción amplia es la hoy admitida, resultando abarcativa también de normas de tipo administrativo de los organismos internacionales (ONU, OEA, BIRF, etc.), del régimen administrativo del personal público dependiente, de entes públicos no estatales en la medida y aspectos de las competencias delegadas, y de todos los contratos y actos de carácter administrativo.

Hay quienes definieron en su momento al derecho administrativo como un conjunto de normas y principios referidos exclusivamente a la creación y gestión de los servicios públicos; sin embargo, actualmente la doctrina coincide en que este derecho abarca a toda la función administrativa, trátase o no de servicios públicos a saber: la función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público. Todos ellos están contenidos en regulaciones de derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos.

Entonces, siguiendo a Gordillo²⁵, podemos definir al Derecho Administrativo como «La rama del Derecho Público, que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra esta». Este último aspecto, el del control judicial, constituye una cualidad esencial de esta rama del derecho en el contexto democrático, pues quienes postulan, con el argumento de la separación del poder, la inexistencia de control de la actividad administrativa lo hacen desde una perspectiva totalitaria, que no condice que la imperatividad de tratados y principios relativos a los derechos humanos, vigentes universalmente. Es el acceso a la tutela judicial una forma también de control de las amplias atribuciones conferidas a la administración pública.

Distintas etapas de su evolución histórica

Cassagne²⁶ enseña que, en esta materia, el cambio de circunstancias históricas ejerce una preponderante influencia sobre los fines de las instituciones del Estado, que van sufriendo un proceso de constante adaptación muchas veces en sentido opuesto a las razones que motivaron su creación. Por ello resulta indispensable la comprensión histórica de los principios que hoy nutren al Derecho Administrativo y a sus principales instituciones, para explicar e interpretar su origen, desarrollo y transformación.

Los gobiernos que sucedieron a la Revolución Francesa, que dio un vigoroso impulso en lo político y jurídico al detenido proceso de creación y absorción de poder iniciado en el siglo XIII en Europa, instauraron un sistema de seguridad jurídica desvinculado de ataduras teológicas –como era el derecho divino de los reyes- y concluyeron en el ciclo de secularización estatal que ya se vislumbraba en el siglo XIV. De estos gobiernos surgió una administración pública personificada, caracterizada por la adopción del principio de la competencia objetiva. La recepción (o redescubrimiento) del derecho romano en el periodo intermedio (alta edad media), determinó la aparición de un conjunto de normas que primero fueron excepcionales para luego convertirse en un derecho singular con plena autonomía, aplicable a toda la comunidad.

²⁵ Gordillo, op.cit., Tomo I pág. V.29.

²⁶ Cassagne, Juan Carlos: «Derecho Administrativo», Tomo I, Abeledo Perrot.

El derecho administrativo contemporáneo ha heredado un gran número de principios provenientes de aquel derecho regio. Entre ellos y de gran importancia actual, se destacan la presunción de legitimidad (*praesuntio pro se*), la ejecutoriedad, la vía del apremio y la inderogabilidad singular de los reglamentos. Asimismo, es notoria la vigencia de cuestiones como el dominio público, la jerarquía y la competencia.

En la Edad Moderna (en Francia hasta el siglo XVII y en Alemania hasta el siglo XIX) se afianza en toda su intensidad la concepción del Estado de Policía, basada en la necesidad de concentrar y consolidar el poder del príncipe como reacción contra la desmembración (atomización) y disminución del poder que se opera en el transcurso de la Edad Media. Su característica esencial es la de tratarse de un sistema que reconocía a los monarcas un poder ilimitado, no sujeto a ningún precepto ni principio legal o consuetudinario. Entre las instituciones que se proyectan desde aquel periodo se destacan la expropiación por causa de utilidad pública; la competencia en razón del territorio y las instrucciones y circulares que emiten los funcionarios jerárquicos.

La etapa de la construcción del régimen administrativo se opera en Francia en el periodo comprendido entre la Revolución y el Segundo Imperio; las características de ese régimen fueron descritas por Hauriou²⁷ de la siguiente manera: «Existe una administración fuertemente centralizada, con ordenación jerárquica de órganos integrados por funcionarios, lo que permite la existencia de un contralor administrativo por parte de los órganos superiores...La Administración Pública, está dotada de un conjunto de prerrogativas que fluyen de su consideración como 'poder jurídico'...El juzgamiento de la actividad administrativa ilegal se atribuye a Tribunales administrativos».

El sistema anglo-sajón por su parte, según el mismo autor francés, se encontraba entonces regulado por una concepción distinta según la cual la descentralización o mejor dicho la autonomía de los entes locales, era prácticamente total y absoluta y absorbía muchas competencias. La actividad de los órganos administrativos se encontraba sometida a las mismas reglas que los particulares, careciendo el poder público de prerrogativas especiales. La administración era juzgada por tribunales ordinarios, independientes del Poder Ejecutivo.

El Derecho Administrativo actual no sólo abarca el estudio de las funciones esenciales del Estado apelando a un criterio material u objetivo sobre la función administrativa, sino que también comprende a la actividad reglamentaria, que desde un punto de vista estrictamente material constituye actividad legislativa. Desde otro ángulo, se observa que el Derecho Administrativo interviene también en la regulación y control de las personas públicas no estatales (colegios profesionales, organizaciones previsionales), al controlar la Administración las respectivas decisiones de ese tipo de entes.

Desde la perspectiva señalada, el Derecho Administrativo contemporáneo se sustenta en dos principios fundamentales: a) el estado de justicia y el principio de legalidad; y b) el intervencionismo estatal y el principio de la suplencia o subsidiariedad.

La expresión Estado de Derecho, acuñada por Von Mohl en 1832, tradujo la lucha que sostuvieron los parlamentos por alcanzar supremacía frente al príncipe, siendo que el desarrollo del constitucionalismo determinó sus alcances en la concepción del modelo político occidental. El Estado de Derecho significó, básicamente, un régimen donde el derecho preexiste a la actuación de la Administración y en donde la actividad de esta se subordina al ordenamiento jurídico; concomitantemente, los derechos fundamentales de las personas se hayan plenamente garantizados, existiendo tribunales independientes para juzgar las contiendas.

²⁷ Hauriou, Andre, Jean Gicquel y Patrice Gelard, «Derecho Constitucional e Instituciones Políticas», págs. 413 y siguientes (Gran Bretaña) y 577 y siguientes (Francia). Editorial Ariel, Barcelona 1980

A raíz de diversos factores históricos fue progresivamente cambiando la intensidad de este proceso, siendo que, actualmente en los países que han seguido el sistema continental europeo, como el nuestro, no existen prácticamente actividades cuyo ejercicio no se vincule en mayor o menor medida al derecho administrativo.

Al propio tiempo aparece un principio rector en esta materia denominado de «*suplencia o subsidiariedad*», que justifica la intervención del Estado en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de iniciativa privada, extremo que es posible apreciar solo desde una perspectiva histórico-política cuya naturaleza resulta esencialmente mutable, tal como es posible apreciar en Argentina y el mundo desde los años 80, con el repliegue de la intervención administrativa directa en lo económico y la destacada importancia del ejercicio de las potestades regulatorias.

2.- Funciones del Estado: gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa (aspectos sustanciales, orgánicos y procesales).

En este tema cabe remitir a lo expuesto en el punto 4 del Capítulo I.

Bibliografía sugerida

- 1) Cassagne, Juan Carlos: «Derecho Administrativo», Tomo I, Abeledo Perrot.
- 2) Diez, Manuel María: «Derecho Administrativo», Tomo I, Bibliográfica Ameba - 1963.
- 3) Dromi, José Roberto, «Derecho Administrativo», Tomo I, Astrea, 1992.
- 4) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: «Curso de Derecho Administrativo», Civitas - 2000.
- 5) Gordillo, Agustín: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- 6) Lisa, Federico J., «Función administrativa y Derecho administrativo», en XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ediciones R.A.P., 2004, pág. 139.
- 7) Hauriou, Andre, Jean Gicquel y Patrice Gelard, «Derecho Constitucional e Instituciones Políticas», págs. 413 y siguientes (Gran Bretaña) y 577 y siguientes (Francia). Editorial Ariel, Barcelona 1980.

CAPÍTULO III: La Administración Pública

Carrera de Licenciatura en Administración

Programa de Derecho III. Módulo I – Tema III

La Administración Pública. Administración y gobierno: concepto y diferencias. Los órganos del Estado. Funciones administrativas de los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y de entes públicos no estatales. Clases de función administrativa. Formas de la actividad administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.

Carrera de Contador Público Nacional

Programa de Derecho Público. Módulo II - Tema II

Administración y gobierno: concepto y diferencias. Derecho Administrativo: definición, objeto y evolución histórica. Función Administrativa de los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y de entes públicos no estatales. Clases de función administrativa.

1.- La Administración Pública

Nos recuerda Manuel María Díez²⁸ que es corriente pensar que la actividad de la Administración se desenvuelve sujeta a lo jurídico, pero la historia enseña que esta sumisión de la Administración al derecho no lo ha sido de todas las épocas y que nace recién con lo que se conoció luego como Estado liberal de derecho.

En un período anterior, referido como ‘estado policía’, regía el principio de que solo la voluntad del soberano era la ley (*regis voluntas suprema lex*), es decir no había límite para la acción de la Administración pues el poder se reunía íntegramente en una sola persona: el príncipe. Consecuencia de ello era que las decisiones de los funcionarios no solo podrían ser reformadas o anuladas, sino que estos carecían de poder real y muchas veces sus competencias eran directamente asumidas por el monarca sin regla alguna.

Con el advenimiento del Estado de Derecho -que es considerado como ‘la forma en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los particulares mediante el sometimiento de la administración a la ley’- se instituyen también los principios típicos del constitucionalismo: 1) la declaración de los derechos del ciudadano concebidos incluso como anteriores al Estado, lo que importa limitación a su actividad y, 2) la división de poderes, que refleja la instauración orgánica de la comunidad política²⁹.

La consecuencia de esta evolución, incluyendo la etapa posterior del llamado «estado de bienestar», es que la administración desarrolla sus funciones aún en el caso del ejercicio de facultades discrecionales, dentro o en el marco del ordenamiento jurídico, extremo que importa la existencia de límites a su actividad, límites que tienen su justificación y sustento en el ‘interés público’.

2.- Administración y gobierno: concepto y diferencias.

Administración: concepto. Diversos criterios.

Afirman García de Enterría y Fernández³⁰ que la más simple y tradicional definición del Derecho Administrativo lo considera como el ‘derecho de la administración pública’ –o como lo dicen luego, ‘el derecho común de las administraciones públicas’,

²⁸ Díez, Manuel María, «Manual de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 25, Editorial Plus Ultra, 1977.

²⁹ Díez, op. cit., Tomo I, pág. 28.

³⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: «Curso de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 28, Civitas Ediciones, 2000.

realidad política radicalmente ajena a las administraciones privadas al menos desde el punto de vista jurídico, por más que desde la perspectiva de las técnicas de organización y de los métodos de trabajo ambas clases de administración puedan considerarse bajo un prisma unitario por la llamada Ciencia de la Administración. A su turno en Marienhoff³¹, el objeto del Derecho Administrativo es la Administración Pública en todas sus manifestaciones, sean estas externas o internas, vale decir, jurídicas o no jurídicas.

Dicho lo anterior aparece conveniente entonces hacer una somera referencia a las funciones del Estado en general, para luego establecer que cosa sea la Administración Pública para el Derecho Administrativo.

Los autores españoles referidos señalan³² que a partir de la Revolución francesa, momento en que la doctrina considera nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo XIX, la Administración pública se identifica con el Poder Ejecutivo en el marco constitucional de la división de los poderes. Esto cambia a partir de una aportación capital proveniente de Alemania: el reconocimiento del Estado como persona jurídica. Esta constatación elemental permite sostener y justificar la construcción jurídica del Derecho Público, pues al considerarse al Estado con personalidad jurídica y no a cada uno de sus tres poderes, estos «...pierden sustantividad propia y se convierten en simples expresiones orgánicas de aquel. La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerada entonces como una función del Estado-persona». El Estado ahora es una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales es precisamente administrar.

Debe recordarse que la actividad estatal se concreta en el ejercicio de ciertas funciones –principalmente legislación, justicia y administración–, y que los respectivos órganos que las ejercen detentan partes o secciones del poder del Estado. Consecuentemente, el poder del Estado es uno y sus funciones múltiples; no hay división del poder sino distribución de sus funciones entre distintos órganos especializados. En ese orden no debemos confundir poder, como atributo estatal, con potestades, que entre otros aspectos se identifican como prerrogativas inherentes a una función concreta (v.g.: la administración pública ejercita potestades reglamentarias, sancionadoras, directivas, consultivas, etc.; ellas son un reflejo cualificado del poder del Estado).

A su vez, cada uno de los principales órganos que describe la Constitución (legislativo, ejecutivo y judicial), además de sus propias funciones específicas ejercita otras de la misma naturaleza que aquellas que caracterizan a los demás; de modo por ejemplo, que la función administrativa no está circunscripta solo al Ejecutivo, aunque este la ejerza de una manera cuantitativamente más intensa, sino que es compartida con menor intensidad por los demás órganos (legislativo y judicial).

Lo expuesto expone que la «naturaleza» del acto no varía cualesquiera sean los órganos que lo produzcan o el procedimiento que se utilice para su sanción. Es por tal motivo que en la doctrina del derecho administrativo predomina la «concepción objetiva» de la Administración Pública, en cuyo mérito se dice que pertenece a la órbita del Derecho Administrativo la regulación de cualquier acto de la función administrativa, aunque no sea cumplido o emitido por el Poder Ejecutivo, o mejor aún con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto.

Etimológicamente, administrar proviene del vocablo latino ‘ad’ (a) y ‘ministrare’ (servir), de modo que en su cabal sentido importa ‘servir a otro’, y ello traduce la idea de acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de gestión de servicios, o actuación bajo formas jurídicas peculiares o actividad tendiente al logro de un fin.

³¹ Marienhoff, Miguel: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, (Abeledo Perrot, 1995).

³² García de Enterría..., op. cit., Tomo I pág. 28.

De las principales concepciones expuestas por la doctrina, por su sistematicidad, la de Marienhoff³³ se destaca como la más descriptiva:

- a) Administración como actividad equivalente a la de gobierno. Esta idea tiene un origen histórico: antaño, gobierno comprendía todas las actividades del Estado (legislación, justicia y administración); pero en el proceso evolutivo esas ramas se fueron separando: primero la Justicia; luego la Legislación con la formación del derecho constitucional y, finalmente, para toda actividad que no fuera justicia o legislación se introdujo el término administración.
Sin embargo, el «gobierno» de un país no está circunscripto a una de las mencionadas ramas especiales (legislación, justicia y administración), sino que comprende a las tres ramas simultáneamente. Resultaría incorrecto entonces asimilar el órgano ejecutivo a gobierno y por eso, en el actual proceso de la evolución del Estado, es impropio asimilar administración a gobierno.
- b) Administración como actividad subordinada a la de gobierno. Otto Mayer expresó que gobierno es la alta dirección, la impulsión que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y del interés general. Si Gobierno es dirección, administración es acción complementaria o como dice Esmein, subordinada.
Afirma el autor que desde luego administrar es una actividad subordinada a la actividad de gobierno, pero como el gobierno no está concretado exclusivamente en el órgano administrador la noción de administración no queda clara con decir que es una actividad subordinada a la de gobierno, ya que faltaría establecer las notas específicas de administración que las diferencien de las otras funciones del Estado.
- c) Administración como actividad total del Estado. Para Stein, la administración refiere a todo el Estado y a la totalidad de su actividad para el cumplimiento de sus fines. Constitución equivale a estructura y actividad funcional; administración supone actividad teleológica. La primera es voluntad la segunda es acción. Este criterio es objetado por Merkl, porque si la administración coincide con la actividad total del Estado esta teoría coincidiría con la «Teoría del Estado», y por otra parte bien se ha dicho que no es exacto que toda la actividad del Estado sea administrativa.
- d) Administración como actividad del Poder Ejecutivo. Santamaría de Paredes en España y Waline en Francia, han considerado a la administración como la actividad que realiza el Poder Ejecutivo. Esta concepción no es aceptable como ya fuera señalado; primero, porque considera a la administración desde el punto de vista orgánico y subjetivo y, segundo porque además cabe recordar que no solo administra el órgano ejecutivo, sino también el legislativo y el judicial.
- e) Administración como actividad estatal que tiene en miras el funcionamiento de los servicios públicos, criterio sostenido por Dugit. Marienhoff lo juzga carente de base en tanto los servicios públicos, en sentido estricto, no constituyen la única actividad de la administración. Fuera del servicio público hay un amplio margen para el desarrollo de la actividad administrativa.
- f) Existen otras concepciones expuestas por Dugit (administración de acuerdo con el contenido de los actos de la actividad del Estado), Merkl (administración como actividad de órganos ejecutivos dependientes), Villegas Basavilbaso (administración como actividad del Estado que debe ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley). Remitimos a la lectura del texto referido para ampliar sus contenidos.
- g) Para el autor se deben establecer las notas características de la actividad de la Administración, como así las diferencias y eventuales afinidades con la legislación y la justicia.

³³ Marienhoff, Miguel: op. cit. Tomo I.

Al respecto, siguiendo la obra de García de Enterría y Fernández, el intento de aislar una abstracta función estatal de administrar para edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho Administrativo como disciplina, ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y sutiles en esta ciencia. Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial) o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, entre otras expresiones igualmente ambiguas. Incluso el cansancio de tanto esfuerzo dialéctico se manifestó en la «sorprendente adopción final de fórmulas exclusivamente negativas: administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar...».

Se advierte entonces lo difícil que resulta coincidir en un concepto único de Administración; no obstante lo cual existe coincidencia en describirla como una actividad permanente, concreta, práctica e inmediata, y en la orientación de dicha actividad hacia la satisfacción del interés general. Sobre tales elementos es posible fijar como concepto el que ella es «La actividad permanente, concreta y practica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran, o del bien común».

Gobierno: noción conceptual

Antiguamente, la noción de gobierno difería de la actual; las funciones estatales no se hallaban divididas como hoy. La idea de gobierno comprendía la actividad total del Estado. Con la separación de las funciones del poder de legislación y justicia, la actividad ejecutiva quedó reducida a los actos de gobierno como categoría especial pero no exclusiva.

Dentro del Poder Ejecutivo, aunque sin producirse al respecto una división de órganos se operó una nueva división: la actividad administrativa se distinguió de la actividad gubernativa; vale decir, en el órgano ejecutivo, administración y gobierno aparecen como actividades distintas.

Sin embargo cabe remarcar que gobierno, como expresión final de poder, no sólo se constituye por el órgano ejecutivo sino también por los otros dos, pues en definitiva «gobierno es una integridad que se realiza a través de tres 'ramas', la ejecutiva, que incluye a la administrativa, la legislativa y la judicial»³⁴. Sobre tales bases hoy se entiende la expresión Gobierno como equivalente a 'conducción política', o «la alta dirección, la impulsión que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y del interés general» (Mayer).

La acción complementaria de gobierno y subordinada al mismo es la administración. Al respecto, algunos autores equipararon la sociedad política a una maquina: el gobierno sería el motor y los funcionarios de la administración los órganos de transmisión y las piezas de la máquina.

3. Los órganos del Estado

La República Argentina ha adoptado, de acuerdo a la Constitución Nacional, la forma representativa republicana federal (art. 1º). Siendo un Estado federal coexisten simultáneamente autoridades nacionales y locales, estas últimas representadas por provincias y municipios, lo cual expone distintos planos de organización administrativa³⁵.

En lo que refiere a la administración nacional, la actividad pertinente se concreta en el órgano Presidente, el órgano Jefe de Gabinete y los órganos Ministros, que tienen a su cargo las funciones que la Constitución Nacional atribuye por delegación de las Provincias. Concomitantemente, en el nivel provincial se advierte entre otros al órgano Gobernador y los órganos Ministros, además de la organización que adop-

³⁴ Rodolfo Carlos Barra, «Tratado de derecho administrativo», Tomo 1, pág. 227, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.

³⁵ Díez, Manuel María, op. cit., Tomo I, pág. 155.

tan los municipios en virtud de la amplitud de la autonomía que a su turno regulan las constituciones provinciales.

El Presidente es la figura central de nuestro régimen político administrativo. Es, según el art. 99 inc. 1 de la Constitución Nacional, «...jefe supremo de la Nación, jefe del Gobierno y responsable político de la administración general del país». Su actividad está sujeta a cierto control parlamentario. Sus atribuciones están descritas en la Constitución, pero esta misma habilita su expansión aunque acotadamente, al permitir la delegación legislativa (art. 76 CN) y autorizarle la emisión de decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN).

El órgano Jefe de Gabinete de Ministros fue introducido por la reforma constitucional de 1994. Conjuntamente con los ministros secretarios -art. 100 CN- «...tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del Presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia». La citada norma describe las competencias y responsabilidad ante el Congreso del jefe de gabinete. Su instalación respondió a la idea de que su mera existencia morigeraba la fuerza expansiva de la influencia presidencial en el poder. La realidad demostró lo acotado de la visión de los que pergeñaron su creación.

Los señalados y los funcionarios que de ellos dependen que integran la Administración Nacional tienen a su cargo el ejercicio de la función administrativa, en el marco de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

4. Funciones administrativas de los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y de entes públicos no estatales.

Función administrativa de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial y de entes no estatales. Clases de función administrativa

Según lo ya señalado, la función administrativa constituye entonces el objeto propio del Derecho Administrativo.

Dromi³⁶ advierte que la Administración pública, en un sentido subjetivo, equivale a aparato administrativo dentro del ámbito más general del aparato estatal, integrado también por los aparatos legislativo y judicial. De allí que se hable en ocasiones de un estado administrador frente a un estado legislador y a un estado juez. Con más propiedad, la administración pública en un sentido subjetivo está integrada por el conjunto de órganos que es «centro de función administrativa».

A su vez, la administración en sentido objetivo constituye una acción, un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin con total prescindencia de la índole del órgano, agente o autor del acto. Es la actividad concreta dirigida, mediante una acción positiva, a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la comunidad, a la integración de la actividad individual con miras al interés colectivo (en el sentido a que refiere el art. 75 incs. 18 y 19 de la Constitución Nacional).

Sentado lo expuesto, debe distinguirse la función administrativa que ejercen distintos órganos del poder del Estado:

- a) Función administrativa del órgano ejecutivo. Constituye la actividad por la que el Estado anima, dirige o actúa los mecanismos de su organización; es aquella actividad concreta y práctica, desplegada en el caso por el Poder Ejecutivo, para el inmediato cumplimiento de los objetivos estatales.

Se refleja, desde un punto de vista cuantitativo, en mayor medida en los dominios del Poder Ejecutivo porque por medio de él se realizan la mayor parte de los fines estatales. Sin embargo, los «otros poderes» -legislativo y judicial- también ejercen función administrativa, al igual que otros entes y órganos no estatales a los que se les ha atribuido competencias administrativas especiales.

³⁶ Dromi, José Roberto, «Manual de derecho administrativo», Tomo I, pag. 47, Astrea, 1992.

- b) Función administrativa del órgano legislativo. Por su complejidad y variedad se señalará, a modo meramente enunciativo, aquellas que aunque desde el punto de vista orgánico y procesal puedan caracterizarse como actos legislativos, se corresponden a actos de naturaleza administrativa:
- 1) Actividad de control interorgánico: es la actividad que realiza el Congreso con el fin de controlar al órgano Ejecutivo (investigaciones, pedidos de venias, informes, autorizaciones, declaraciones, interpelaciones a ministros, entre otras).
 - 2) Juicio político: es la actividad administrativa que pone fin a la relación de empleo público que mantienen ciertos funcionarios en virtud de un proceso constitucional (presidente, jueces de la Corte Suprema, funcionarios del Ministerio Público). Su ejercicio no constituye estrictamente función jurisdiccional aunque desde el punto de vista procesal deba garantizarse el debido proceso. Los procesos de remoción de los funcionarios políticos (jueces inferiores, miembros del Congreso, auditoría general, defensor del pueblo) se asimilan al mismo concepto.
 - 3) Actos de organización: es la actividad que realiza el órgano legislativo respecto de su propia organización interna o relativos al personal administrativo que de él depende; como tales, están sujetos al régimen jurídico administrativo (Ej.: organización y funcionamiento de bibliotecas, imprentas, mesa de entradas, archivos, policía interna, servicio de confitería, nombramiento y remoción de los empleados, cuerpo de taquígrafos, etc.).
 - 4) Leyes de contenido particular o singular: también poseen naturaleza administrativa –al decir de Dromi y otros autores- ciertos actos que al emitirse para una situación concreta y limitada, y no obstante reconocérselos en su aspecto formal como leyes, carecen de la naturaleza general y abstracta que define a estas últimas (Vg. leyes que autorizan a la administración central a enajenar o gravar sus bienes; las que establecen pensiones extraordinarias; las que autorizan determinadas transacciones; las que reglamentan el funcionamiento de ciertas comisiones bicamerales; las de expropiación; las relativas a una obra pública determinada, etc.).
- La legislación administrativa admite entonces el ejercicio de actividad administrativa por el órgano legislativo, regulando asimismo su impugnabilidad judicial.
- c) Función administrativa del órgano judicial. Para distinguirla resulta ilustrativo, al igual que el caso del legislativo, referir a casos concretos:
- 1) Actos de organización: con el órgano judicial ocurre lo mismo que con el legislativo en cuanto tiene facultades de nombrar y remover sus empleados, alquilar o adquirir locales, comprar libros, editar sus fallos, adquirir elementos de trabajo, nombrar y sancionar a su personal, fijar los reglamentos para las mesas de entradas o las formas de registración de la documentación y archivos, entre muchos otros.
- También la legislación regula la impugnabilidad judicial de los actos administrativos que como los de la naturaleza señalada, son emitidos por el Poder Judicial.
- 2) Jurisdicción voluntaria: es la actividad no jurisdiccional cumplida por el Poder Judicial, es decir la que no tiene naturaleza contenciosa o sustancia controversial. Constituye típicamente una actividad administrativa, aunque por la clase de relaciones jurídicas en que incide se trata de actividad judicial en un cometido estrictamente administrativo. Las materias que comprende varían según las legislaciones locales pues actos que para ciertas normas constituyen jurisdicción voluntaria, para otras pueden ser de orden notarial o directamente administrativa.
- El régimen legal argentino entre otros casos y según la regulación local, comprende la intervención del Estado en: i) la formación de los sujetos jurídicos y reconocimiento de las personas jurídicas (art. 45 C. Civil); ii) la integración de la

capacidad jurídica (vg. nombramiento de tutor o curador; venia para la enajenación de bienes de menores e incapaces); iii) el cambio de estado civil de las personas; iv) en la materia mercantil la instrucción registral obligatoria (registro de la propiedad, registro público de comercio); v) certificación de ciertos actos (vg. rectificación de partidas, homologación de convenios); vi) la autorización y registro de la actividad minera, entre muchas otras.

- d) Función administrativa de entes no estatales. Las personas públicas pueden ser no estatales, es decir no pertenecer orgánicamente al Estado ni integrar la administración pública, aunque puedan ejercer por expresa atribución legal una determinada función administrativa. Estas entidades tienen personalidad jurídica propia reconocida o concedida por el Estado, y en todo o en parte están reguladas por normas de derecho público. Ejemplo típico de esa clase de instituciones lo constituye la Iglesia Católica (con personalidad jurídica reconocida en el Código Civil – art. 33) o los colegios o consejos profesionales (contadores, abogados, médicos, etc.), a los que se les atribuye el gobierno de la matrícula de los profesionales universitarios.

Recapitulando, la actividad administrativa que realizan los poderes del estado incluida la de los poderes legislativo y judicial, se rige en un todo por el régimen jurídico propio de la función administrativa, no correspondiendo en principio y salvo legislación expresa en contrario, aplicar el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, aunque sean esos órganos del poder los que la ejercen.

5. Clases de función administrativa

Como lo señala Marienhoff³⁷, no toda la actividad administrativa es de igual naturaleza ni se expresa o traduce de la misma forma. Estas diferencias dan origen a distintas clases de administración que es posible distinguir en mérito a la naturaleza de la función ejercida, la modalidad que se adopta para su expresión o en relación a la estructura de los órganos que las ejercen. Igualmente, Dromi³⁸, lo mismo que Manuel María Diez³⁹, clasifican la actividad administrativa en cuanto a sus específicas funciones o materia, a su estructura u organización, al campo de acción en el que se desenvuelve, a sus efectos jurídicos y a la regulación normativa.

Las distinciones que se operan resultan de gran utilidad para el estudio, pues constituyen un aporte didáctico y sistematizado que tiende a integrar diferentes conceptos. En la realidad los órganos administrativos ejercen muchas veces diferentes funciones sin que al efecto haya una separación orgánica (v.g.: los órganos consultivos no siempre lo son pues a veces también deciden y controlan; igualmente ocurre con los órganos de control que a veces actúan como órganos consultivos y también deciden).

Se proponen al respecto distintas clasificaciones:

- a) Por la materia o naturaleza de la actividad: esta puede ser activa, consultiva o de control.
- 1) Activa: es aquella actividad decisoria, resolutoria, ejecutiva, directiva u operativa de la administración, también llamada función administrativa propiamente dicha. Ejemplo: el dictado de un reglamento, el nombramiento de un agente público, el barrido y limpieza de una calle, la dirección del tránsito, entre otras. Esta actividad se caracteriza por ser permanente y continua; se ejerce en todo momento.

³⁷ Marienhoff, -op. cit., Tomo I, pág. 85.

³⁸ Dromi, op. cit., Tomo 1, pág. 54.

³⁹ Diez, Manuel María: «Derecho Administrativo», Tomo I, Bibliográfica Ameba, 1963, con cita de M. A. Sandulli, «Manuale di Diritto Administrativo», Nápoles, 1954.

- 2) Consultiva: es la actividad que realizan ciertos órganos competentes que por medio de dictámenes, informes, opiniones y pareceres técnico-jurídicos, asesoran a los órganos que ejercen la función administrativa activa o decisoria, facilitándoles elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa.
- 3) De Control: la actividad administrativa es siempre actividad jurídica, por lo que se realiza según el orden normativo respetando los principios de justicia, equidad y moralidad. El control tiene siempre por objeto verificar la legalidad de la actividad administrativa, es decir controla la legitimidad, mérito u oportunidad de los actos emanados de los órganos administrativos.

Existen además otros dos tipos de control: el control parlamentario o legislativo y el jurisdiccional o judicial, pero la función administrativa de control es «control en la administración», o sea estrictamente control administrativo. A esta función fiscalizadora se la clasifica de varias formas, refiriendo los autores al control de legitimidad o control de oportunidad; al control preventivo, sucesivo y sustitutivo; al control externo e interno; al control jerárquico; al control administrativo o de tutela; al control popular y al control constitucional.

b) Por la organización: en razón de la organización la función administrativa puede ser: centralizada, desconcentrada, descentralizada.

- 1) Centralizada: las facultades de decisión están reunidas en órganos superiores de la administración (ejemplo: ministerios, secretarías y subsecretarías de estado).
- 2) Desconcentrada: la ley confiere en forma regular y permanente ciertas atribuciones a órganos inferiores dentro de la misma organización administrativa. El órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio (ejemplo: policía, ejército, servicio penitenciario, administración de ingresos públicos, AFIP, direcciones de rentas, direcciones de inmuebles, registro civil, entre muchas). En general tienen conferida una función técnica específica que conviene concentrar en una sola dependencia y no dispersarla entre varias.
- 3) Descentralizada: el ordenamiento jurídico confiere atribuciones administrativas o competencias públicas en forma regular y permanente, a entidades dotadas de personalidad jurídica y de patrimonio propios. Estas actuarán en nombre propio y por cuenta propia, bajo el control del Poder Ejecutivo (la Constitución de la Provincia de Salta exige que su creación lo sea por ley de la Legislatura – art. 127 inc. 4-; en el ámbito nacional, aunque alguna doctrina lo controvierte, el art. 75 inc. 30 otorga igual atribución al Congreso).

c) Por los efectos: en razón de los efectos jurídicos la función administrativa puede ser interna o externa.

- 1) Interna: se caracteriza porque no produce efectos jurídicos inmediatos respecto de los administrados; su finalidad es lograr el mejor funcionamiento del ente de que se trata. Particular relevancia tienen en ella las instrucciones o circulares, pues constituyen verdaderas normas jurídicas y su incumplimiento puede producir responsabilidad disciplinaria y civil, por aplicación del art. 1112 del Código Civil.
 - 2) Externa: produce efectos jurídicos inmediatos respecto de los administrados y estos están obligados a cumplirlos.
- d) Por la estructura orgánica: esta puede ser burocrática o colegiada.
- 1) Burocrática: cuando quién ejerce la función es un órgano institución integrado centralizadamente. El principio regulador de la organización burocrática es la jerarquía.
 - 2) Colegiada: quien ejerce estas funciones es un órgano institución integrado por más de una persona física. Su funcionamiento debe respetar el *quórum* mínimo y apegarse al principio de decisión por mayorías y minorías de las personas que constituyen el colegio.

- e) Por la regulación normativa: puede ser reglada y discrecional.
- 1) **Reglada**: es cuando una norma jurídica predetermina expresamente o de forma razonablemente implícita, la conducta que el órgano administrativo debe observar. En este caso el órgano no puede emplear su propio criterio acerca de lo que es más conveniente o mejor, pues las normas establecen con cierta precisión lo que deben o no hacer los órganos administrativos (un ejemplo lo brinda el derecho jubilatorio, cuyas normas exponen minuciosamente cuales son los beneficios que corresponden a los afiliados, según cada situación; o las normas que regulan la actividad de las aseguradoras de riesgos del trabajo –ART–; o las normas que regulan la actividad aseguradora o bancaria, entre otras)
 - 2) **Discrecional**: cuando el órgano puede decidir, aplicando el funcionario –órgano persona– un criterio propio (algunos autores refieren a ello como «su leal saber y entender»), si debe actuar o no y, en caso afirmativo, que medidas debe adoptar. La discrecionalidad es una libertad más o menos limitada de apreciación del interés público, a fin de valorar la oportunidad de la acción y de su contenido.

6. Formas de la actividad administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato

El estudio del acto administrativo es uno de los capítulos fundamentales del derecho administrativo. Ello lleva no tanto a la búsqueda de una definición sino al estudio del fenómeno administrativo, intentando una descripción que clasifique, sistematice y explique adecuadamente al acto administrativo.

Las nociones de acto, reglamento y contrato cumplen una función meramente metodológica y sistematizadora, estando desprovistas de caracteres dogmáticos que exijan arribar a una única definición. En los hechos existen tantas como autores escriben sobre el tema.

La Administración, en el contexto de su funcionamiento, realiza actividad jurídica y no jurídica; es decir actividad que produce o no efectos jurídicos directos en los administrados. Ella se expresa a través de actos y hechos. Por *actos* entendemos las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; por *hechos* las actuaciones o comportamientos materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa.

Si bien los hechos administrativos responden generalmente a la ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento, realizan o ejecutan la decisión que el acto contiene), ello no necesariamente es así pudiendo presentarse actos que no son ejecutados o hechos realizados sin que exista una decisión previa formal que los impulse. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil en la práctica por cuanto el hecho es también, en alguna medida, la exteriorización de la voluntad administrativa.

Puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los administrados a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (Vg.: el gesto del agente de tránsito o las señales que guían el tránsito); el hecho en cambio carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación o actividad física o material.

Aunque subjetivamente pueda existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho (Vg.: colocar una barrera o retirarla), solo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su directa ejecución. De ello se colige que el acto administrativo es una declaración que se expresa independientemente de que se ejecute o no. Si lo que hay es exteriorización de una decisión a través de la ejecución misma, no estamos ante un acto sino ante un hecho administrativo. La ejecución material de una decisión administrativa formal, en todos los casos, es un hecho.

El acto entonces nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (Vg.: ordenar la detención de una persona es un acto; aprobar la detención de una persona hecha por un agente es un acto; pero la detención en sí es siempre un hecho).

Los hechos a su vez comportan un evento del que en algunas circunstancias derivan efectos jurídicos, es decir pueden ser causa eficiente del nacimiento, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones⁴⁰. Pero también existen hechos irrelevantes para el derecho, de los que no nacen efectos jurídicos. Si el acontecimiento se produce según leyes de la naturaleza tenemos un hecho natural (la lluvia); pero cuando el acontecimiento consiste en la conducta de cierta persona, sea una acción o una abstención dependiente o no de su voluntad, tendremos un hecho humano que también podrá ser voluntario. Es un hecho natural la destrucción por una tormenta de cosas materiales o la muerte de una persona física. Es un hecho humano el comportamiento del agente de detener a una persona, el de remover estructuras privadas de una propiedad del Estado.

Velez Sarsfield lo define en el art. 896 CCivil como todo «acontecimiento» que produce los efectos antes apuntados, el cual puede asumir carácter humano o provenir de la naturaleza.

Los hechos administrativos según lo señala Diez⁴¹, se vinculan a comportamientos materiales de la Administración Pública, la que no agota su actividad en la formulación de actos administrativos sino que actúa también para hacerlos cumplir. Así, la demolición de un edificio ordenada por el municipio, porque amenaza ruina o insalubridad, constituye un hecho administrativo. Hay supuestos en que la administración actúa sin acto previo que lo ordena: es el caso de los bomberos que destruyen una vivienda contigua a un incendio para evitar que este se propague.

Es posible que la administración se comporte también ilícitamente como por ejemplo cuando ocupa una vivienda particular arbitrariamente: ello constituye lo que se denomina en doctrina 'vías de hecho'. Las vías de hecho constituyen comportamientos irregulares de la administración. En general, los ordenamientos administrativos prohíben las vías de hecho.

Lo antes indicado revela que es posible realizar una división cuatripartita de la actividad administrativa: existen actos jurídicos y no jurídicos de la administración, como también hechos jurídicos y no jurídicos realizados por esta. Habrá entonces actividad de la Administración con o sin consecuencias jurídicas.

Ahora bien, de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos, existe una diferencia de régimen entre los que se realizan de común acuerdo con la administración y otro sujeto de derecho para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que ella realiza por su cuenta y sola voluntad. Los primeros reciben la denominación de contratos administrativos y tienen un régimen propio y diferenciado. Algunos autores ubican a los contratos como actos administrativos de efectos bilaterales, por oposición al acto administrativo que es unilateral.

En orden al concepto de acto administrativo, debe advertirse que no obstante su naturaleza de acto unilateral hay una sensible diferencia entre aquellos que producen efectos jurídicos individuales y los que tienen efectos jurídicos generales. Estos últimos, denominados reglamentos, son dictados para una serie indeterminada de casos, siendo que los actos administrativos son solo emitidos para casos concretos y determinados. Los reglamentos constituyen tipos de actos con denominación propia y régimen específico, diferenciado de los actos administrativos.

Los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, y son emitidos unilateralmente en ejercicio de la función administrativa por el órgano administrador que corresponda.

⁴⁰ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 43.

⁴¹ Diez, op. cit., Tomo I, pag. 170.

Sintetizando, podríamos decir que acto administrativo es una declaración formal por la administración que produce efectos jurídicos individuales o particulares; hecho es el comportamiento material de la administración, una acción física; el contrato, en tanto acto administrativo bilateral es tal cuando las partes (una es el Estado) se ponen de acuerdo para reglar derechos y deberes comunes; y el reglamento constituye una declaración unilateral de la administración que produce efectos generales.

7. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.

Concepto y contenidos

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina, en forma concreta, una conducta determinada que el administrador o funcionario debe seguir; es decir cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. En cambio, las facultades de ese órgano serán discrecionales cuando el orden jurídico le habilita cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una cosa u otra o hacerla de una u otra manera.

Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público o el bienestar general, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia entre facultades regladas y discrecionales de la Administración. En un caso es la ley (constitución, ley, reglamento) y en otro es el órgano actuante el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En un caso la ley o reglamento se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma que es lo conveniente al interés público: en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta –la del órgano o funcionario- debe ajustarse a una regla de derecho y no tiene libertad de elegir entre más de una decisión. Manuel María Diez⁴² dice entonces que en este supuesto la actividad administrativa está reglada porque el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho, él tenga que tomar tal o cual decisión; no hay elección posible.

En el otro caso la ley permite al administrador que sea él quién aprecie la oportunidad o conveniencia del acto conveniente a los intereses públicos; la norma no señala previamente cual es la situación ante la que se emitirá el acto o cual es el tipo de acto que deberá emitirse ante una situación concreta. El órgano administrativo tiene elección sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto administrativo, o el tipo de acto que emitirá ante un hecho determinado.

La predeterminación de la conducta administrativa a través de normas jurídicas, es decir el supuesto del acto reglado, puede darse de distintas maneras:

- a) Regulación directa: es el caso de la ley que contempla, en forma expresa o 'razonablemente implícita', las competencias de los órganos administrativos para poder actuar; generalmente también la forma y el procedimiento que deben adoptar en sus declaraciones o manifestaciones de voluntad (Ej.: la ley de procedimientos administrativos dice que el acto debe dictarse por autoridad competente, debe ser escrito y expreso además de motivado, expresando las razones concretas que llevan su dictado). En todos los casos la autoridad administrativa debe sujetarse al cumplimiento de la norma, pues el acto dictado en infracción a ella será nulo y aparejará sanciones para el funcionario (ejemplos de acto reglado están en las normas de contabilidad, en los procedimientos de compras, en el régimen de obras públicas, en los estatutos del personal administrativo, entre otros regímenes legales).

⁴² Diez, op. cit. Pág. 31.

- b) Regulación indirecta: en un gran número de situaciones la ley no regula la forma en que la administración debe actuar ante los particulares, sino meramente las condiciones bajo las cuales los administrados no pueden ser molestados por la Administración. Es decir que por una disposición prohibitiva o negatoria se le dice a la administración que no puede hacer tal o cual cosa, porque ello afecta a los particulares. Es la forma en que la ley reconoce a los individuos un derecho a que la Administración no interfiera en sus actividades (Ej.: en la obra pública efectuada por concesión a un particular, la administración no puede impedir su continuidad o no podría dañar o incautarse el inmueble o la obra).
- c) Regulación residual: cuando falta la regulación directa o indirecta (o inversa) tampoco ingresamos por ello en la discrecionalidad, pues el orden jurídico prevé la solución ante el caso de colisión entre derechos subjetivos negativos de la Administración y los administrados (Ej.: el art. 28 de la Constitución Nacional dice que los principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio). La Administración no podría en su actuación afectar un derecho subjetivo del particular.
- d) Regulación técnica: la discrecionalidad que las normas jurídicas otorgan al legislador no lo habilitan actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando estas sean claras y uniformes. Cabe distinguir aquí entre reglas técnicas y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En un caso la Administración no podrá desconocer las reglas técnicas aceptadas y uniformes, pues de lo contrario actuaría erróneamente. En el segundo aspecto, habiendo discrepancias entre criterios técnicos, el administrador tendrá libertad amplia de elegir la conducta a seguir entre las vías admitidas posibles, a condición de que fundamente su decisión. Si una actividad tiene base científica y por ello cierta, objetiva, universal y sujeta a reglas uniformes, la administración está constreñida a admitirla; adoptar un criterio contrario aparejaría la invalidez de la decisión. En cambio si se está ante criterios técnicos contrapuestos igualmente aceptados, la administración podrá optar de entre los existentes, el que resulte más conveniente a criterio del funcionario competente.

Esta disquisición entre actos reglados y discrecionales viene desde antiguo. Cuando el derecho administrativo estaba en sus orígenes, la ausencia de regulación normativa hacía que todos los actos estatales parecieran fruto de la discrecionalidad, o casi todos; a la inversa, hoy se ha reducido ese margen y las normas tienden mayormente a orientar la conducta esperada, habilitando espacios parciales para la discrecionalidad.

En la realidad concreta nunca las atribuciones de un órgano podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica prever hasta el último detalle de lo que un órgano va a hacer; siempre quedará un resquicio no normado que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario, igualmente ocurre a la inversa, ya que jamás existirá una norma autoritativa que habilite al funcionario a hacer cualquier cosa sin limitación: siempre habrá alguna norma o principio jurídico que deba respetarse y que determine de antemano ciertas conductas o el respeto de ciertos valores y principios. La administración dispone, en cada caso, de un cierto margen de apreciación, aunque esté siempre apegada más o menos a ciertas reglas legales.

Lo expuesto tiene consecuencias prácticas inmediatas: por ejemplo el juez revisará en forma diferente la legitimidad de un acto reglado respecto de otro discrecional; o la parte reglada del acto respecto de su parte discrecional. En este último caso analizará solamente su 'legitimidad' pero no su 'oportunidad' y objeto concreto.

Ahora bien, en purismo de lenguaje no cabe hablar de actos reglados o discrecionales sino, en todo caso, de actos dictados en ejercicio de facultades regladas o discrecionales.

Límites. Revisión judicial

La circunstancia de que un acto administrativo sea dictado en ejercicio de facultades discrecionales no lo excluye del control judicial.

En verdad la total irrevisibilidad de la actividad administrativa discrecional no es absoluta, dado que existen ciertos límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, siendo que el juez, en cada caso en particular, determinará si esos límites fueron violados y solo en ese supuesto descalificará el acto. Desde ya esta circunstancia no habilita a sustituir su criterio por el de la administración, pues en tal caso vulneraría la división de poderes. Ello es así dado que no hay nada en la actividad administrativa que pueda estar fuera del orden jurídico, y de dicho precepto derivan una serie de principios jurídicos que constituyen una frontera o límite a la discrecionalidad administrativa. Estos límites no son precisos sino más bien anfibológicos (ambiguos) y requieren ser investigados en cada caso concreto. Ellos son: la razonabilidad, la desviación de poder y la buena fe.

- Razonabilidad: la decisión discrecional del funcionario resultará ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta o expresa, si es irrazonable, lo cual puede ocurrir cuando: a) no dé los fundamentos de los hechos o el derecho que sustenta su decisión; b) no tenga en cuenta o prescinda expresamente de los hechos acreditados en el expediente, públicos y notorios, o se funde en hechos o pruebas inexistentes; c) no haya proporción adecuada entre los medios que el acto emplea y el fin que se quiere lograr; es decir que sea dispuesta una medida o adoptada una decisión desproporcionada o excesiva en relación al objeto o fin que se quiere alcanzar.

Estos principios están contenidos en las leyes de procedimiento administrativo (Nos. 19.549 nacional, y 5.348 provincial) cuando exigen que los actos sean motivados (motivos o razones de hecho o derecho). No solo el acto debe ser motivado, sino que debe apoyarse en los hechos y derecho que le dan sustento; es decir los hechos y el derecho deben ser válidos y guardar congruencia con lo decidido y además ser verdaderos o existentes y no falsos.

- Desviación de poder: la decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con desviación de poder o sea: a) por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo); o, b) con un fin administrativo pero no el querido por la ley, o teniendo en vista una finalidad específica que no sea la que el acto expone o exige.

La desviación de poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa de directa base constitucional y racional. El funcionario debe cumplir con la ley según su finalidad y no desviándola de la misma. Indudablemente existe una dificultad probatoria en este caso, ya que las intenciones subjetivas del funcionario no son fácilmente advertibles. De hecho, pocas veces es posible demostrar el supuesto bajo análisis (Ej.: un funcionario decide realizar un camino que resulta objetivamente necesario en una zona geográfica determinada, pero lo traza de tal manera que apunte a valorizar una propiedad suya o de alguien a quién quiere favorecer; priorizar una ejecución por deudas tributarias a una persona, para obligarla a vender su empresa y que la adquiera otra persona interesada a quién se quiere favorecer).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴³ expresó que «Debe admitirse el 'desvío de poder' como causal de invalidez de los actos de los poderes públicos, entendida dicha causal como el ejercicio de facultades estatales con un objeto distinto al previsto por el legislador».

- Buena fe: igual sucederá cuando el órgano persona se desempeña en el ejercicio de una potestad pública, utilizando artilugios y artimañas para llevar a engaño o error a un administrado sea por venganza o por mero ejercicio de poder: tal tipo de conducta es incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa.

⁴³ La Ley, 1993-C, 196.

8.- Derecho Administrativo: definición, objeto y evolución histórica

En este tema cabe remitir a lo expuesto en Punto 1 del Capítulo II.

Bibliografía sugerida

- 1) Barra, Rodolfo Carlos: «Tratado de derecho administrativo», Tomo 1, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- 2) Cassagne, Juan Carlos: «Derecho Administrativo», Tomo I, Abeledo Perrot.
- 3) Diez, Manuel María: «Derecho Administrativo», Tomo I, Bibliográfica Ameba - 1963.
- 4) Diez, Manuel María: «Manual de derecho administrativo», Tomo I, Plus Ultra – 1977.
- 5) Dromi, José Roberto, «Derecho Administrativo», Tomo I, Astrea, 1992.
- 6) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: «Curso de Derecho Administrativo», Tomo I, Civitas, 2000.
- 7) Gordillo, Agustín: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1, Parte General Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- 8) Marienhoff, Miguel: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, Abeledo Perrot, 1995.

CAPÍTULO IV: Fuentes del Derecho Administrativo

Carrera de Licenciatura en Administración
Programa de Derecho III. Módulo I - Tema II:
 Fuentes del Derecho Administrativo: noción y clasificación. Fuentes en particular (constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, analogía, principios generales del derecho): noción y precedencia.

Carrera de Contador Público Nacional
Programa de Derecho Público. Módulo II - Tema III
 Fuentes del Derecho Administrativo: noción y clasificación. Fuentes en particular (constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, analogía, principios generales del derecho): noción y precedencia.

1.- Fuentes del Derecho Administrativo: Noción y clasificación.

Noción de Fuente

Barra⁴⁴ señala que el análisis de esta cuestión no tendría porque recibir en el derecho administrativo un tratamiento diferenciado o especial del que corresponde con relación a cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, con lo cual bastaría remitir en este punto a la teoría general del derecho; sin embargo luego razona que en realidad, ninguna construcción jurídico doctrinaria puede prescindir de encontrar sus propias bases en una determinada visión acerca de las fuentes, ya que muchas de las soluciones que luego se darán en cada cuestión concreta dependerán de aquellos fundamentos y de su correcta interpretación.

Recuerda Marienhoff⁴⁵ que, etimológicamente, la palabra fuente (del latín *fons, fontis*), en la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española, refiere al «manantial de agua que brota de la tierra» y luego, figurativamente, al «principio, fundamento u origen de una cosa». Es esta última acepción la que interesa, pues se vincula al análisis científico que cabe realizar para determinar el origen de donde proviene lo que hoy llamamos derecho administrativo.

Es así que afirma que en materia de «fuentes» todas las ramas del derecho tienen un fondo común: la Constitución, la ley, la doctrina científica, etc. Las fuentes de todas ellas son por principio las fuentes generales del derecho, aunque cada rama tiene a su vez ciertas fuentes que son, por su importancia, específicas. Lo mismo ocurre en el Derecho Administrativo, en donde además de las fuentes generales aparecen otras que cuantitativamente resultan las más importantes: los reglamentos administrativos y los actos y contratos administrativos.

Clasificación de las Fuentes

Sobre las fuentes la doctrina ha esbozado distintas concepciones con los «más variados y extraños criterios»⁴⁶. Ellas se clasifican según la importancia que tienen unas respecto de las otras lo que determina, a su vez, su jerarquía, existiendo fuentes originarias y otras que son derivadas de las primeras⁴⁷.

Desde tal punto de vista, Gustavo Revidatti⁴⁸ expresa que previo a analizar el concepto de fuentes del derecho administrativo es necesario discernir a cuales fuen-

⁴⁴ Barra, Rodolfo Carlos: «Tratado de derecho administrativo», Tomo 1, pág. 291, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.

⁴⁵ Marienhoff, Miguel: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, Abeledo Perrot, 1995.

⁴⁶ Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 196.

⁴⁷ Fiorini, Bartolomé A., «Derecho Administrativo», Tomo I, 2da. Edición Abeledo Perrot, 1976.

⁴⁸ Revidatti, Gustavo: «Derecho Administrativo», Tomo I.

tes cabe referir. Al respecto es posible aludir a fuente como origen de las cosas, es decir la que dá lugar a un determinado régimen jurídico; también como origen histórico-social, lo cual se vincula al devenir histórico las instituciones jurídicas concretas, y por último está el punto de vista estrictamente jurídico, es decir la determinación del modo en que surgen los derechos y obligaciones jurídicas.

Es en este último sentido en que cabe utilizar la palabra fuente; pues debe tenerse en cuenta, cuando aquí se ingresa al campo de las fuentes, que se lo hace en el marco del estudio del derecho administrativo. Es por ello que las fuentes de esta disciplina serán todas las normas y principios que integran dicho régimen jurídico administrativo; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos y que forman parte del orden jurídico positivo.

En general, los autores del derecho clasifican a las fuentes en formales y o materiales; siendo las *formales* los hechos sociales imperativos emanados de autoridades (derecho positivo) tales como la constitución, la ley, los reglamentos. Las fuentes *materiales*, también denominadas científicas, atienden a reglas que surgen de la propia naturaleza de las cosas y que son investigadas por los estudiosos del derecho (la doctrina, la jurisprudencia, la analogía, los principios generales del derecho, la costumbre, la buena fe).

Para Marienhoff⁴⁹ la clasificación más aceptada por su sencillez es la que distingue entre fuentes directas o indirectas, inmediatas o mediatas, según cual sea la manera como influyan en el ordenamiento positivo. Son *directas* la ley, el reglamento y las costumbres; es *indirecta* la jurisprudencia, o la doctrina, en cuanto juegan como simple antecedente para la resolución de los casos propuestos. Las fuentes directas, que nacen de normas jurídicas positivas, pueden ser a la vez *inmediatas* (constitución, ley, reglamentos) o *mediatas* o subsidiarias (la analogía, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, etc.).

Jerarquía de las fuentes

El sistema jurídico está constituido por una serie de grados, lo que determina, entre las normas jurídicas, la existencia de una verdadera jerarquía o sistema de prelación entre las diversas fuentes del derecho⁵⁰.

El concepto de jerarquía necesariamente lleva a la idea de que debe configurarse un orden de aplicabilidad de las normas jurídicas a cada caso concreto, y también a los criterios para solucionar las contradicciones que pueden surgir de la vigencia de normas distintas y aplicables a un único o mismo caso. En estos supuestos se debe determinar cual es el orden de preferencia que indica el régimen jurídico, o en otras palabras cual es el mayor o menor valor jurídico y legal que es posible asignar a determinada norma en confrontación con las demás. Desde ya ello no puede ser el resultado del obrar libre del funcionario, cuestión que podría motivar las más variadas arbitrariedades e injusticias.

En el contexto de las fuentes directas -o formales- la primer norma en el ordenamiento jurídico administrativo interno de nuestro país es la Constitución Nacional, siendo que entre las fuentes mediatas la jerarquía es determinada por el art. 16 del Código Civil⁵¹. Según el orden de prelación contenido en la Constitución Nacional reformada en 1994, cabe señalar la siguiente jerarquía normativa en el derecho administrativo:

- 1) La Constitución Nacional, por imperativo de su art. 31.
- 2) Los Tratados con otras naciones y organizaciones internacionales, y los concordatos con la Santa Sede, a que refiere el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁴⁹ Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 197.

⁵⁰ Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 198.

⁵¹ Art. 16 Código Civil: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

- 3) Las Leyes de la Nación.
- 4) Los Reglamentos administrativos.

En el orden local se reconoce la misma prelación normativa en virtud de los arts. 3, 4 y 86 de la Constitución de Salta.

Gordillo⁵² menciona que a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, el reconocimiento de que los tratados internacionales son fuente de derecho plantea el que sus cláusulas podrán, en ciertos casos, proyectarse por encima incluso de la cúspide constitucional. Ello es así pues muchos de estos tratados, especialmente los vinculados a los derechos humanos, determinan la creación e instalación de tribunales supranacionales que el país está obligado a reconocer y cuyas decisiones son de obligatorio cumplimiento, siendo que estos órganos no se rigen por el derecho interno de cada país sino por las cláusulas mismas de los tratados que los constituyen⁵³.

En el ámbito específicamente administrativo debe recordarse que es aplicable la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fuera aprobada en nuestro país por ley 24.759 y que exige, entre otras cosas, la «publicidad, equidad y eficacia» de las contrataciones públicas.

Para el autor citado caracterizar hoy al derecho administrativo exclusivamente como «derecho interno» del Estado nacional o provincial constituye un error que la misma legislación vigente desmiente, pues la circunstancia de admitir la proyección en nuestro país del derecho supranacional elimina obviamente, el dogma del poder interno como poder incondicionado e ilimitado. El precio de ser parte de una comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano interno.

Lo afirmado ha sido convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien en un caso de naturaleza penal pero extensible en lo que hace a la reconocida prioridad que tienen los tratados sobre derechos humanos, que reconoce que la progresiva evolución del derecho internacional en cuanto a estos derechos con el rango establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, ya no autoriza al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad o a la investigación de hechos que importaron su flagrante violación⁵⁴. Esta posición, que algunos autores denominan de la «servidumbre del derecho interno al derecho internacional»⁵⁵, determina asimismo que en materia de derechos humanos los tratados pueden estar por encima del límite jurídico que fija el art. 27 de la Constitución Nacional⁵⁶.

2.- Fuentes en particular (constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, analogía, principios generales del derecho): noción y precedencia.

La Constitución. Importancia y supremacía.

La más importante de las fuentes en nuestro derecho escrito es la Constitución que tiene por lo que se viene afirmando, una importancia extraordinaria en el Derecho Administrativo. La Constitución es el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico aún con el acotamiento antes referido del derecho Internacional, y por ello es denominada ley de leyes. Toda norma jurídica debe concordar en forma inmediata o mediata con la Constitución.

⁵² Gordillo, Agustín: «Fuentes supranacionales del Derecho Administrativo», en «Derecho Administrativo», obra colectiva en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, 1998.

⁵³ Así lo reconoció, por ejemplo, la CSJN, en causa fallada el 7 de abril de 1995 - caso «Giroldi».

⁵⁴ CSJN, fallo del 14 de junio de 2005.

⁵⁵ Asdrúbal Aguiar Aranguren (ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Córdoba, 16 a 18 de octubre de 2005).

⁵⁶ Art. 27 CN: «El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución».

Al estudiar el derecho administrativo la estructura de uno de los órganos jurídicos del Estado (la Administración) y el ejercicio de la función administrativa, fácil es advertir la importancia del derecho constitucional como fuente directa del Derecho administrativo. Esto es así por cuanto los lineamientos generales del sistema jurídico están allí insertos y por lo tanto debe recurrirse a ella tanto para establecer las leyes que se deban dictar o el contenido que deban tener, como para determinar, una vez que fueron sancionadas, si guardan o no armonía con el ordenamiento superior: es decir, si son o no constitucionales.

De modo pues que toda norma se ajustará estrictamente a lo que la Constitución manda o a lo que ella permite; caso contrario habrá de disponerse la preterición (omitir su cumplimiento) de las leyes que no guardan congruencia con ella. El control de constitucionalidad en nuestro sistema jurídico pertenece al Poder Judicial.

Para entender de alguna manera de qué forma reviste importancia concreta la Constitución en el derecho administrativo es conveniente realizar una retrospectiva histórica. Desde este punto de vista y sin perjuicio de las clasificaciones sobre los diversos tipos de constituciones que los autores han expuesto, interesan fundamentalmente dos: la Constitución del estado liberal-burgués y la más moderna, del estado social de derecho.

Esta última es producto de los cambios en las expectativas sociales originados en ciertos hechos históricos, sobre todo de este siglo (las guerras mundiales, epidemias, crisis económicas especialmente la del año 1929, etc.), a partir de los cuales el Estado asumió como uno de sus cometidos esenciales el de asegurar no solamente la justicia conmutativa (dar a cada uno lo suyo), sino también la distributiva (principio de la solidaridad). El Estado dejó de lado su papel casi exclusivo de guardián de los derechos naturales del hombre (actitud conocida como la del 'estado gendarme') para asumir un papel activo destinado a crear a los habitantes las condiciones para un efectivo y real ejercicio de aquellos derechos (estado de bienestar). El hombre debía tener una vida digna y para ello el Estado se obligaba a crear los medios necesarios para alcanzarla.

Esta nueva función, que marcó una diferencia notable entre las constituciones del siglo XIX y las sancionadas en el siglo XX repercutió fundamentalmente en el ámbito administrativo, pues el Estado afrontó la obligación de crear e instrumentar las condiciones para elevar el nivel de vida de sus habitantes.

A partir de esta concepción conocida con la palabra inglesa *welfare state*, son instaladas nuevas competencias, obligaciones y deberes para la Administración, que ve en consecuencia incrementarse enormemente el número de normas que rigen su actividad. Todo este cúmulo de nuevas funciones implicó una transferencia de experiencias y normas del derecho privado al derecho público, es decir del sector privado al sector público y recayeron concretamente en la Administración, lo que motivó a su vez una necesaria modificación a su organización tradicional.

Esta nueva articulación de las funciones estatales dio lugar a dos instituciones jurídicas muy importantes: la administración centralizada y la administración descentralizada. Así por ejemplo, la antigua limitación constitucional al número de ministerios (ocho según el art. 87 de la Constitución de 1853) fue suplida con la creación de la denominada «Secretaría de Estado», de rango ministerial, que permitió una fuerte expansión en la estructura administrativa centralizada. A su vez los entes descentralizados fueron creciendo en forma significativa a lo largo del tiempo asumiendo funciones antes ajenas al Estado, a través de diferentes modalidades contempladas por un variado número de normas especiales (empresas del estado, sociedades de economía mixta, sociedades del estado, entes autárquicos, entre otros)

Es de tal forma que el sistema jurídico administrativo fue totalmente enraizado en la Constitución, a veces a través de una norma expresa y otras a partir de la interpretación de principios constitucionales que dieron fundamento a estas nuevas actividades. Luego, ya en la década de 1990, el tamaño del Estado fue reducido

notablemente por el proceso conocido como «Reforma del Estado», aunque gran parte de la normativa que le diera origen a aquel órgano expansivo todavía mantiene su vigencia. El Estado no tiene hoy casi empresas públicas, más la legislación que le diera origen permanece vigente.

Es así entonces que la función de la Constitución como fuente del derecho administrativo puede expresarse del modo siguiente: a) nuestra Constitución establece las bases para la organización y actividad del Poder Ejecutivo, y crea ciertas competencias de contralor del ejercicio de esas funciones; b) la Constitución es fuente directa del derecho administrativo, tanto en la organización de los poderes del estado como de las provincias; c) en lo que hace a la proyección de los derechos, declaraciones y garantías que la Constitución reconoce, estos constituyen exigencias referidas a la Administración que importan, para ésta, crear nuevas funciones o emitir nuevas regulaciones para asegurar su pleno ejercicio.

De todo ello es posible concluir que el ordenamiento jurídico administrativo comienza con la Constitución y termina en los actos administrativos concretos.

Debe destacarse aquí que no solo constituyen fuentes del derecho administrativo las *normas* constitucionales sino también los *principios* constitucionales⁵⁷, en donde hallan solución muchos de los problemas que plantea el derecho administrativo. Asimismo, la vigencia de los preceptos de la Constitución no requieren de normas reglamentarias para ser operativos, pues ello sería tanto como dejar en manos del legislador la existencia de los derechos y garantías que dicho texto reconoce a las personas.

La ubicación de la Constitución en el plexo normativo determina que al ser fuente primaria del derecho, y particularmente del derecho administrativo, adquiere una supremacía absoluta sobre todas las demás normas. Esta jerarquía o preeminencia no es teórica sino concreta, y está consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional (y 84 de Salta), situación que determina que la Constitución resulte la fuente más importante de todo el derecho, y particularmente del Derecho Administrativo⁵⁸.

Esta preeminencia se observa también en el art. 5º de la CN, que establece que las provincias deben dictar sus propias constituciones «...bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria». Esto se reitera en el art. 123, mientras que el art. 126 establece la superioridad jerárquica de las normas federales y el que las provincias no ejercen el poder delegado en la Nación.

Lo expuesto significa, con los acotamientos antes mencionados del derecho supranacional, que no existe ninguna norma que pueda derogarla; consecuentemente las normas inferiores no puedan desconocerla, derogarla o alterar sus disposiciones y si ello ocurriera, quedarían fulminadas con su declaración de inconstitucionalidad, es decir con una resolución judicial que les quitará toda validez.

No es entonces una supremacía ética o moral; se trata de una supremacía jurídica que se impone imperativamente⁵⁹. Hay en la Constitución gran número de disposiciones relacionadas con el derecho administrativo:

- El reconocimiento, como persona jurídica pública del Estado Argentino
- La integración unipersonal del poder ejecutivo
- La fijación del término del mandato del poder ejecutivo y de los legisladores
- La fijación de atribuciones al poder ejecutivo, entre las que se cuenta la potestad reglamentaria y la de dictar actos institucionales y administrativos
- La creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, en la que el Presidente de la Nación delega funciones administrativas.

⁵⁷ Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 201.

⁵⁸ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 154, Edic. 2002.

⁵⁹ Gordillo, op. cit., Tomo 1, pág. VII-6.

Los Tratados

Cassagne⁶⁰ expone que una de las principales innovaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 conciernen a la jerarquía normativa de los tratados celebrados con las naciones extranjeras y organismos internacionales, a los cuales el art. 75 inc. 22 les asigna una «jerarquía superior a las leyes».

El Tratado Internacional -a este tipo cabe referir pues los celebrados entre provincias no tienen la misma jerarquía como fuente del derecho- es el acuerdo que celebran dos o más Estados sobre derechos o intereses que hacen a su soberanía. Constituye una convención en la cual se regulan derechos, deberes y obligaciones en la forma y los alcances que los mismos estados establecen discrecionalmente.

La antigua controversia sobre si los Tratados eran o no fuente del Derecho Administrativo hoy se encuentra por ende superada con la reforma constitucional de 1994. No obstante, hay autores que señalan que de los tratados no surgen obligaciones para los habitantes sino para los Estados y por ello no son fuente directa de derecho interno, posición ampliamente desmentida a partir del contenido de los tratados vinculados a los derechos humanos y de aquellos como el citado de la Convención Iberoamericana contra la Corrupción. Tanto en el art. 31 como en el 75 inc. 22, nuestra Constitución establece que los Tratados y concordatos son ley suprema de la Nación y ello ha sido reiteradamente sentado por fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que consagró su superioridad por sobre la de las leyes.

Al respecto es posible distinguir dos tipos de tratados internacionales: 1) aquellos que adquieren vigencia con su ratificación legislativa, y 2) otros que hacen referencia a la necesidad de sancionar leyes de orden local para hacerlos operativos. Los relativos a los derechos humanos son directamente vigentes y operativos en cuanto a los derechos y restricciones que imponen a los Estados, más los tratados de orden comercial o político entre distintos tipos, requieren muchas veces para su vigencia operativa de disposiciones reglamentarias de orden interno.

Los tratados internacionales contemplados hasta el momento en nuestra Constitución son tanto de integración (art. 75 inc. 24) como de derechos humanos (art. 75 inc. 22), e incluyen someramente:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Declaración Universal de los Derechos Humanos;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante, la primacía del derecho internacional, especialmente el vinculado a los derechos humanos y al derecho de la integración, no descalifica la supremacía de la Constitución en el ámbito del derecho interno, pues por más que el antiguo concepto de soberanía pierda en gran parte su sentido con este nuevo criterio, lo cierto es que el Estado siempre conserva, aunque más restringida, dicha soberanía para resolver lo que corresponde a su propia organización, administración y gestión interna⁶¹.

⁶⁰ Cassagne, op. cit., Tomo 1, pág. 156, Edic. 2002.

⁶¹ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 160, Edic. 2002.

La Ley

El concepto de ley es uno de los más antiguos e importantes de la ciencia jurídica. De hecho es anterior al de Constitución tal como hoy la conocemos puesto que ésta es fruto del Estado constitucional nacido después de la Revolución Francesa; la ley en cambio es común a todo ordenamiento jurídico en la historia.

Ulpiano la definía como *lex est commune preceptum* (ley es un precepto común). Aristóteles decía que la ley debe decidir en los casos generales. Revidatti la menciona como la norma general, abstracta (legisla para todos en forma impersonal). Marienhoff como acto jurídico que establece una regla de derecho, emitida por el órgano Legislativo.

En general se utiliza el concepto de ley con tres alcances distintos: a) para mencionar a toda norma jurídica, es decir toda regla obligatoria. Aparece así en el lenguaje común y comprende a todo tipo de norma emanada de autoridad competente. La Constitución lo utiliza con dicho alcance cuando dice «Nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda»; b) como toda norma escrita por contraposición a norma no escrita, y c) finalmente, como un concepto más específico referido a cierto tipo de norma escrita.

Entre sus caracteres principales podemos advertir que:

- a) La ley es un precepto general, es decir no prescribe para un caso concreto sino para un número indeterminado de casos.
- b) Es novedosa, o sea que no se limita a desarrollar o pormenorizar lo ya existente sino que introduce una regulación primariamente nueva en el régimen jurídico.
- c) Es imperativa u obligatoria; contiene un mandato y prevé para el caso de incumplimiento, una sanción o eventualmente un premio o estímulo.
- d) Es intemporal, pues no se dicta para un hecho concreto (solo excepcionalmente puede ello ocurrir: v.g. una pensión) sino para hechos indeterminados.
- e) Es una norma escrita.
- f) Es emanada de una autoridad pública.

Desde el punto de vista del derecho en general la ley es la más importante fuente del orden jurídico después de la Constitución. Es la forma como se expresa la voluntad del Estado a la que en definitiva se somete el mismo Estado, la administración y los habitantes.

Una primera clasificación las distingue entre: 1) ley en sentido material y, 2) ley en sentido formal. Ley en sentido *material* es la norma escrita sancionada por la autoridad pública competente; responden a este concepto no solo la Constitución o las leyes que dicta el poder legislativo, sino también las ordenanzas municipales, los reglamentos de la Justicia, las acordadas de la Corte Suprema de Justicia, los decretos reglamentarios entre otro tipo de normas. Se considera ley en sentido *formal* el acto emanado del Poder Legislativo (nacional o provincial), que se elabora conforme al procedimiento previsto en la Constitución.

Desde el punto de vista material cabe recordar que un mismo órgano puede dictar normas con distinta jerarquía (vg. reglamento y acto administrativo; ley con alcance nacional, federal o local, etc.).

En el concepto tradicional, los preceptos y normas del derecho administrativo son de origen local, es decir emitidos por autoridades competentes en cada territorio provincial o nacional, siendo aplicables solo a su espacio jurisdiccional; ello dicho sin perjuicio de lo antes afirmado sobre la vigencia de los tratados internacionales como fuente directa de derecho interno. Como excepción, ciertas leyes de derecho administrativo de orden federal tienen un alcance más general como las de aduanas, servicio militar, bancos, entre otras. Sintetizando, la ley:

1. Es una norma jurídica de alcance general. Abarca a un número indeterminado o determinable de personas.
2. Excepcionalmente puede haber leyes que refieran a una situación particular como la concesión de pensiones graciables o subsidios. En esto se diferencia del reglamento que siempre tiene alcance general.
3. Regula, en principio, situaciones impersonales.
4. Regula situaciones abstractas.
5. Es imperativa, es decir de cumplimiento obligatorio.
6. Si no tiene fecha cierta, su vigencia lo es desde el octavo día posterior a su publicación oficial (art. 2 del Código Civil).
7. Si no se establece fecha para su vigencia, ella opera por principios generales. Así por ejemplo, una ley nueva deroga a otra de igual categoría, salvo que se trate de una ley especial –que establece un régimen particular para un caso determinado- anterior cuyos preceptos no estén integralmente comprendidos en aquella (las leyes especiales sólo pueden ser derogadas por leyes especiales; ley posterior deroga la anterior).

En cuanto a las competencias que las leyes traducen, es posible clasificarlas en leyes locales y nacionales, de derecho común y de derecho federal según emanen de legislaturas provinciales, o del Congreso de la Nación, o del alcance que tengan, respectivamente⁶²:

1. Leyes nacionales, dictadas por el Congreso Nacional. Se subclasifican en:
 - a. Leyes locales, con validez solo para la Capital Federal y territorios nacionales (art. 75 inc. 30 y 129 CN).
 - b. Leyes de derecho común, cuya aplicación se halla a cargo de jueces provinciales y nacionales (art. 75, inc. 12 CN: Códigos civil, comercial, penal, etc.).
 - c. Leyes federales, que hacen a la existencia y funcionamiento del Estado Nacional (art. 75 CN) y que aplican los jueces federales (leyes de ciudadanía, inmigración, aduanas, defensa, correos, bancos, radiodifusión, etc.).
2. Leyes convenio sancionadas por el Congreso Nacional y aprobadas por las provincias (v. Pacto Federal y Ley Convenio de Coparticipación - conf. art. 75 inc. 2 CN).
3. Leyes provinciales, que dictan las legislaturas de cada provincia sobre materias que les atribuyen las respectivas constituciones y cuya aplicación compete a jueces provinciales.
4. Leyes de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 CN y arts. 80, 81 y 82 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Los Reglamentos

El Reglamento constituye la fuente más importante del derecho Administrativo, por lo menos desde un punto de vista cuantitativo, aún cuando provenga de ella misma. El art. 101 de la ley de procedimientos administrativos de Salta define al reglamento como, «toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa». En cambio, la ley de procedimientos administrativos nacional no los define pero los menciona como «actos de alcance general o de contenido general», comprendiendo también tal expresión no solo a los reglamentos sino a los simples actos de alcance general como las circulares internas o instrucciones de servicio, que no producen efectos jurídicos respecto de los particulares⁶³.

Constituye el reglamento, en el decir de distintos autores, el ejercicio de una facultad materialmente legislativa, aún cuando esté destinado a reglar solo situaciones de naturaleza administrativa.

⁶² Cassagne, op. cit., Tomo 1 pág. 166, Edic. 2002.

⁶³ Cassagne, op. cit., Tomo I, pag. 175, Edic. 2002.

El análisis de los distintos elementos que integran el concepto apuntado permite realizar las siguientes consideraciones, no sin antes mencionar que el concepto de acto administrativo y reglamento administrativo se construye con los mismos términos, diferenciándose en orden al tipo de efectos que producen⁶⁴:

- a) La referencia a «declaración» importa manifestación de voluntad, conocimiento o juicio. Una declaración constituye una exteriorización concreta de la voluntad, en el caso, administrativa.
- b) La expresión «unilateral» lo es en cuanto a que la declaración en cuestión es emitida solo por la Administración a contrario del contrato, o de los actos complejos, en donde existe bilateralidad, o necesidad de intervención de distintos órganos u entes (art. 33 LPAS) como condición de validez y eficacia del acto.
- c) Dicha declaración es «efectuada en el ejercicio de la función administrativa», es decir emana de órganos estatales competentes que actúan en el ámbito estrictamente administrativo, desarrollando la actividad concreta y práctica tendiente a la concreción de los cometidos públicos.
- d) El acto en cuestión «produce efectos jurídicos», lo que importa promover el nacimiento, modificación o extinción de derechos u obligaciones. Un acto sin consecuencias jurídicas podrá ser un simple acto de la administración, más no un acto o reglamento administrativo.
- e) Dichos efectos jurídicos son «generales», pues su contenido se dirige hacia una universalidad de personas, casos o situaciones, en forma abstracta e indeterminada. No se emiten reglamentos para regir un caso concreto; estos son alcanzados por el acto administrativo.
- f) El que tales efectos se produzcan «en forma directa», implica que el reglamento se basta a sí mismo para proyectar inmediatamente efectos jurídicos, pues no está supeditado a la validez o emisión de otro acto para ser eficaz.

La existencia de reglamentos se sustenta o justifica en el ámbito de lo jurídico administrativo en distintas razones o causas sociológicas, históricas, políticas y jurídicas. Entre las causas de orden político y social es posible entender la justificación material de los Reglamentos en la mayor especialidad que requiere la atención de los problemas que crea nuestra realidad; en la complejidad que adquieren las distintas problemáticas que afronta la Administración; en la voraz y vertiginosa velocidad con la que se suceden los cambios; en la inmediatez que se exige de la función administrativa y también, en la constatación de la lentitud parlamentaria para atender ciertas demandas de tipo social.

Los distintos sistemas jurídicos han intentado dar variadas justificaciones a la existencia de la potestad reglamentaria. Es posible sucintamente mencionar:

- ∅ El modelo Anglosajón reconoce la facultad de dictar reglamentos solo al Parlamento, por lo que todo el sistema reglamentario se funda en una delegación legislativa al gabinete o al presidente (*Delegated Legislation*).
- ∅ En el modelo Germánico el régimen jurídico administrativo plantea un sistema básicamente horizontal, donde no se advierte una diferencia jerárquica entre la Ley y el Reglamento. Sólo se admite una diferenciación en cuanto al ámbito de su aplicación.
- ∅ El modelo Francés o continental europeo seguido por la mayoría de los países latinoamericanos y también en nuestro país, encuentra la justificación de los Reglamentos en su origen regio o Monárquico, es decir en los poderes implícitos del monarca o en nuestro caso, del presidente. Incluso, luego de la Revolución Francesa –a pesar de los intentos por darle un origen parlamentario-, se impuso la impronta monárquica del *ancien régime*.

Es la Administración la que se encuentra por su mayor especialización técnica en capacidad para emitir reglamentos, a diferencia del Congreso, que al ser un órgano político, no la tiene. No obstante, siendo la potestad reglamentaria una activi-

⁶⁴ Gordillo, op. cit. Tomo 1, VII-33.

dad administrativa y siendo el poder del Estado único pero que se manifiesta a través de órganos diversos, todos estos tienen capacidad reglamentaria a partir de la idea de que poseen *imperium*⁶⁵. Consecuentemente, emiten reglamentos la Administración (Presidente, Gobernador, Jefe de Gabinete), el Congreso o las legislaturas provinciales, los municipios, el Poder Judicial y también los entes descentralizados y desconcentrados en la esfera de la competencia que tienen atribuida

El reglamento goza de las 'prerrogativas de la ley', es decir, no está sujeto a prueba, tienen la misma fuerza y valor que las leyes, deben ser aplicados e interpretados por los jueces de la misma manera que estas; pero al igual que la ley, la obligatoriedad del reglamento depende del cumplimiento satisfactorio de las etapas de promulgación y publicación⁶⁶. Ahora bien, constituyen expresión de la actividad administrativa por lo que pueden ser modificados o derogados cuando resulte pertinente; son impugnados por los particulares en el ámbito administrativo o judicial según el mecanismo regulado específicamente por la ley de procedimientos administrativo; rige respecto de ellos el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos que implica que una vez dictados, obligan a la misma administración como si fuera una ley, y salvo derogación, la administración no puede incumplirlos en la emisión de actos administrativos particulares.

La facultad reglamentaria reconoce no obstante ciertos límites, que podemos clasificar en formales y sustanciales. Constituyen límites formales aquellos que reconocen como tales la naturaleza de la competencia de los distintos órganos de los que emana el Reglamento:

- 1) Los reglamentos jurídicos de naturaleza normativa, es decir los que afectan a los ciudadanos o administrados en general, deben ser dictados por autoridades administrativas con máximas atribuciones.
- 2) En los reglamentos administrativos de naturaleza organizativa, es decir los que refieren al ámbito doméstico o meramente interno de la organización, se admite mayor amplitud de competencias en cuanto a habilitaciones funcionales para su dictado.
- 3) En otro orden, los Reglamentos no deben encontrarse en disonancia con la Constitución ni con las leyes; deben respetar la jerarquía normativa.
- 4) Asimismo, la obligatoriedad del reglamento depende de que en las etapas de su formación se hayan cumplido satisfactoriamente los procedimientos exigidos: promulgación y publicación. No tendrán vigencia antes de su publicación, pero la exigencia de publicación sólo atañe a los que tienen contenido normativo general.

En cuanto a los límites sustanciales ellos implican que el ejercicio de la potestad reglamentaria, en tanto acto discrecional del poder público, debe respetar los principios generales del derecho, reconociendo como tales a los que emergen del sistema jurídico como un todo armónico.

La importancia del punto radica en que el respeto a tales límites lleva a la interdicción (prohibición) de la arbitrariedad; a la aplicación de técnicas de control de la discrecionalidad; a la necesidad de que el acto reglamentario atienda a pautas de razonabilidad; a la vigencia de los elementos que conforman el principio de la buena fe que rige a todos los actos jurídicos y no jurídicos, sean públicos o privados; a la vigencia del principio de «no desviación de poder».

El ejercicio de la competencia reglamentaria debe respetar estrictamente el marco de la legalidad formal, evitando cruzar el ámbito de «reserva de la Ley». Consecuencia de ello, no podrá haber retroactividad en la vigencia de normas contenidas en actos reglamentarios, y los actos individuales o singulares no podrán abrogar o dispensar el cumplimiento de los actos de contenido general, principio que es cono-

⁶⁵ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 178, Edic. 2002.

⁶⁶ Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 234.

cido en derecho administrativo como el «principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos».

Ahora bien, los reglamentos pueden ser *impugnados*. Al respecto, Marienhoff afirma que estos gozan de prerrogativas similares a las de una ley; de allí, por ejemplo que en el marco de un proceso judicial la existencia del Reglamento no este sujeta a prueba. En los tribunales, los reglamentos emitidos por autoridad competente y que han cumplido, durante las etapas de su formación, las exigencias formales que la ley les señala para tener eficacia, en principio, tienen la misma fuerza y valor que las leyes, debiendo ser aplicados e interpretados por los jueces de la misma manera que estas.

Sin perjuicio de lo expuesto, la impugnación directa de un reglamento debe ser planteada siempre ante el Poder Judicial; a su vez, la impugnación de actos particulares que derivan o se originan en actos reglamentarios puede ser planteada, a través de los recursos administrativos, en sede administrativa.

La doctrina, también la legislación y la jurisprudencia, han diferenciado entre distintos tipos de reglamento que se distinguen, en cuanto a su relación con las leyes, en cuatro tipos: los de ejecución; los autónomos, independientes o constitucionales; los delegados o de integración y los de necesidad y urgencia.

Los Reglamentos Ejecutivos o de Ejecución están expresamente incluidos en la Constitución Nacional (art. 99 inciso 2) y de Salta (art. 144 inc.3). Los dicta el Poder Ejecutivo como parte de sus propias funciones aunque como una actividad subordinada a la ley, para asegurar o facilitar la aplicación de las leyes, esto es brindar los aspectos de detalle o regulando las cuestiones que lleven a su mejor cumplimiento, con el único límite de «no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias».

En el ámbito nacional el Jefe de Gabinete, por su parte, expide reglamentos sublegales para el ejercicio de sus atribuciones (art. 100 inc. 2^o).

Debe recordarse no obstante, que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, por lo que no dependen para su validez de que el Poder Ejecutivo las reglamente. El reglamento de ejecución puede resultar necesario para fijar a los agentes administrativos a que atenerse y como proceder en los casos que la ley señala o cuando se trate de un precepto dirigido al mismo Poder Ejecutivo (Vg.: no cabe al ejecutivo reconocer la libertad de cultos pero puede instituir un registro que contenga los diferentes cultos que se practican), pero no podría este por ejemplo reglamentar el Código Civil, o imponer alguna carga a los particulares que solo pueda ser impuesta por la ley formal, pues ejecutar la ley no es dictar la ley. Si así no fuera el Ejecutivo se convertiría en legislador.

Por otra parte, la expresión ‘no alterar su espíritu’ refiere a la circunstancia de que el texto reglamentario no puede contradecir los ‘fines’ que tuvo en mira el legislador al sancionar la ley, es decir no solo no alterar la letra o texto escrito sino el objeto mismo de la ley. El acto reglamentario será válido entonces cuando no sea incompatible con la ley, propenda al mejor cumplimiento de sus fines y cuando instituya medios razonables para evitar su violación⁶⁷.

Sin perjuicio de lo antes expresado cabe tener presente que si bien el órgano ejecutivo ejerce primordialmente esta facultad reglamentaria, otros órganos de la administración también pueden encontrarse habilitados a dictar reglamentos de ejecución cuando son expresamente habilitados por la ley (Vg.; entre los más conocidos y que sistemáticamente emiten reglamentos se cuentan el Jefe de Gabinete, las autoridades administrativas independientes como el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, la Auditoría General; también el Banco Central, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros, la Dirección General de Rentas en Salta, entre muchos otros).

⁶⁷ CSJN, Fallos 269:120.

Los Reglamentos Autónomos o Independientes o constitucionales son los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias o cuestiones de su exclusiva competencia de acuerdo a textos o principios constitucionales⁶⁸. No están expresamente previstos en las leyes ni en la Constitución (de allí el nombre de autónomos), pero surgen de las facultades o competencias constitucionales que ejerce el Poder Ejecutivo en virtud de la llamada 'zona de reserva'.

Están normalmente destinados a regular la organización y el funcionamiento interno de la Administración.

El reglamento autónomo no puede invadir áreas especialmente reconocidas por la Constitución a otros poderes, pues su contenido responde a materias de exclusiva incumbencia del Ejecutivo que actúa en virtud de potestades inherentes o que le son propias; es decir, en un ámbito propio que es consecuencia del principio de división de poderes. Su fundamento se encuentra en la Constitución cuando refiere en el art. 99 inc. 1º, a que el Poder Ejecutivo «Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país».

Ejemplo de tales reglamentos son los relacionados con la organización administrativa interna (Vg.: funcionamiento de las dependencias u oficinas internas; instrucciones para el uso del material asignado a las labores cotidianas; formas o modalidades del control del personal; reglamentos de concursos para el ingreso o la progresión en la carrera administrativa, entre muchos otros).

Los reglamentos de integración o delegados son aquellos que emite el órgano ejecutivo en virtud de una habilitación o autorización del Poder Legislativo. Constituyen actos que versan sobre materias o competencias propias del Congreso (o las legislaturas en su caso), es decir de asuntos atinentes a una ley que el Poder Ejecutivo dicta que en virtud de una habilitación o autorización conferida expresamente por el legislador.

Constituye una facultad excepcional y la razón de dicha delegación se encuentra generalmente en ciertas cuestiones que por su complejidad y mutabilidad no es posible o conveniente abarcarlas íntegramente en una ley, motivo por el cual se habilita al Poder Ejecutivo a completar o integrar la norma incompleta teniendo en cuenta las particularidades de la situación, pero marcando algunas fronteras sustanciales. La terminología es controvertida, aunque para distintos autores la expresión más precisa sería 'integración', dado que se trata de completar, integrar o interpretar la norma, siendo que no constituye en realidad una 'delegación' en tanto no se habilita a hacer la ley sino solo a completarla.

No se trata entonces propiamente de delegación legislativa, algo que contradiría la división de las funciones del poder⁶⁹, sino de una habilitación para completar la norma ante un vacío que no es posible o conveniente prever.

La realidad indica que la legislación delegada se constituye en una necesidad derivada de la complejidad de la realidad social y pública, y que con ella no se altera la división de poderes en tanto el legislador puede, en todo momento, reasumir la potestad habilitada al Ejecutivo que, en todo caso, la ejercita con ciertos límites.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia discutieron la validez y alcance de esta atribución, luego de la reforma constitucional de 1996 dichos reglamentos han quedado definitivamente consagrados en el art. 76 de la Constitución Nacional. Allí queda claro que la autorización en cuestión no enerva el principio de prohibición de delegación legislativa, pero excepcionalmente la norma lo autoriza para «materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca».

Los límites impuestos como la habilitación consagrada en el art. 76 resulta temas de gran importancia, y no podrían ser materia delegada el poder impositivo, el otorgamiento de privilegios en exclusividad a terceros, la legislación de derecho co-

⁶⁸ Marienhoff, Tomo I, pág. 241.

⁶⁹ CSJN, Fallos 148:430 'caso Delfino'.

mún, entre otros aspectos. Desde ya que toda delegación estará sujeta siempre al control parlamentario posterior (art. 100 inc. 12 CN).

La doctrina diferencia tres clases de delegación⁷⁰:

- a) Delegación recepticia: cuando ciertas normas reglamentarias adquieren rango formal de ley (la emisión de textos legales ordenados).
- b) Delegación o remisión normativa: la más usual, es cuando la ley habilita al Ejecutivo a dictar normas completando determinadas materias y con ciertos límites.
- c) Deslegalización: constituye una técnica por la cual el Congreso especifica que ciertas materias (que no pertenecen a la llamada zona de reserva de ley) contenidas o reguladas en una ley, pasan a ser objeto de reglamentación o regulación administrativa. Se han usado estas técnicas con motivo o en el contexto de la llamada 'reforma del estado'.

Algunos ejemplos del ejercicio de tal atribución en el tiempo se advierten en: 1) ley 420, que facultaba al Consejo Nacional de Educación a fijar los planes de estudio; 2) ley 1597, también llamada «Ley Avellaneda», que facultaba a las Universidades a confeccionar sus planes de enseñanza y reglamentos de estudios, cuando tal tarea era propia del Congreso; 3) la ley 24557 de Riesgos Trabajo, que habilita a la autoridad administrativa a establecer las enfermedades profesionales incapacitantes; 4) las leyes de estupefacientes, conocidas como «leyes penales en blanco», donde se deja al Ejecutivo la facultad de emitir los listados de lo que se consideran «sustancias peligrosas o adictivas», extremo este último que tiene que ver con la determinación científica y no puede ser abarcado en un concepto por la misma ley; 5) normas impositivas que habilitan a su reglamentación operativa; 6) algunas normas de expropiación que facultan al Ejecutivo a fijar la superficie exacta del lugar a expropiar dentro de un área determinada, para la realización de una obra pública.

Los Reglamentos de Necesidad y Urgencia tienen también base constitucional tanto en el orden nacional como en el provincial, aunque existan diferencias no sustantivas entre ambas normativas superiores.

Estos Reglamentos –que son dictados por el órgano Ejecutivo- tienen naturaleza y contenido legislativo, y su emisión debe responder a razones debidamente fundadas de emergencia o urgencia de modo tal que sea posible justificar el haberse prescindido de la intervención previa del Congreso (o Legislatura) para el tratamiento de la cuestión que hace a su contenido. Este órgano no obstante, deberá intervenir en su control posterior.

El art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional habilita y reglamenta esta atribución al Presidente de la Nación (al igual que el art. 145 de la Constitución de Salta al Gobernador). Las condiciones que la Constitución Nacional fija para su ejercicio comprenden los siguientes presupuestos: 1) debe existir una situación excepcional de emergencia pública que requiera de atención y respuesta urgente; 2) la temporaneidad o urgencia de la respuesta debe impedir seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes; 3) la materia del reglamento no debe contener cuestiones que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos; 4) la decisión debe adoptarse en acuerdo general de ministros y, 5) el acto debe ser refrendado por ellos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

La naturaleza de su urgencia los torna exigibles desde el momento mismo de su dictado, cumpliéndose el requisito de publicidad con una adecuada difusión pública, cuyo medio elegirá el Ejecutivo (generalmente los medios audiovisuales); ello indica que si bien se publicarán en el Boletín Oficial, su vigencia puede operar aún antes de que ello ocurra constituyendo tal situación una excepción al principio de obligatoriedad de las leyes contenido en el art. 2 del Código Civil⁷¹.

⁷⁰ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 186, Edic. 2002.

⁷¹ Art. 2 Código Civil: «Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial».

La norma constitucional en cuestión exige además que una vez dictados, los reglamentos sean sometidos en un plazo de diez días a una Comisión Bicameral Permanente, que deberá dictaminar sobre su procedencia en igual plazo y elevarlo para su tratamiento a cada Cámara. Estas a su vez deberán emitir un reglamento que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso. En los hechos y hasta el momento de la impresión de este libro, este reglamento no ha sido dictado ni menos aún constituida la Comisión Bicameral. No obstante la omisión señalada, la jurisprudencia, que algunos autores admiten que tiene amplio poder de revisión sobre la existencia y validez de las razones objetivas, causales y circunstancias que justificaron la emisión del reglamento, los ha considerado válidos en la medida que se hayan cumplido los demás requisitos constitucionales (ver CSJN, caso 'Peralta').

El art. 142 de la Constitución de Salta los contiene con el nombre de «Decretos de Estado de Necesidad y Urgencia» que, al igual que la regulación nacional, constituyen actos o disposiciones de alcance general con contenido legislativo, que dicta el Poder Ejecutivo ante una situación de tal magnitud o gravedad que no admite la espera de una respuesta oportuna por los canales ordinarios o normales de sanción de las leyes, aunque deban luego ser convalidados, ratificados o aún rechazados por la Legislatura.

Las 'razones de necesidad y urgencia' constituyen 'circunstancias excepcionales' que tornan imposible seguir los trámites legislativos ordinarios, aspecto de puede ser descrito como: a) la existencia de una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado, o de grave riesgo social. La emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, sino imposible reparación ulterior; b) una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; y c) la existencia objetiva de premura suficiente como para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios⁷².

Es decir que la materia sobre la cual versa este tipo de disposiciones es la propia del legislador e íntegra, en virtud del principio constitucional de la división de poderes, la competencia del Congreso de la Nación o de las Legislaturas provinciales. De allí la necesidad de su convalidación posterior por éstas.

No obstante en el ámbito nacional la cuestión de la convalidación legislativa no está claramente definida. Hay quienes piensan que es necesaria su ratificación legal expresa o su conversión legal, y mientras tanto ello no ocurra su existencia será precaria; sin embargo, otros autores entienden que la fuerza del reglamento en cuestión está en el «status necessitatis» en que se fundó y no requiere, para su vigencia, una necesaria ratificación legislativa. En todo caso el Parlamento le daría fuerza y carácter de ley, pero ello no obsta a su aplicación inmediata como norma generadora de derechos y obligaciones. Ambos caminos se han seguido en la realidad; así, el decreto n° 1096/85 (plan austral) no contenía en sus disposiciones la remisión al Congreso; otros, como ciertas normas vinculadas a la emergencia económica fueron luego debatidas y convalidadas por el Congreso. En Salta la cuestión está claramente resuelta en la Constitución, que exige su remisión a la Legislatura (art. 145), de lo que cabe inferir que la omisión de su remisión torna ineficaz el reglamento.

Si bien el tema puede ser controvertido existe criterio de que no afecta su validez la circunstancia de que remitido al Congreso este no lo trate o incluso lo derogue posteriormente; en todo caso los actos emitidos durante su vigencia tendrán plena validez.

Conocidos tratadistas del derecho constitucional y administrativo (entre otros, Marienhoff, Sagüés, Bidart Campos, Abad Hernando) afirman que con su dictado se hace excepción transitoria al principio de división de poderes, ya que el ejecutivo

⁷² Cassagne, op.cit., Tomo I pág. 192, Edic. 2002.

dicta y realiza actos con potencia igual a la de la ley. Es común referirse a ellos indistintamente como decretos o reglamentos de necesidad y urgencia, aunque la distinción es meramente conceptual. La legislación comparada les da también diferentes denominaciones (la Constitución de Lituania de 1928, refiere a leyes durante el receso de la Dieta; en la de Brasil de 1969, se los denomina decretos-leyes; la de la República Árabe Unida de 1964, los consigna como decretos con fuerza de ley; en la de Italia de 1926, se los menciona como disposiciones con fuerza de ley y, en la actual como «medidas previsionales con fuerza de ley»).

En el ámbito del derecho administrativo se denomina «decreto» a la forma en que el Ejecutivo se expresa (ver. art. 41 LPAS). Es decir una cosa es el continente (decreto) y otra el contenido (reglamento o acto administrativo); en el mismo sentido, los ministros emiten «resoluciones» y los secretarios de estado «disposiciones», cuyo contenido es posible sean también actos o reglamentos.

Constituye, no cabe duda, el reglamento de necesidad y urgencia un peligroso mecanismo del que hacen uso y abuso los poderes ejecutivos, que no se corrige con declaraciones enfáticas sino con la adopción de medidas de auto limitación o de respuesta eficaz y oportunas por el legislador.

En la realidad los presidentes (y gobernadores de provincias) vienen haciendo un profuso uso de esta habilitación constitucional, habiendo con ello fortalecido su posición ante el Congreso y prescindido de este prácticamente en muchísimas cuestiones, no solo técnicas complejas sino aún en otras en donde presumían no contar con las mayorías necesarias para aprobar las iniciativas con forma de ley. En muchos de los reglamentos dictados en los últimos 15 años, no es posible apreciar con suficiente claridad las motivaciones de necesidad y urgencia que constituyen condición para su emisión, habiendo prevalecido en el decir de muchos autores, el viejo concepto de «razón de Estado» que debiera conjurarse definitivamente de los regímenes democráticos.

La jurisprudencia

Constituye la jurisprudencia una fuente material y directa del derecho administrativo, cuyo contenido o expresión 'reposa' o se sustenta en normas jurídicas positivas.

Gordillo⁷³ afirma que no es la jurisprudencia el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales (judiciales), sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales.

Todavía hay autores que contra la corriente absolutamente mayoritaria, polemizan sobre si la jurisprudencia es o no fuente del derecho, en tanto no le atribuyen fuerza obligatoria ni la finalidad de crear derecho. Resulta innegable no obstante, que la jurisprudencia constituye una fuente formal del derecho y como tal, interviene en el proceso de formación jurídica.

Ello es así en tanto el juez, al aplicar una norma general al caso concreto, crea una nueva norma, no ya general, sino individual, que aporta un «plus al ordenamiento jurídico»⁷⁴ o, dicho de otro modo, no se trata de que el juez cree normas de derecho positivo sino de que precise el sentido de la norma general ya existente. Pero como las interpretaciones pueden ser diversas según el juez que interviene, resultará que la norma se ampliará o restringirá en su aplicación según cual significado efectivo se le dé, de allí la necesidad de afirmar que solo se considera jurisprudencia a la interpretación reiterada y concordante que le dan distintos magistrados a la norma, y no a una interpretación aislada para un caso singular.

Esta reiteración y concordancia es lo que también le da imperatividad a la jurisprudencia y le otorga su fuerza creadora, pues la necesidad de validar el principio de

⁷³ Gordillo, op. cit., Tomo 1 VII-67.

⁷⁴ Marienhoff, op. cit. Tomo I pág. 282; Gordillo, op. cit. Tomo 1 VII-67.

congruencia en lo que se decide hace que los jueces mantengan la línea de interpretación otorgando certidumbre jurídica sobre el alcance de la norma.

En el derecho procesal se consagran los llamados ‘fallos plenarios’, que son tales cuando las distintas salas que componen una Cámara de Apelaciones fijan un criterio único sobre un tema determinado. En tal caso, dicha interpretación se torna obligatoria para los jueces inferiores y para la misma Cámara, aunque ella puede ser cambiada en el supuesto de que se modifiquen sustancialmente los parámetros que justifican tal interpretación y resulte necesario fundar un nuevo criterio, lo cual es normalmente así expresado.

La problemática de la jurisprudencia se condensa en torno al estudio de su función, de su valor y de su técnica. No cabe duda que tiene un papel integrador del ordenamiento jurídico y, en ese sentido, continúa la obra del legislador al adecuar e individualizar el mandato que contiene la norma jurídica aplicable al caso, a través de un proceso denominado «de subsunción legal», lo que requiere de una actividad intelectual para explicar, para suplir o para renovar. De ello surge que se pueda hablar de jurisprudencia explicativa, supletoria o renovadora y, hasta inclusive, de jurisprudencia deformante (distorsión de la ley cuando el juez pretende erigirse como juez legislador).

El valor de la jurisprudencia se asienta en su uniformidad. El problema que se presenta en la administración de justicia cuando un juez o un grupo de jueces quiebran la uniformidad, opinando y sentenciando en forma distinta a los criterios que vienen sustentando otros jueces, constituye una problemática de técnica judicial que el legislador resuelve creando un procedimiento para unificar la jurisprudencia a través de la decisión de un tribunal especial o superior, que se impone obligatoriamente a los jerárquicamente inferiores.

Aunque no provenga de jueces, en el ámbito de la administración pública tienen relevante preponderancia los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (organismo superior de asesoramiento jurídico del Estado) que, en la medida que mantenga principios uniformes en sus opiniones, son acatados por el conjunto de órganos administrativos con un valor similar al de la jurisprudencia.

La costumbre

La costumbre es el comportamiento uniforme y constante del pueblo, con la convicción de que tal proceder corresponde a una obligación jurídica; y surge como fuente del derecho cuando hay convencimiento popular abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que esa regla de conducta humana es norma jurídica⁷⁵.

Debe señalarse no obstante que en derecho administrativo no es la costumbre como convencimiento popular la que se reconoce como tal; sino la aceptada y hecha efectiva por la jurisprudencia. En tal caso, la regla de conducta valdrá no por ser consuetudinaria sino porque los tribunales han decidido darle valor a través de su jurisprudencia.

Se señalan en general tres tipos de costumbre:

- 1) *secundum legem* o que sigue a la ley, que es la conocida como costumbre interpretativa o a la que la ley remite la solución de un asunto particular
- 2) *praeter legem*, introductiva o supletoria de la ley, referida en general a materias no contempladas por ella y que tiende a completar las lagunas de la ley, creando derechos en situaciones no reguladas legalmente. No es admitida en el derecho administrativo en tanto se oponen a ello los arts. 19 y 22 de la Constitución Nacional
- 3) *contra legem*, o contraria a la ley. No es admitida en la jurisprudencia y doctrina en general.

⁷⁵ Cassagne, op. cit., Tomo I pág. 201; Gordillo, Tomo 1 VII-71.

No cabe confundir la costumbre con los «precedentes administrativos», que constituyen actos administrativos repetidos emanados de cualquier órgano de administración. El acto administrativo es decisión, la jurisprudencia es la interpretación de esa decisión.

El art. 17 del Código Civil consigna que «los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ello o en situaciones no regladas legalmente», lo cual importa, para autores como Cassagne, admitir tanto la costumbre que sigue la ley como la que le resulta supletoria. No es la opinión de Gordillo y de Marienhoff, que no admiten que la costumbre pueda ser fuente del derecho administrativo en tanto la administración –dicen- no puede crearse a sí misma derechos frente a los particulares por el solo hecho de observar habitualmente una determinada conducta.

La doctrina

En cuanto a la doctrina de los autores, es claro que no tiene fuerza formal como fuente del derecho administrativo, pero en muchas ocasiones tiene un poder de convicción tal que lleva a que la administración o los jueces la adopten como opiniones propias o la utilicen como fundamento en sus decisiones.

Los estudios científicos de los autores en una rama del derecho y las soluciones que proponen a los problemas que este produce, que eso es la doctrina en definitiva, constituyen un medio a través del cual se accede al conocimiento y también a la interpretación de las demás fuentes acerca de determinadas cuestiones jurídicas.

La doctrina estudia la legislación y también la jurisprudencia y hace observaciones sobre ellas. No tiene fuerza obligatoria pero es indudable su incidencia sobre las decisiones institucionales, pues logra sistematizar las fuentes del conocimiento jurídico y por ende, determina cierta uniformidad en los conceptos que luego son aprehendidos por quienes los aplican.

La doctrina entonces constituye una fuente «indirecta» del derecho administrativo, es decir sin base positiva (normativa) y de aplicación subsidiaria. Su valor dependerá del mérito lógico de los argumentos de que se valgan los autores todo lo cual, en el decir de Marienhoff, se concentra en el prestigio del respectivo tratadista.

La doctrina que en sus dictámenes expone el Procurador del Tesoro de la Nación o el Defensor del Pueblo, pueden también ubicarse en este punto en tanto se proyectan sobre la formación de las opiniones de quienes deciden los casos concretos a su cargo.

Analogía

Marienhoff⁷⁶ entiende que la analogía tiene un gran campo de aplicación en el derecho administrativo, regido por una legislación todavía incompleta. Si bien señala las discrepancias de los autores en cuanto a si constituye o no fuente del derecho, la considera una fuente escrita, que encuentra su fundamento en lo prescripto en el art. 16 del Código Civil⁷⁷. Sostiene que la ‘analogía’ no constituye un simple medio de interpretar la ley, sino que es una «forma o modo de resolver cuestiones o situaciones jurídicas».

Contrariamente, Cassagne⁷⁸ opina que la analogía consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una determinada situación a otra que coincide con la primera basado en el principio de que en donde existen las mismas razones deben existir las mismas disposiciones jurídicas⁷⁹. Es, para dicho autor, en definitiva, una

⁷⁶ Marienhoff, Tomo I, pág. 266.

⁷⁷ Art. 16 C.Civil: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

⁷⁸ Cassagne, op. cit, Tomo I pág. 207.

⁷⁹ ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris esse debet.

técnica de interpretación del derecho y, en tanto tal no es fuente pues el propio ordenamiento obliga a la utilización de esta herramienta jurídica ante la ausencia de normas positivas.

Es, no obstante, una herramienta de gran aplicación en el derecho administrativo cuando se carece de normas escritas. Muchas cuestiones administrativas son resueltas por aplicación de normas análogas, como por ejemplo en materia de responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público, en donde es posible constatar una permanente remisión a disposiciones del derecho civil; también en materia patrimonial, donde también se traen disposiciones análogas para resolver distintos tipos de conflictos de orden pecuniario.

Desde ya que las normas o principios aplicados por analogía deben integrar el ordenamiento jurídico, no resultando posible aplicar, en función de nuestra organización federal, disposiciones de orden provincial al nacional y viceversa. Tampoco es posible se aplique en cuestiones de Derecho penal vinculadas al Derecho Administrativo, ni menos aún aquellas que restrinjan la libertad del individuo o le impongan sanciones administrativas, o lo graven con contribuciones fiscales o le otorguen exenciones impositivas o previsionales.

Principios generales del derecho

Existen otras fuentes del derecho administrativo cuya existencia si bien resultan importantes en otras ramas del derecho, tienen, en el derecho administrativo, una significación particular.

En tal sentido, los principios generales del derecho resultan de gran importancia como fuente autónoma del derecho administrativo. Proviene de fuentes tan diversas como el derecho romano, el derecho natural, el derecho de gentes, de la moral, del *ius cogens* o derecho internacional reconocido como imperativo, del ordenamiento general del país, entre otras muchas fuentes.

Al respecto, el derecho romano sostenía tres principios fundamentales: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo (*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). También el «ius gentium», que es considerado germen del derecho internacional, brinda distintos principios que surgen de la ‘razón’, aunque reconocen a veces asidero en el derecho natural.

Cassagne⁸⁰ escribe que los principios generales del Derecho son el origen o el fundamento de las normas, y participan de la idea básica de ‘principalidad’ que les otorga primacía ante las restantes fuentes del derecho. Se fundan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, y por ello encierran la concepción del derecho natural. Ello indica que independientemente de su mención en el ya señalado art. 16 del Código Civil, existen por sí mismos, es decir son autónomos de toda otra fuente y del hecho de su reconocimiento legal.

Funcionan en general como orientadores e informadores del ordenamiento jurídico, permitiendo realizar una labor correctiva o extensiva de las normas. Entre otros, es posible reconocer como tales el derecho a la vida, los que surgen de la forma republicana de gobierno, la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas, la imposibilidad de ser juzgado o penado sin ley previa, el respeto de las garantías del debido proceso, la prohibición de privación de la propiedad privada sin previa calificación del interés público a satisfacer, la vigencia futura de las normas, la relación entre lo principal y lo accesorio, la del enriquecimiento sin causa, entre muchos no menos importantes.

Por ejemplo, el principio acerca de que nadie puede alegar su propia torpeza admite excepciones en el derecho administrativo, pues en la medida que el actuar del Estado tiende a satisfacer el interés público, constituye una prerrogativa de la Administración revocar decisiones irritas o contrarias a lo jurídico o al interés público.

⁸⁰ Cassagne, op. cit. Tomo I pág. 196.

La recepción de estos principios en el derecho administrativo se produce a partir de su reconocimiento en las constituciones Nacional y provinciales, en tanto uno de los principales objetivos del Preámbulo consiste en «afianzar la justicia». Otros provienen del derecho privado, como el enriquecimiento sin causa, la buena fe, el respeto de la moral y las buenas costumbres en los actos jurídicos; también están los incorporados al Código Civil, como el de la responsabilidad por la actividad legítima del Estado; o los que provienen del Derecho penal, como el principio de que no puede haber crimen ni pena sin ley previa, o el que no es posible aplicar dos veces la misma pena por un mismo hecho. También el derecho internacional proyecta principios generales, y es ejemplo de ello el precepto del 'derecho a una tutela judicial efectiva' contenido en el Pacto de San José de Costa Rica, del que deriva la prescripción de 'tutela administrativa efectiva'.

Gordillo⁸¹ afirma que a diferencia del siglo pasado, hoy se busca interpretar el sentido de las normas constitucionales, y darles aplicación imperativa también a situaciones no previstas o reglamentadas por el legislador, o previstas en forma imperfecta. Esto implica que los principios están presentes en todos los actos estatales, y transforman en inconstitucional todo acto que no tenga valoración en ellos.

Otras fuentes

La equidad (conocida como la justicia del caso concreto cuyo contenido no se adecua a la ley general que precisamente por ser general, no lo toma en cuenta) no es reconocida como fuente del derecho administrativo en nuestro régimen legal, a diferencia de sistemas como los anglosajones en donde sí es de plena aplicación.

Aún cuando la equidad no sea fuente del ordenamiento jurídico, Cassagne afirma que en la aplicación del derecho acuerda un sentido valorativo o de justicia a las normas, a fin de evitar que la igualdad abstracta de la ley, en su aplicación al caso concreto, se traduzca en desigualdad o injusticia. Integra, para muchos autores, los principios generales del derecho.

Bibliografía sugerida

- 1) Barra, Rodolfo Carlos, «Tratado de derecho administrativo», Tomo 1, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- 2) Cassagne, Juan Carlos: «Derecho Administrativo», Tomo I, Ediciones Abeledo-Perrot, 1993 y 7ª Edición LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002.
- 3) Gordillo, Agustín: «Fuentes supranacionales del Derecho Administrativo», en «Derecho Administrativo», obra colectiva en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, 1998.
- 4) Gordillo, Agustín: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1, Parte General; Fundación de Derecho Administrativo, 1997.
- 5) Ley de Procedimientos Administrativos de Salta N° 5348.
- 6) Ley y Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Nación, N° 19.549 y Decreto N° 1759/72, y modificatorias.
- 7) Marienhoff, Miguel: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, Abeledo Perrot, 1995.

⁸¹ Gordillo, op. cit. Tomo 1 VII-71.

CAPÍTULO V: Organización Administrativa

Carrera de Licenciatura en Administración

Programa de Derecho III. Módulo I - Tema IV

Organización Administrativa: noción y contenido. Competencia: origen y clases. Sustitución de competencia: delegación y, avocación. Jerarquía. Centralización, descentralización y desconcentración. Los Agentes del Estado. Concepto. Nacimiento y formas de la relación de empleo público. Derechos y deberes. Responsabilidad del agente estatal. Extinción de la relación.

Carrera de Contador Público Nacional

Programa de Derecho Público. Módulo II - Tema IV

Organización Administrativa: noción y contenido. Competencia: origen y clases. Sustitución de competencia: delegación y, avocación. Jerarquía. Centralización, descentralización y desconcentración. Función administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.

1.- Organización Administrativa: noción y contenido.

Marienhoff⁸² entiende que la actuación de la Administración Pública requiere de una correlativa estructura técnica jurídica que permita y regule su funcionamiento; lo que implica la existencia de una organización administrativa.

Esta estructura requiere, para ser eficaz, de la formulación de ciertos principios jurídicos esenciales en tanto ellos, en el decir de Cassagne⁸³, constituyen una consecuencia lógica de cualquier sistema que procure instaurar una organización jurídica pública; el Estado necesita de un ordenamiento jurídico como ingrediente de unificación del sustrato social, siendo uno de los elementos de dicho ordenamiento la organización.

Organización para Marienhoff significa una ordenación de elementos necesarios para perseguir determinados objetivos o fines y para asegurar una adecuada integración y coordinación de las actividades sobre la base de la división del trabajo. O, como lo dice Dromi⁸⁴, constituye el conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, relaciones jerárquicas, situación jurídica, formas de actuación y control de los órganos y entes en ejercicio de la función administrativa. Para Diez⁸⁵ la organización administrativa es un conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo; siendo su finalidad esencial la coordinación entre distintos organismos. Entre los elementos que destacan en la Administración están las funciones, el personal, los procedimientos, las finanzas y la organización en sentido estricto.

Ahora bien, el poder de organización se concreta en la estructura de órganos y en la atribución de competencias, o más bien dicho en la asignación de funciones a dichos órganos pues el Estado como persona jurídica actúa a través de ellos para el cumplimiento de sus funciones específicas.

La potestad para emitir normas sobre organización administrativa le corresponde esencialmente y por principio, al Poder Ejecutivo, atribuciones que integran lo que se conoce como «zona de reserva de la administración». Excepcionalmente dicha potestad puede corresponderle al Poder Legislativo, cuando determinadas activida-

⁸² Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 487, Abeledo Perrot, 1.995.

⁸³ Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo 1, pág. 274, LexisNexis Abeledo Perrot, 2002.

⁸⁴ Dromi, José Roberto, «Derecho Administrativo», Tomo 1, Astrea, 1992.

⁸⁵ Diez, Manuel María, «Manual de Derecho Administrativo», Tomo 1, pág. 119, 122 y sgtes.

des se encuentren dentro de sus atribuciones constitucionales (Ej.: creación de entidades descentralizadas, universidades, bancos oficiales, etc.).

En función de lo apuntado, Cassagne colige que son cuatro los principios jurídicos que se estiman fundamentales en la organización administrativa: jerarquía, competencia, centralización y descentralización, A ellos cabe referir seguidamente.

2.- Competencia: origen y clases.

Noción, origen y alcance

La actividad de la Administración Pública⁸⁶ se concreta en hechos y actos jurídicos y no jurídicos, cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de sus atribuciones legales. Ese círculo de atribuciones legales determina la capacidad legal de la autoridad administrativa, capacidad que en el derecho administrativo se denomina *competencia*. En un sentido amplio competencia hace referencia a la coordinación de elementos y normas, medios y fines que componen el órgano, destinados a concretar o realizar sus funciones o las acciones que el órgano emprenda⁸⁷. De la existencia de competencia depende la actuación válida del órgano administrativo; constituye un elemento esencial del acto administrativo, pues ella caracteriza a una dependencia administrativa y la distingue de otra.

Gordillo⁸⁸ la describe como «el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer»; por lo que constituye una ‘aptitud legal para obrar’, y por ello puede decirse que es parte esencial e integrante del propio concepto de órgano. Dromi⁸⁹ a su vez la define como el ‘conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren a un órgano administrativo la constitución nacional, la constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos’.

Recuerda Marienhoff que su origen jurídico legal concuerda con el advenimiento del constitucionalismo, pues al consagrarse el principio de la división de los poderes se fijó simultáneamente el de la separación de las funciones estatales, las que se asignaron a órganos distintos (función ejecutiva al poder ejecutivo, jurisdiccional al poder judicial, etc.). Es decir, al distribuirse las funciones del poder nace la noción de competencia como la de atribuciones que se confieren a cada uno de los poderes; a su vez, dentro de cada uno de estos se produce una nueva distribución interna hacia los órganos que los componen.

La competencia no es un derecho del funcionario que titulariza un órgano sino una obligación del órgano mismo (Conf. art. 3 ley 19.549 y 2° ley 5348). Es un concepto que se aplica exclusivamente a un ámbito institucional (órgano institución). Cassagne⁹⁰ encuentra su fundamento tanto en la idea de eficacia (que conlleva la necesidad de distribuir tareas entre órganos y entes diferenciados), como en una garantía para los derechos individuales, pero también en la circunstancia de que esta institución fue erigida para preservar y proteger el cumplimiento de las finalidades públicas o de bien común que la Administración persigue.

Gordillo menciona que frecuentemente se compara la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados: en ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo es importante destacar que mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en tanto una norma expresa no la niegue o limite, en el derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente

⁸⁶ Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 541.

⁸⁷ Conf. Ildarraz, Zarza Mensaque y Viale, «Derecho Constitucional y Administrativo», pág. 367, Eudecor, 2001.

⁸⁸ Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1 XII-7, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

⁸⁹ Dromi, op. cit., Tomo I.

⁹⁰ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 276.

implícita por una norma jurídica (ley o reglamento) para que pueda reputársela legalmente existente.

Es posible, de lo expuesto, establecer los siguientes caracteres de la competencia:

- a) Es objetiva, en cuanto surge de una norma que determina la aptitud legal del órgano en base al principio de la especialidad (cada órgano tiene una especialidad que responde al fin que se persigue). Ello importa que las personas públicas tienen un campo de actuación siempre limitado y no pueden sobrepasarlo sin incurrir en arbitrariedad. La norma a veces es explícita en cuanto a lo que el órgano puede hacer y en otras utiliza fórmulas genéricas que amplían el campo de acción, siempre limitado por la razón de ser del órgano o su especialización (Vg.: un enfermero no puede ejercer como médico; a un Centro de Salud no se le puede atribuir la función de vigilancia; o a una Escuela la función de curar, etc.).
- b) En principio resulta obligatoria cuando el órgano no tenga atribuida la libertad de escoger el contenido de la decisión o el momento para dictarla.
- c) Es improrrogable, lo cual se funda en la circunstancia de hallarse establecida en interés público por una norma estatal, salvo que expresamente se autorice la delegación o la sustitución.
- d) Es irrenunciable, lo que implica que pertenece al órgano y no a la persona física que lo integra. Solo la modifica o suprime una norma de igual jerarquía a la que la concede.

Conviene⁹¹ distinguir entre ejercicio de competencia y aptitud de obrar. Ello implica que no todo lo que el órgano realiza, dentro de la función para la que fue creado, deriva del ejercicio de su competencia; es así posible que el órgano gestione un acto que corresponda a su función, pero luego ese acto sea inválido por no encontrarse entre las competencias que le fueron habilitadas. La competencia condiciona la validez del acto pero no su naturaleza de acto estatal, lo que importa que el acto luego declarado inválido acarree igualmente responsabilidades consiguientes al Estado.

Gordillo⁹² critica severamente los conocidos como «postulados de la permisión», que sostiene algún autor, en virtud del cual se asimilaría el concepto de competencia con el de capacidad del derecho privado, lo que importa decir que lo no prohibido está permitido. Ello –afirma– es rechazado por la moderna doctrina, en tanto no corresponde asimilar la finalidad u objeto para el cual el ente u órgano fue creado, con la competencia o capacidad de la que ese está investido por una habilitación normativa. Lo contrario contradeciría el presupuesto de limitación de las funciones del poder, que en el estado republicano democrático constituye principio esencial, y ampliaría la actividad del órgano al punto de que este podría hacer cualquier cosa, difuminando así preceptos que tutelan la libertad y derechos de los ciudadanos.

Clases de competencia

La clasificación de la competencia responde a la diferente manera como ella se atribuye y ejerce, vinculándose claramente con los criterios que luego determinarán la validez o invalidez de un acto administrativo, según este haya o no sido emitido en el marco de la competencia habilitada al órgano que lo dictó.

En general, la doctrina coincide en que es posible clasificar la competencia desde cuatro puntos de vista:

- a) *Por razón de la materia.* Trata del contenido u objeto del acto según refiere a uno u otro asunto administrativo. Constituyen las actividades que el órgano puede legítimamente ejercer o que debe realizar, o aquella acción que debe satisfacer una determinada repartición administrativa (hospital: atención de pacientes;

⁹¹ Gordillo, op. cit., Tomo 1 XII-11.

⁹² Gordillo, op. cit., Tomo 1 XII-12.

policía: vigilancia para la seguridad pública, etc.). Se sustenta en el derecho objetivo (Constitución, ley, reglamento), que confiere una serie de atribuciones a órganos y sujetos estatales para la realización de sus fines.

- b) *Por razón del grado.* Se la denomina también vertical o funcional y se encuentra vinculada al principio de jerarquía. La Administración se representa como una pirámide, siendo que en su cima se ubica el órgano superior. Las competencias entonces se atribuyen a los órganos máximos o se distribuyen entre distintos órganos superiores e inferiores. La consecuencia de ello es que los órganos inferiores no pueden ejercitar funciones reservadas a sus superiores.
- c) *Por razón del territorio* (u horizontal). Ella es corolario del concepto de circunscripción administrativa, es decir el ámbito espacial o físico que sirve para limitar el actuar del órgano administrativo, mas allá del cual carece de atribuciones. Surgen así, entre otras, competencias nacionales, provinciales y municipales; o federales, estadales y comunales. Por tal motivo el órgano que tiene asignada cierta competencia territorial no puede extenderla a otro espacio; si lo hiciera su incompetencia sería absoluta y nulos los actos que emita.
- d) *Por razón del tiempo:* refiere a que una autoridad administrativa puede actuar válidamente dentro del lapso establecido en la norma habilitante. Esto ocurre cuando se concede la misma función a distintos órganos de la organización administrativa, los que la ejercen simultáneamente en el mismo espacio territorial; entonces la norma establece un tiempo dentro del cual le corresponde actuar a cada órgano (fecha de presentación para una moratoria impositiva; distribución de expedientes entre distintas salas de un tribunal de faltas, etc.). Puede distinguirse asimismo en *permanente*, *temporaria* o *accidental*. La competencia es por regla general permanente: el órgano la puede ejercer en cualquier tiempo. En ciertos casos el ordenamiento jurídico dispone que se ejercida por lapso determinado, como cuando el Jefe de Gabinete debe presentar a la Comisión Bicameral Permanente un reglamento de necesidad y urgencia dentro de los diez días de suscrito o publicado (art. 99 inc. 3° Const. Nac.). La competencia permanente y temporaria están regularmente atribuidas a determinados órganos. Puede ocurrir que una persona arreste a otra *in fraganti* delito (arts. 69 Const. Nac. y 19 Const. Pvcial.), con lo cual ejercita una competencia pública de naturaleza accidental.

Finalmente, la ley procedimental de Salta dice -art. 2- que la competencia de los órganos administrativos «...será la que resulte en forma expresa o razonablemente implícita, según los casos: de la Constitución Provincial, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Es irrenunciable e improrrogable., debiendo ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes ... La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio, cuando el mismo correspondiere, constituye falta reprimible, según su gravedad, con las sanciones previstas en las normas especiales, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o política en que incurriere el agente».

En el mismo sentido, la ley 19.549 (de Procedimientos Administrativos de la Nación) dice -art. 3° - que la competencia de los órganos administrativos «...será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario».

3.- Sustitución de competencia: Delegación y Avocación.

Delegación

Cassagne⁹³ señala que la delegación constituye una técnica jurídica que excepciona el principio de improrrogabilidad de la competencia. Luego de la reforma constitucional de 1994, cabe distinguir entre dos especies de delegación: a) la delegación legislativa y 2) la delegación administrativa, distinción no obstante que a su decir no ha realizado debidamente la doctrina a pesar que constituye una realidad constitucional.

La primera es totalmente extraña a la relación jerárquica y opera cuando el órgano legislativo delega, dentro de los límites que marca la Constitución (art. 76 CN), el ejercicio de ciertas facultades al Poder Ejecutivo. Si bien la norma citada establece como principio la prohibición de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, contiene también su excepción cuando se trata de materias de administración o de emergencia pública, en cuyo caso deberá fijar plazo para su ejercicio y establecer las bases de la delegación.

El segundo tipo, que puede darse o no en la relación jerárquica, admite dos subespecies: a) la delegación interorgánica y 2) la delegación intersubjetiva o entre entes públicos. Esta última no tiene aplicación práctica en nuestro país, aunque nada se opone a ello en la medida de que la norma que autorice la delegación tenga igual rango que la norma que atribuya al ente su competencia.

En la delegación interorgánica, que es la habitual, un órgano superior encomienda a otro inferior el cumplimiento de ciertas funciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido como propias. La delegación supone un desprendimiento de las funciones por el órgano superior, es decir no es un mero encargo del superior al inferior. Gordillo⁹⁴ entiende que la delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quién legalmente aquella le corresponde, y por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que «no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándola sobre ella» (Fallos 148:434).

Debe distinguirse la delegación de la desconcentración y la descentralización: estas dos últimas tienen como origen una decisión legislativa en virtud de la cual se le resta o quita competencia a un órgano superior de la Administración, atribuyéndosela a un órgano inferior especializado. En la desconcentración y la descentralización el órgano que decide la atribución de facultades es por regla general el Congreso (o legislaturas provinciales); en cambio en la delegación es el órgano administrativo superior. Por otra parte la desconcentración y la descentralización son permanentes, es decir con ellas se ha formulado un nuevo reparto de competencias entre órganos de la administración pública de manera definitiva; en la delegación la competencia delegada siempre pertenece al órgano delegante y puede ser revocada por este o atribuida a otro órgano, lo que no significa una nueva determinación de competencias sino solo su ejercicio temporal por dependencias inferiores.

El momento de delegar y el alcance de la delegación constituyen atribuciones discrecionales del delegante, conforme juicios de oportunidad y conveniencia.

La delegación es extraña al poder jerárquico. Es un instituto excepcional dentro del orden jurídico y para su procedencia se requiere una norma que la autorice expresamente, no procediendo en caso de silencio.

Los titulares de la competencia no pueden disponer de esta como si fuera un derecho propio, pues no existe derecho subjetivo a la competencia; esta proviene de una norma jurídica (ley o reglamento) y se adjudica a un órgano concreto y determi-

⁹³ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 283.

⁹⁴ Gordillo, op. cit. Tomo 1.

nado; solo la norma puede autorizar su cesión. Cuando el órgano superior le encomienda al inferior una determinada o concreta actividad, que está incluida en la competencia del superior, no puede hablarse propiamente de delegación; en la delegación se transfieren atribuciones de decisión sobre el resultado del procedimiento encomendado y no tiene ello nada que ver con encomendarle al inferior un acción o acto concreto.

La norma que autoriza la delegación se conoce como «atributiva de competencia», pues comprende a los dos órganos: al delegante y al delegado. No se puede subdelegar lo delegado. La violación de las normas relativas a la competencia produce la nulidad de los actos dictados en su consecuencia, incluida la delegación, pues esta es un requisito del acto administrativo y no es acto regular el dictado por autoridad incompetente.

Los arts. 7 al 11 de la LPAS regulan el ejercicio de la competencia en la delegación, la que deja autorizada salvo norma expresa en contrario. La prohíbe en materia de disposiciones reglamentarias que impongan obligaciones a los administrados y en atribuciones privativas de carácter político de la autoridad, y en las atribuciones delegadas (delegación de la delegación). Pone como condición que debe ser expresa, contener la clara y concreta enunciación de las tareas y facultades que comprende y ser publicada; atribuyendo al delegado, en lo personal, las responsabilidades por el ejercicio de la competencia transferida.

La LPAN, en su art. 3 expresa que la competencia es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas en la norma pertinente.

El poder jerárquico del delegante sobre el delegado es amplio e incluye, no solo la atribución de darle instrucciones sobre el modo de ejercer las atribuciones propias y delegadas, sino también el de darle órdenes concretas para resolver un caso específico de una u otra manera.

El delegado es enteramente responsable por el ejercicio de la competencia transferida, tanto ante el delegante como ante los administrados («personalmente» dice el art. 10° LPAS). El delegante podrá ser también responsable en la medida en que habiendo impartido instrucciones y órdenes precisas sobre el modo de ejercitar la delegación no las haya controlado, pues en tal caso asumiría su responsabilidad por el modo en que la delegación se realizó.

El delegante puede ejercitar actos de control sobre la delegación y retomar, en cualquier momento, el ejercicio de la facultad delegada, total o parcialmente (art. 11° CPAS), lo que surtirá efectos desde la notificación al delegado, y para los administrados desde su publicación.

Avocación

La avocación funciona en el plano opuesto a la delegación. Constituye una técnica, de carácter transitorio, para la intervención en actuaciones determinadas. Ella consiste en la asunción por parte del órgano superior, de la competencia que corresponde al órgano inferior, con el solo objeto de conocer y decidir en un acto o asunto que corresponde a las facultades atribuidas al órgano inferior.

Un órgano superior se avoca al ejercicio de una competencia cuando asume para sí cierta potestad propia del inferior, con lo que en el asunto de que se trate entenderá en lo sucesivo dicho órgano superior. Al igual que en la delegación, debe encontrarse debidamente autorizada (al respecto los arts. 12 CPAS y 3° CPAN admiten la avocación), pero debe recordarse que en la delegación se transfieren atribuciones o competencias, en cambio en la avocación se asume un acto o procedimiento concreto.

La avocación es una consecuencia de la potestad jerárquica: procede respecto de actos de la autoridad centralizada pero no respecto de la descentralizada, pues en estas la relación con el órgano superior del Estado no opera a través de un vínculo jerárquico.

Cabe referir que usualmente se reconoce al órgano superior la facultad de revisar, de oficio o a petición de las partes interesadas (a través de los recursos pertinentes), el acto producido por el inferior y, eventualmente, revocarlo o modificarlo; de ello se colige, al decir de Gordillo⁹⁵, que la importancia práctica de la avocación se minimiza pues aunque el órgano inferior no adopte la decisión requerida por el superior, este puede de todos modos reformarla posteriormente obteniendo el mismo resultado que si hubiera actuado por avocación.

Al ser la avocación un instituto de excepción, procede cuando la norma aplicable lo autorice en forma expresa o razonablemente implícita. En el supuesto que no hubiere norma expresa, la avocación procederá cuando: 1) el ordenamiento jurídico determine que la competencia asignada al inferior no lo fue en mérito a una idoneidad especialmente reconocida, es decir cuando la atribución de funciones al inferior no se fundamente en razones de especialización técnica del órgano (desconcentración); y 2) cuando no exista instituido un recurso para ante el superior acerca de lo resuelto por el inferior.

El art. 3º de la LPAN al respecto expresa que «...será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario». Reitera el concepto en el art. 2º RLPAN, que faculta a los ministros y secretarios de la Presidencia de la Nación a «avocarse al conocimiento y decisión de un asunto a menos que una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior».

En el orden local el art. 2º LPAS prevé que la competencia es irrenunciable, «...salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes»; y el art. 12 que «También puede el delegante avocarse al conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda al delegado en virtud de la delegación». Admite además en el art. 14 la avocación en la desconcentración, excepto cuando la competencia desconcentrada haya sido atribuida por ley.

Para caracterizar claramente a la avocación conviene establecer sus diferencias con la delegación. Así,

- a) A diferencia de la delegación en donde el órgano superior transfiere todo o parte de sus funciones al inferior -transferencia genérica-, en la avocación el superior asume la decisión de un acto concreto que corresponde a la competencia del inferior.
- b) La avocación se agota en cada acto concreto; la delegación tiene efectos continuos hasta que sea revocada.
- c) La avocación procede siempre respecto de facultades que son propias del inferior; mientras la delegación procede respecto de facultades propias del superior.
- d) En la delegación la competencia pertenece siempre al superior; en cambio en la avocación la competencia es del inferior.
- e) La responsabilidad del delegado coexiste en general con la del delegante; la responsabilidad del inferior en cambio desaparece en caso de avocación, pues en tal situación el acto es dictado directamente por el superior, quién es entonces plena y exclusivamente responsable de sus consecuencias.

4.- Jerarquía.

No se concibe a una organización administrativa donde todos los individuos que en ella se desempeñan tuvieren igual rango⁹⁶; ello impediría que unos dieran órdenes o directivas y otros estuvieren obligados a cumplirlas. Tal situación motivaría la inexistencia de coordinación y transformaría en inoperante toda actividad. De ahí la existencia de «superiores» e «inferiores» vinculados por una relación de *su-*

⁹⁵ Gordillo, Tomo 1 XII-26.

⁹⁶ Marienhoff, Tomo I, pág. 563.

premacía y subordinación, respectivamente. La jerarquía entonces aparece como una institución esencial para cualquier organización eficiente y constituye una manifestación específica de la actividad administrativa.

Gordillo⁹⁷ la entiende como una relación jurídica administrativa interna que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción. Para Cassagne es «el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados», pues la jerarquía es una relación entre órganos de una misma persona jurídica.

Marienhoff⁹⁸ ubica su origen histórico en el derecho canónico, en donde se adjudica a la palabra jerarquía el significado de cuidado de las cosas sacras, para referirse después a la gradación entre sujetos eclesiásticos que tenían determinada potestad de orden, magisterio y jurisdicción. Afirma que recién con el advenimiento del constitucionalismo y durante el s.XIX, se trasplantó al Estado.

La primera característica de la jerarquía es que se trata de una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo, y no entre distintos sujetos administrativos. Distingue el poder jerárquico que se da entre órganos de un mismo sujeto administrativo centralizado, del control administrativo (o tutela administrativa) que aparece entre sujetos de la administración descentralizada. Así el poder jerárquico funciona cuando hay centralización, desconcentración y delegación, y el control administrativo únicamente cuando existe descentralización. Mientras el poder jerárquico abarca la totalidad de la actividad del inferior (controla tanto la legitimidad como la oportunidad de la actuación del inferior), el control administrativo del Poder Ejecutivo sobre los entes descentralizados solo abarca parte de sus decisiones, permitiendo revisar solo la legalidad de su acción.

La jerarquía es típica de la organización administrativa. No es posible aplicarla de la misma forma en el Poder Judicial, dado que en el ejercicio de la función jurisdiccional no existe subordinación entre los tribunales de distinto nivel, sino que estos actúan coordinadamente conforme a los regímenes de procedimientos (el más modesto juzgado falla con el mismo poder jurídico que la Corte); tampoco es posible usarla para la actividad legislativa propiamente dicha. Marienhoff⁹⁹ señala que en la relación jerárquica hay «poder de mando «o» poder jerárquico». Este se concretará cuando haya:

- a) posibilidad de que el superior jerárquico dirija e impulse la acción del inferior, dando órdenes
- b) posibilidad de dictar normas de carácter interno de organización o de actuación (instrucciones, circulares, etc.) que los inferiores estén obligados a cumplir
- c) posibilidad del superior de nombrar a los integrantes de los órganos inferiores en el ámbito de su competencia
- d) posibilidad de avocación de facultades, es decir de asumir el conocimiento de algún trámite que tenga su cargo el órgano inferior
- e) facultad de vigilancia, control y fiscalización por el superior, de oficio o a pedido de parte, tanto sobre los actos como sobre la persona del inferior
- f) facultad de resolver los conflictos o cuestiones de competencia surgidas en los órganos inferiores.

Si bien la jerarquía implica siempre una relación, ella se basa en la preexistencia de una serie de órganos caracterizados por dos figuras típicas de toda organización: *la línea y el grado*¹⁰⁰. La línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos en sentido vertical, mientras que el grado es la posición o situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea.

Es así entonces que habrá relación jerárquica cuando: a) haya superioridad de grado en la línea de competencia y, al mismo tiempo, b) igual competencia en razón

⁹⁷ Gordillo, op. cit., Tomo 1.

⁹⁸ Tomo I pag. 564.

⁹⁹ Marienhoff, Tomo I, pág. 565; Cassagne, Tomo I, pág. 275.

¹⁰⁰ Cassagne, Tomo I, pág. 274.

de la materia entre el órgano superior y el inferior. Con estos dos requisitos se habrá configurado la relación jerárquica.

Debe recordarse que a la serie de poderes del superior jerárquico le corresponden otros tantos deberes del inferior que derivan de su «subordinación» al superior siendo que esta no es ilimitada, pues la obediencia lo es siempre respecto de lo que se actúe legalmente. Respecto de ello existen dos criterios dispares:

1. En el primer concepto que puede calificarse como de la obediencia absoluta, que admite en determinadas condiciones y circunstancias la desobediencia. En este último caso el problema consiste en determinar cuando procede desobedecer o cuando procede el 'derecho de examen', cuestión que constituye una excepción. La voluntad del agente aparece aquí aniquilada por la del superior. Ello tiene como consecuencia que al obedecer el inferior órdenes ilegítimos carece de toda responsabilidad, la que se traslada al superior.
2. En el segundo concepto el límite del deber de obediencia está fijado por la competencia del órgano superior. La cuestión acá está en determinar que amplitud tiene el derecho a examen del inferior sobre la orden impartida. Se admite así que el inferior tiene derecho al control formal, es decir al control externo de la competencia del superior; y también al control material, o sea el que se vincula al contenido mismo de la orden, lo que le permite comprobar si esta no viola de manera evidente la ley. Si la orden es 'manifiestamente' ilegal no corresponde que sea obedecida. Esta última es la posición más admitida.

Frente al 'derecho de examen' existe la llamada 'teoría de la reiteración', en cuyo mérito si el agente público considera que la orden es contraria a la ley no debe observarla, pero si el superior la reitera el agente tiene el deber de cumplirla y su responsabilidad civil queda cubierta por tal circunstancia. La jurisprudencia ha admitido la concepción de la legalidad formal y material, y nunca aceptó la tesis de la obediencia absoluta (u obediencia debida) ni liberó de responsabilidad al funcionario que incurrió, por tal motivo, en delito.

El poder jerárquico dice Diez¹⁰¹, se ejerce sobre todos los funcionarios en general pero existen algunos que por la posición especial que ocupan están excluidos del deber de obediencia jerárquico, más no de obedecer la ley. Entre otros el Presidente de la Nación; el gobernador de una provincia; los órganos consultivos -que deben expedirse conforme a su ciencia-; los de control -que solo obedecen a los órganos internos de su propia organización-; los que realicen funciones estrictamente técnicas; los docentes en el marco de su actividad específica -donde rige la libertad de cátedra- mas no en el aspecto administrativo. Ello no significa que estén exentos de todo control, pero este se realizará de manera diferente.

La LPAS refiere -arts. 13 al 16- al poder jerárquico y al deber de obediencia, tanto en la administración centralizada como en la desconcentrada y en la delegación.

5.- Centralización, descentralización y desconcentración

Centralización, desconcentración y descentralización constituyen modalidades para realizar la actividad de la Administración en el marco de la organización administrativa.

Centralización

Marienhoff¹⁰² destaca que en la centralización, la actividad administrativa se realiza directamente por el órgano u órganos centrales que actúan como coordinadores de la acción estatal. El órgano inferior carece entonces de libertad de acción, de

¹⁰¹ Diez, op. cit., Tomo II, pág. 49 y siguientes.

¹⁰² Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 581.

iniciativa, de poder de decisión, las que son absorbidas por los órganos centrales. Existe una obvia subordinación entre los órganos inferiores respecto del órgano central. En el mismo sentido, Gordillo¹⁰³ señala que en este caso las facultades de decisión están reunidas en órganos superiores de la administración y que este es el estadio más primitivo de la administración pública central.

Centralizar importa reunir varias materias en un centro común o único de decisión, e implica necesariamente dependencia de un poder u órgano central. Los órganos que integran la administración centralizada guardan entre sí una relación vertical o piramidal; convergen hacia una autoridad con quién se enlazan los demás órganos del sistema. Estos órganos no están dotados de personalidad jurídica propia; por el contrario, se agrupan respecto de otros, se enlazan y unifican para la acción en situación de dependencia y subordinación manteniendo estricta relación jerárquica.

El concepto de centralización (o su opuesto descentralización) admite diferentes enfoques, pero en definitiva la cuestión se reduce a decidir si las competencias creadas para el cumplimiento de los cometidos del Estado deben agruparse solo en los órganos de la Administración Central, o por el contrario deben repartirse entre distintas entidades estatales con personalidad jurídica propia. Las experiencias son tantas como países existen e incluso en Francia, país de gran tradición por el centralismo administrativo, hay una tendencia a descentralizar competencias hacia entes locales, independientes y representativos.

Descentralización

En la descentralización la actividad administrativa se realiza indirectamente por un ente distinto de la Administración Central. Este se constituye como un ente u órgano dotado de autonomía, separado de aquella, con personalidad jurídica, patrimonio y órganos internos propios, que expresan la voluntad de dichos entes independientemente de la voluntad de la Administración central. La competencia que le es asignada le otorga al órgano descentralizado libertad de acción, que se traduce en determinados poderes de iniciativa y de decisión.

La descentralización tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico confiere atribuciones administrativas o competencias públicas, en forma regular y permanente, a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre y por cuenta propios, bajo el control del Poder Ejecutivo. Gordillo¹⁰⁴ afirma que a partir de la reforma de 1994, se enfatizan las autoridades administrativas independientes, algunas descentralizadas y otras desconcentradas.

La descentralización y la centralización si bien conceptos jurídicos, son antes modos de la organización administrativa. La primera se orienta a limitar a la segunda en función de una adecuada actividad y funcionamiento de la administración.

Si bien hay autores que afirman que la potestad de descentralizar constituye un corolario de la potestad de dictar normas sobre organización administrativa, lo que corresponde en principio al Poder Ejecutivo, la mayoría de la doctrina coincide, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 42 y 75 inc. 30) que la descentralización debe ser dispuesta siempre por ley del Congreso (o de las Legislaturas en su caso), pues no solo importa crear un ámbito de competencia diferenciado de la Administración central, sino que muchas veces se atribuyen funciones vinculadas al ejercicio del poder de policía que se proyectan en limitaciones a las libertades públicas, siendo que además se les asigna patrimonio propio que se constituye a partir de recursos del Estado. Quienes discrepan con esto se apoyan en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dijo: «Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente» (Fallos, 53:434). En

¹⁰³ Gordillo, op. cit., Tomo 1 XIV-1.

¹⁰⁴ Gordillo, op. cit., Tomo 1 XIV-1.

la realidad jurídica existen entidades constituidas por el Poder Ejecutivo y otras por el Poder Legislativo, aunque en rigor las primeras lo fueron antes de 1994. En la Provincia de Salta, desde la Constitución sancionada en 1986, el art. 127 inc. 4 atribuye dicha función a la Legislatura.

En la descentralización hay una distribución de competencias que en principio corresponden al Poder Ejecutivo, entre órganos o entes que siguen dependiendo de él a través del poder jerárquico o de control administrativo. No hay traspaso de funciones sino adjudicación o imputación de atribuciones para un determinado y específico fin.

La distinción entre centralización y descentralización puede exponerse de la siguiente forma, valorando su conveniencia:

- 1) La centralización permite: a) la consolidación del poder político, b) la posibilidad de repartir cargas en los servicios muy generales, c) mediante la jerarquía se asegura la regularidad y moralidad de la administración al existir un control centralizado, d) mantiene uniformes los cuadros sociales que sustentan la democracia.
- 2) A su vez, la descentralización permite: a) una mejor adaptación del servicio a las necesidades de los interesados; b) es democrática al abrir la gestión a la participación de los interesados; c) permite atender los servicios sin sobrecargar de trabajo a las autoridades superiores; d) permite una gestión más rápida y eficaz.

No obstante que la descentralización tiene mayores adeptos existe acuerdo que también debe tener límites, en tanto siempre es conveniente algún grado de conducción y control centralizado para evitar la dispersión en la acción.

Gordillo¹⁰⁵ señala como *características* de un ente descentralizado, las siguientes:

- a) Tiene personalidad jurídica propia, esto es puede actuar por sí mismo y en nombre propio.
- b) Cuenta o ha contado con una asignación legal de recursos del presupuesto público. Estos pueden también conformarse, según la ley de su creación, con la percepción de algún impuesto o tasa que gestionará en forma directa.
- c) Su patrimonio es estatal, es decir el ente es siempre propiedad del Estado en el sentido que este puede eventualmente, suprimirlo y establecer el destino de sus fondos.
- d) Tiene capacidad de administrarse a sí mismo. La competencia que le fue atribuida lo habilita para resolver todos los problemas que plantee su actuación sin tener que recurrir a la Administración central.
- e) Por lo dicho más arriba, es creado por ley del Congreso (o las legislaturas en su caso).
- f) Está sometido al control estatal, aunque este varíe en su intensidad según el tipo de ente.
- g) El ente persigue en principio un fin público, aunque hay veces que se constituyen para realizar una actividad comercial o industrial.

Por otra parte la LPAS en sus arts. 18 y 19, refiere a la descentralización, y en los arts. 20 a 24 regula la intervención de estas entidades, sus motivos y formas. Son ejemplos de entidades descentralizadas o autárquicas los entes reguladores de servicios públicos, el Instituto de la Salud de Salta, las universidades nacionales, entre muchos otros).

Desconcentración

Marienhoff¹⁰⁶, afirma que la descentralización presenta dos formas:

¹⁰⁵ Gordillo, op. cit., Tomo 1 XIV-2.

¹⁰⁶ Marienhoff, op. cit., Tomo I, pág. 588.

- a) Aquella en donde el órgano respectivo se halla dotado de personalidad jurídica propia: es la descentralización orgánica o subjetiva, también llamada autárquica. El órgano así creado tiene personalidad jurídica y competencias específicas.
- b) Aquella en la que el órgano correspondiente carece de personalidad jurídica propia: es la descentralización jerárquica o burocrática, que en países como Francia es denominada «desconcentración». Se trata de organismos dependientes del poder central a los que se les otorga ciertos poderes de iniciativa y decisión. En Italia se los denomina *uffici*.

El art. 17 LPAS menciona que existe desconcentración cuando el ordenamiento jurídico confiere en forma regular y permanente, atribuciones a órganos inferiores dentro de la misma organización administrativa centralizada o del mismo ente estatal.

Gordillo¹⁰⁷ destaca que en la desconcentración se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal (Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios de Estado, Procurador del Tesoro de la Nación, direcciones generales, etc.). El órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y patrimonio propios y está jerárquicamente subordinado a las autoridades superiores del organismo del que depende.

La desconcentración es también una técnica de agrupación o distribución de competencias permanentes. En la descentralización existe atribución de personalidad jurídica y una relación intersubjetiva entre el órgano descentralizado y la Administración central; en la desconcentración hay una típica relación interorgánica, pues ella se da en el marco mismo de la propia entidad estatal¹⁰⁸.

No debe confundirse con la delegación, pues en esta la técnica de distribución de funciones de un órgano superior a otro inferior es siempre transitoria, en cambio en la desconcentración la asignación de competencias a un órgano es permanente adquiriendo este facultades decisorias que antes no tenía.

La desconcentración nace siempre de una habilitación legal que proviene, en general, de una ley formal, aunque nada impide que sea el mismo Poder Ejecutivo el que la atribuya dentro de su zona de reserva a sus órganos dependientes (son ejemplos de desconcentración la Administración General de Ingresos Públicos, la Dirección de Rentas, la Policía Federal o provinciales, el Registro Civil, la Inspección General de Justicia, entre muchas otras).

6.- Función administrativa: acto, hecho, reglamento y contrato. Facultades regladas y discrecionales: límites y revisión judicial.

En este tema cabe remitir a lo expuesto en los puntos 6 y 7 del Capítulo III.

7.- Los Agentes del Estado. Concepto. Nacimiento y formas de la relación de empleo público. Derechos y deberes. Responsabilidad del agente estatal. Extinción de la relación.

Para el cumplimiento de las funciones administrativas y la realización de sus cometidos, el Estado necesita de la colaboración y actividad de personas físicas. De lo contrario, no se podrían concretar sus funciones y fines.

Para que la administración funcione debe organizarse. La organización se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias (ámbitos de actividad) a esos órganos. Pero tal como se hizo al analizar la 'teoría del órgano', cabe diferenciar entre 'órganos institución' y 'órganos persona'. Es a los órganos institución a los que se les asignan funciones y competencias. Pero éstos se inte-

¹⁰⁷ Gordillo, op. cit., Tomo I, XIV-1.

¹⁰⁸ Cassagne, op. cit., Tomo 1 pág. 295.

gran necesariamente con personas físicas, que son las que transmitirán o expresarán la voluntad del órgano institución. Esa voluntad expresada por personas físicas que denominamos 'órganos individuales' se atribuye o se imputa a la persona jurídica u órgano institución de la que forma parte¹⁰⁹.

Entonces, el estudio de este tema implica conocer de que manera se relacionan o se incorporan las personas físicas o individuales a la persona jurídica Estado, sea se considere a este configurado en la administración centralizada o descentralizada, y en cada órgano que lo integra (Vg.: ejecutivo, legislativo y judicial). Los funcionarios, empleados o agentes públicos son esas personas físicas u 'órganos individuo' de los que el Estado se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas.

Concepto de empleo público. Naturaleza. Régimen jurídico

Respecto de quienes titularizan la función pública era común se diferenciaban, según la jerarquía, capacidad de decisión o actividad de ejecución que tuvieran asignada, entre 'funcionario público' y 'empleado público', distinción que en realidad no refleja la realidad de la actividad administrativa pues no es posible hallar agente alguno del Estado que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar. Hasta la menor jerarquía decide y hasta la mayor jerarquía ejecuta.

Dicha distinción carece de base lógica y también legal¹¹⁰, pues la legislación en general, a los efectos de la asignación de competencias o de la responsabilidad penal, civil, administrativa o internacional, alude al personal público cualquiera sea la función que ocupe o el nivel jerárquico que haya alcanzado. Los regímenes normativos tienen muchas denominaciones pero todos refieren a lo mismo: el agente del estado. En tal sentido, el Marco de Regulación Nacional de Empleo Público (ley 25164 y Decreto 1421/04) menciona a los agentes del estado como «trabajadores que integran el servicio civil de la Nación», y el Estatuto del Empleado Público de Salta (ley 5546) los define como «personal de planta permanente de la Administración Pública» o simplemente como «empleados públicos». La misma Constitución Nacional de 1853, en cuanto a la duración del mandato del Presidente y Vice de la Nación, dice que «...duran en sus *empleos* el término de...»; la reforma de 1994 cambió por el «...duran en sus *funciones*...» (art. 90).

La circunstancia de resultar indistinto referir al personal del Estado como funcionario o empleado no importa que no existan en el seno mismo de la Administración Pública diferentes regímenes laborales. En efecto, la relación de empleo público queda sometida en general a un mismo régimen jurídico de naturaleza estatutaria, en donde se unifican los procedimientos para el acceso, carrera administrativa, escalafón, derechos, deberes, licencias, responsabilidades y extinción del contrato de los agentes (los ya citados en el párrafo precedente, nacional y provincial), pero estos mismos establecen excepciones para cierto personal como el de planta política, el de cargos electivos, militares e integrantes de fuerzas de seguridad, diplomáticos, áreas de salud pública y educación, entes reguladores, organismos descentralizados y autárquicos, entre otros, a quienes somete a normativas especiales dada la naturaleza específica de sus actividades. Incluso se contempla la aplicación, en ciertos ámbitos determinados, del régimen del contrato de trabajo privado.

Lo cierto es que lo que caracteriza al agente administrativo es la índole de la actividad que ejerce; es decir, la realización de funciones esenciales y propias de la Administración. En tal sentido, la noción conceptual de empleado desde un punto de vista amplio es la de toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas del Estado, es decir fines públicos propios del mismo.

¹⁰⁹ Conf. Marienhoff, op. cit. Tomo III-B, pág. 8.

¹¹⁰ Gorrillo, op. cit., Tomo 1 XIII-5.

En cuanto a la naturaleza de la relación de empleo público mucho ha discutido la doctrina. Por lo pronto, y salvo escasas excepciones dispuestas por los mismos sistemas normativos, esta vinculación se rige por el derecho público excluyéndose claramente al derecho privado.

Ahora bien, hay quienes sostienen que el vínculo entre el agente y la Administración trata de un contrato administrativo; otros entienden que el acto de nombramiento es un acto administrativo unilateral, que necesita como condición el previo consentimiento del interesado.

Quienes entienden que el vínculo se crea unilateralmente o por vía reglamentaria señalan que es la Administración la que emite el acto administrativo de designación, siendo que el consentimiento del empleado en el caso no es considerado para tal fin, y que solo se tiene en cuenta no para determinar la existencia de la relación de empleo que nace con el mismo acto administrativo emanado del imperio que el Estado ejerce, sino simplemente implica la mera aceptación de la función encomendada.

Esta misma posición era sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos 'Labella', de 1942, y 'Gerlero' de 1951, entre otros), la que luego mutó su criterio admitiendo que la naturaleza jurídica de la relación de empleo público, es decir la relación entre la organización administrativa (órgano institución) y el sujeto particular (órgano individuo) que se incorpora a ella es de naturaleza contractual, pues en donde hay consentimiento expresado por dos voluntades opuestas para producir un efecto jurídico existe siempre un contrato.

La administración pública acepta tomar a una persona a su servicio para cubrir un cargo vacante o realizar una tarea determinada. El funcionario o empleado acepta ingresar al servicio de la Administración Pública por el pago de un salario o el reconocimiento de honores o beneficios. La voluntad de ambos es coincidente en tal sentido, ninguno obliga al otro para que presente ese consentimiento que derivará en la prestación de servicios de naturaleza pública. Ambos persiguen fines opuestos: uno la prestación de un servicio tendiente al cumplimiento de sus fines; otro, para obtener un sueldo, honores o ciertos y determinados beneficios.

Como lo señala Gordillo¹¹¹, el hecho de que se reconozca como contrato la relación de empleo público, no significa que haya entre las partes una relación de igualdad jurídica, pues en realidad el servidor público está siempre en una relación de subordinación ante la Administración; incluso tampoco excluye la existencia de contrato el que la regulación jurídica de la relación sea persistente y que el servidor deba 'adherirse' a ella imperativamente, pues ello no aparta la relación consensual, pues el acuerdo se perfecciona por el acuerdo de voluntades de las partes. Hay entonces una declaración de voluntad común, que es lo que caracteriza todo contrato.

No cabe confundir 'empleo público' con 'carga pública', en donde la Administración, por determinadas circunstancias de interés público, puede obligar a una persona a hacer o no hacer alguna cosa independientemente de su voluntad, lo que no excluye si fuera el caso el que luego se le retribuya o indemnice la prestación brindada o el servicio prestado.

Por último, como lo expresa Comadira¹¹², independientemente de la diferencia de sistemas hay una tendencia a 'profesionalizar' la administración pública, es decir que en esencia se tiende a que la actividad del agente constituya un ejercicio comprometido, voluntario y continuo de la función pública. En la Argentina ello ha tenido validez relativa dada las continuas emergencias y racionalizaciones a que se ha sometido a los empleados públicos en las últimas décadas.

¹¹¹ Gordillo, op. cit. Tomo 1 XIII-31.

¹¹² Comadira, Julio R., «Derecho Administrativo», pág. 618, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003.

Caracteres de la relación de empleo público

Marienhoff¹¹³ menciona que el vínculo que entabla la Administración con la persona que se incorpora como agente público a un órgano institución, tiene ciertas características específicas:

- a) El cargo debe ser ocupado y ejercido personalmente por el empleado. Ello constituye una nota esencial de la relación en tanto la competencia le ha sido conferida expresamente al órgano y es ejercida sólo por quién lo titulariza. Por ello toda sustitución o delegación debe ser expresa y previamente autorizada
- b) La designación solo puede recaer sobre personas físicas, no pudiendo calificarse de empleo público la relación que se entabla con una persona jurídica
- c) La relación de función o empleo público tiene lugar en vida del funcionario o empleado. No existen ni pueden existir designaciones *post mortem*, pues el ejercicio de la competencia es concreto y actual y tiende a la realización de los fines estatales
- d) La designación tiene efectos siempre para el futuro (*ex nunc*), rechazándose la posibilidad de efectos retroactivos. La designación con carácter retroactivo implicaría la existencia de un funcionario de facto, es decir de personas que hubieran cumplido funciones antes del acto administrativo de designación. Existen casos de actos de nombramiento que por efecto de la burocracia aparecen a la vida cuando el agente ya ha tomado posesión de sus funciones, en cuyo caso se utiliza la figura reprochable del 'reconocimiento de servicios, por el cual la administración admite esa actividad anterior al acto de designación. Ello en general está prohibido y genera responsabilidades en el agente

Los requisitos atinentes a la duración del ejercicio del cargo, retribución, forma de ingreso y carácter voluntario de la designación, como las obligaciones y deberes que titulariza un funcionario o empleado, no son en realidad datos relevantes para caracterizar la relación de empleo público.

Nacimiento y formas de la relación de empleo público

El modo como nace la relación de empleo público está vinculado a las distintas clases de funcionarios y empleados de que se trate, pues la naturaleza del cargo determina el modo de acceso al mismo. Es posible señalar básicamente dos tipos de funcionarios:

- a) Electivos o designados por elección popular. Según las normas constitucionales ellos son: presidente, vicepresidente, diputados y senadores nacionales y provinciales, gobernador, vicegobernador, intendentes y concejales municipales.
- b) Designados por autoridad competente, entre los que se cuentan tanto los que nombra el ejecutivo o los titulares de cada uno de los poderes del Estado (legislativo, judicial y demás órganos constitucionales como el Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, Defensor del Pueblo, etc.), como aquellos que requieren acuerdo del Senado. En el primer caso están entre otros, los mencionados en los arts. 99 inc. 7 y 100 inc. 3 de la Constitución Nacional; en el segundo, los magistrados y funcionarios que la Constitución expresamente menciona (jueces, embajadores, ministros plenipotenciarios, oficiales superiores de las fuerzas armadas).

Las denominadas designaciones *ad honorem* no importan típicamente la creación de una relación de empleo público.

El art. 16 de la Constitución Nacional que reconoce la igualdad ante la ley de todos los habitantes, expresa que para el acceso al empleo público se requiere como cualidad específica la 'idoneidad'. El contenido de este precepto es reglamentado normalmente en los sistemas normativos que rigen la función pública, en donde se

¹¹³ Marienhoff, op. cit., Tomo III-B, pág. 27.

define su alcance y naturaleza con las variantes que son propias de cada política de empleo que se desarrolla en cada Provincia o en la Nación misma.

Las condiciones exigidas para el acceso a la función varían según el tipo o clase de funcionario de que se trate. En los cargos electivos, el nombramiento es precedido por la votación popular de candidatos que reúnen los requisitos que exige la Constitución Nacional (o provincial, en su caso). Así, para ser diputado nacional (art. 48) se requiere haber cumplido 25 años, tener 4 años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija o con 2 años de residencia en ella. En los cargos calificados como de naturaleza política y que designa la autoridad competente se requiere, en todos los casos, ser mayor de edad (en cuanto ello importa tener responsabilidad plena ante las consecuencias de las decisiones que el funcionario adopte) y los requisitos que la legislación especial determine al efecto.

Distinto es el supuesto de quienes ingresan en la Administración Pública a la carrera administrativa (habitualmente a través de decreto del ejecutivo o por resolución del ministro o jefe de gabinete), en donde el marco de la regulación de empleo público (o sus similares provinciales) incluye diferentes exigencias, entre ellas el de acceder por el primer cargo inferior del escalafón, mayoría de edad, ser argentino, nativo o por opción, o naturalizado (se admiten excepciones); tener condiciones de conducta e idoneidad (dependerá si es exigido título universitario o cierto grado de escolaridad, o determinada capacidad técnica), aptitud psicofísica (hay disposiciones especiales para discapacitados). No se admite el ingreso por ejemplo, de quienes tengan condenas por delitos dolosos o en perjuicio de la administración, de quienes esté inhabilitado para ejercitar un cargo público o los que hubieren sido exonerados o cesanteados por la administración pública nacional, provincial o municipal, entre otras previsiones al respecto. Se encuentra expresamente prohibida la discriminación por razones de creencias religión, ideología política o sexo del aspirante.

El proceso de acceso a la función varía según el tipo de función o el ámbito o poder de que se trate. En general se mantiene aun el sistema de funcionario de confianza, es decir el nombrado en base al cumplimiento de requisitos formales pero de conocimiento de la autoridad que lo designa, cuestión severamente criticada con razón pues con ello se excluye la normal selección entre los más aptos para la función. El régimen nacional instituido por la ley 25.164, deja sentadas las bases para superar el arbitrario sistema vigente, imponiendo como principios y criterios: a) transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cumplir; b) promoción y avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y exigencias de capacitación acordes con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar; y c) previsión de sistemas sustentados en el mérito y la capacidad que motiven su promoción en la carrera.

Tal como lo señala la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. 3 inc. 5), debe propenderse a fortalecer los sistemas de contratación de funcionarios asegurando la publicidad, equidad y eficiencia.

En cuanto al régimen de revista del agente, en el marco de regulación del empleo público nacional el acceso a la función puede producirse en una situación de estabilidad (carrera administrativa), bajo régimen de contrataciones (personal transitorio, temporario o jornalizado) o como personal de gabinete (o político sin estabilidad), señalándose que la situación del personal *ad honorem* será reglamentada por el Poder Ejecutivo de conformidad a las características propias de su relación (art. 7º de la ley 25.164). Dispositivos similares contienen los regímenes provinciales.

Derechos de los agentes públicos administrativos

La enumeración de los derechos reconocidos al agente administrativo está contenida en general en los regímenes estatutarios y reglamentarios que los rigen; y si bien es posible realizar una descripción genérica de ellos, esta no será completa

pues en muchos casos dichos estatutos difieren en su alcance y número, según las provincias en que rigen.

En ese orden de ideas debe recordarse además que las disposiciones de la emergencia económica, que se emiten sucesivamente sin solución de continuidad a partir del año 1989, que todavía rigen, aunque con diferente alcance, en virtud de sucesivas prórrogas tanto en el ámbito nacional como provincial, han afectado o restringido ciertos derechos de los agentes públicos.

Para describirlos resulta adecuado seguir en general la sistematización que realiza Marienhoff¹¹⁴, aunque teniendo en cuenta también la ley 25.164 y sus disposiciones reglamentarias¹¹⁵, como lo mencionado por los autores que en cada caso se indican. Estos derechos son:

a) *Remuneración.* Constituye un derecho esencial del agente e implica la concreta contraprestación por los servicios que le son exigidos en virtud del contrato de empleo que lo vincula al Estado. Nace a partir del mismo momento en que el empleado preste efectivamente el servicio para el que fue contratado, o desde que pone la disposición de la Administración de su fuerza de trabajo para que esta disponga de ella. La retribución salarial siempre deberá ser en dinero, aunque pueda completarse con beneficios sociales o prestaciones en especie (asignaciones familiares, vales alimentarios, tiqués canasta, vivienda, viáticos, entre otros supuestos). El régimen de la ley 25.164 refiere a ello como «Retribución justa por sus servicios, con más los adicionales que correspondan» (art. 16 inc. b).

La retribución del agente tiene tutela legal y en principio, no podría ser suprimida ni disminuida, aunque en este último caso se han tolerado reducciones¹¹⁶ por causas de emergencia económica siempre que la decisión que así lo disponga no sea confiscatoria, lo cual ocurre cuando supere más del 33% del valor nominal. Desde ya puede ser incrementado o reajustado, incluyendo a mayores beneficios. También, los regímenes legales tutelan la embargabilidad del salario impidiendo que se constituyan gravámenes mayores al 20% de su importe total, excluidas las asignaciones familiares, y declarando inembargable el salario mínimo vital y móvil, cuyo importe fija la autoridad nacional del trabajo.

b) *Estabilidad.* La Constitución nacional (art. 14 bis) impide que el agente sea separado o cesado en el cargo o empleo sin justa causa debidamente comprobada. Constituye uno de los derechos más importantes del agente público y que marca claramente la diferencia de régimen con el empleado en el sector privado. No es igual a 'inamovilidad', aunque algunos autores confundan tales términos (inamovilidad es la imposibilidad de trasladar al agente entre un cargo u otro o entre distintos lugares u organismos, atribución que en realidad tiene el Estado con límites legales).

Se trata de una garantía constitucional operativa de alcance nacional (rige en la Nación, provincias y municipios) aunque no es absoluta y reconoce excepciones, lo que ha llevado a establecer una distinción: 1) Estabilidad Propia: constituye un impedimento para sustituir la permanencia del agente en su cargo por una indemnización; solo es posible removerlo con causa justificada y suficiente, previo sumario que garantice su derecho de defensa. De lo contrario tendrá derecho a ser reincorporado o a una indemnización, según sea su opción¹¹⁷; 2) Estabilidad Impropia: es posible producir la ruptura del vínculo laboral público mediante el pago de una indemnización. La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹⁸ reiteradamente afirmó que la ga-

¹¹⁴ Marienhoff, op. cit., Tomo III-B, pág. 264 y siguientes.

¹¹⁵ Ver también la ley 24.185, que establece el régimen aplicable a las negociaciones colectivas en la Administración Pública Nacional y sus empleados, su Decreto reglamentario N° 447/63 y el Decreto N° 66 del 29 de enero de 1999, que homologa el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional.

¹¹⁶ Marienhoff, Tomo III.B, pág. 271.

¹¹⁷ Comadira, op. cit., pág. 624.

¹¹⁸ CSJN, Fallos 307:1189, 310:1065, entre muchos otros.

rantía a la estabilidad reconocida al agente público constituye un derecho relativo; por lo que ella se satisface cuando, mediante una disposición de carácter general, (habitualmente una ley), la Administración indemniza los perjuicios derivados de una cesantía motivada en causas objetivas que atiendan a una finalidad pública (Vg.: racionalización administrativa; situaciones de emergencia económica).

No todos los agentes públicos gozan de estabilidad. No pueden invocarla: 1) el personal que no haya cumplido con el lapso mínimo de ejercicio efectivo de su cargo, como lo exigen normalmente las normas estatutarias; 2) el personal de gabinete de los ministerios, que la Constitución de Salta denomina 'escalafón político'; 3) los empleados suplentes o interinos; 4) los agentes designados 'en comisión', cuando se requiera su ratificación por el Senado y este se encuentre en receso; 5) cuando el agente esté en condiciones de obtener su jubilación ordinaria; 6) el personal transitorio o contratado.

El marco Regulatorio nacional señala, en su art. 17, que el personal que goza de estabilidad tiene derecho no solo a conservar su empleo, sino el nivel y grado de la carrera administrativa alcanzado, todo lo cual es materia de regulación de los convenios colectivos que celebre la administración. Establece allí también que la estabilidad se adquiere cuando el agente reúna los requisitos de idoneidad, lo cual se logra con evaluaciones periódicas de desempeño, capacitación y cumplimiento de las metas de gestión impuestas; tenga por lo menos doce meses de prestación de servicios efectivos en el cargo, aptitud psicofísica y sea ratificado en la función por acto expreso de autoridad competente.

- c) *Derecho a la carrera administrativa.* La mayoría de las legislaciones estatutarias del empleo público consagran este derecho entre los principales reconocidos al agente administrativo. Implica ello estar bien 'encasillado' en el 'escalafón' pertinente, y tener la posibilidad de ascender en los distintos 'niveles' cuando se reúnan las condiciones que el sistema prevé. La Constitución de Salta consagra en su art. 63, el derecho a la carrera administrativa, que debe regularse y organizarse por una ley formal (la ley 5546 y sus reglamentos), prescribiendo que el ingreso debe producirse a través de sistemas objetivos de selección y el ascenso ser resultado del mérito del agente. El marco regulatorio nacional lo expresa como «igualdad de oportunidades en la carrera» y «capacitación permanente» (art. 16 incs. c y d).
- d) *Descansos o licencias.* El descanso o reposo, diario, semanal y anual, constituye un derecho del agente que contemplan todas las legislaciones. Se concreta a través de 'licencias', ordinarias o especiales, previo el cumplimiento de ciertos requisitos que tienen que ver con la permanencia en el servicio, antigüedad en el cargo y nivel alcanzado en la carrera administrativa. Conforme al art. 14 bis de la Constitución Nacional, el descanso y las vacaciones deben ser pagados por el empleador, en este caso el Estado, y computarse en días hábiles laborales.
- e) *Debido tratamiento.* Ello está vinculado al orden interno de la Administración y también a su orden externo. Ciertos funcionarios tiene derecho, por su investidura, a ser tratados de una manera particularmente honorífica, como reconocimiento a su jerarquía (Ej.: gobernador, legisladores, funcionarios de nivel jerárquico). El art. 13 de la Constitución de Salta, que consagra el principio de igualdad, no excluye el debido respeto hacia quienes invisten funciones de jerarquía, sea por designio popular o por designación directa en cargos políticos, pero suprime el tratamiento de excepción para ellos, cualquiera sea su investidura que tengan. Desde ya que ello tiene que ver no con la persona del funcionario sino con la función que inviste, siendo que el respeto y cortesías deben ser mutuos en tanto este precepto constituye el derecho deber de ser considerado y dar adecuado trato a los administrados.
- f) *Derecho a integrar asociaciones profesionales.* Si bien hoy parece obvio, sobre

todo a partir de la suscripción por la Nación de ciertos tratados de Derechos Humanos y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ello no siempre fue así y, hasta prácticamente avanzada la década de 1970, la posibilidad de agremiación y asociación tuvo importantes limitaciones. La consecuencia de dicha garantía es que el trabajador administrativo tiene la posibilidad, si que ello implique incumplimiento de sus funciones, de ejercitar los medios de presión que la Constitución, los tratados y la ley le reconocen (huelga y medidas de acción directa, entre otros). Dado que ningún derecho es absoluto, se ha reglamentado con ciertas limitaciones en orden a la prestación de los servicios públicos denominados esenciales. La ley 25.164 habilita a los representantes gremiales a participar, por intermedio de las organizaciones que integran en los procedimientos de calificación y disciplina, de acuerdo a los convenios colectivos que celebren (art. 16 inc. m).

- g) *Derecho a ser indemnizado.* Es posible que en ocasión de cumplir con las funciones a su cargo, el agente sufra daños en sus bienes o en su cuerpo. En tal caso, cuando las lesiones personales y pérdidas materiales se produzcan en 'ocasión' o 'con motivo' del trabajo, o en el trayecto entre su casa y el trabajo, el Estado deberá hacerse cargo de los daños producidos y resarcir al agente con una indemnización; desde ya debe prestarle también la atención médica especializada que requiera.
- h) *Derecho a la jubilación o retiro.* La jubilación es un derecho de todo trabajador y por ende, también del agente público. Ella se concreta cuando se han alcanzado los requisitos que los regímenes legales contemplan para tal fin, sea que se obtenga una jubilación ordinaria o extraordinaria, derivada esta última de incapacidad, vejez o anticipada, según el tipo de prestaciones vigentes. El Estado puede exigir a sus trabajadores jubilarse cuando hayan alcanzado los requisitos para obtener la jubilación ordinaria; esta obligación está expresamente contemplada en la Constitución para los jueces (art. 99 inc. 4 Nacional y 156 de Salta), y en algunos regímenes legales (Vg.: docentes universitarios).
- i) *Higiene y seguridad en el trabajo.* Constituye un derecho del agente en exigir que el ambiente laboral en el que se desempeñe, resulte adecuado al tipo de actividad de que se trate, y es responsabilidad del Estado no solo tomar las medidas necesarias para preservar la salud psicofísica del agente, sino asegurarlo contra toda contingencia que ello le pueda producir. Aunque el Estado puede excluirse del sistema de riesgos del trabajo (ley 24.557) autoasegurándose, es decir no tomar un seguro de una Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), es su deber tomar las previsiones adecuadas para evitar todo daño derivado de estos riesgos al trabajador.

De todos estos derechos, solo algunos de ellos corresponden al llamado personal de gabinete (sin estabilidad o político) y a quienes estén comprendidos en el régimen de contrataciones. Desde ya están excluidos de la estabilidad, la carrera administrativa y la capacitación permanente, como de participar en comisiones y procedimientos de calificación y disciplina y de negociar convenios colectivos de trabajo.

Deberes de los agentes públicos administrativos

Fundamentalmente, desde el punto de vista del derecho positivo, las obligaciones y deberes que surgen de la relación de empleo público provienen del régimen estatuario o reglamentario aplicable a la organización de cada administración local en particular (en la Nación la ley 25164, en la Provincia la ley 5546, y sus respectivos regímenes reglamentarios).

A cada deber del empleado le corresponde un correlativo derecho de exigirlo a la Administración, de tal forma que esta tiene en tal sentido derecho a que tales obligaciones y cargas sean cumplidas por el funcionario. En lo concreto los deberes del

agente público guardan equivalencia con el objeto o contenido del contrato de función o empleo público que lo incorpora a la Administración Pública, es decir tienden a la realización eficaz de los cometidos estatales.

Marienhoff¹¹⁹, como distintos autores, la ley marco de regulación nacional del empleo público y los estatutos de empleo público provincial describen, a veces detalladamente, distintos deberes y derechos. Entre los primeros mencionamos:

- a) *Prestación personal*. Fue señalado ya como una exigencia específica y esencial del cargo su prestación personal, no pudiendo delegarse ni sustituirse en otro la actividad a realizar.
- b) *Dedicación al cargo*. La circunstancia de no dedicar tiempo y máxima capacidad al empleo en el que se desempeña, importa no dar cumplimiento a la obligación esencial que el contrato pone a su cargo que implica cumplir horario, ser diligente y eficiente en la tarea que debe realizar, cuidar de los bienes que se le asignan, entre otros aspectos no menos destacables. También incluye los deberes de colaboración, respeto y cortesía
- c) *Residencia del agente*. En general algunas legislaciones estatutarias de los agentes públicos determinan el deber de residir el agente en el área en la que presta servicios, pues ello determina que la función pueda ser ejercitada con la dedicación exigible. La situación dependerá de la distancia y nivel de las comunicaciones existentes, pues no se trata de una cuestión precisa. En el supuesto de traslados con consentimiento del agente, como es el caso de los maestros, la Administración deberá facilitar el lugar de residencia del funcionario como complemento de su retribución.
- d) *Relación jerárquica*. La señala Dromi¹²⁰ como consecuencia del ejercicio del llamado 'poder jerárquico', que importa para el superior la posibilidad de impartir órdenes o instrucciones, o solicitar informes al inmediato inferior, y para este el respetar la escala jerárquica y seguir tales recomendaciones o informar al superior.
- e) *Deber de obediencia*. Constituye este deber una consecuencia del poder jerárquico. Desde ya no cualquier orden obliga al inferior, sino sólo aquella que reúna las calidades de tal y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente. Como es sabido, el deber de obediencia tiene límites y, en tal sentido, las órdenes 'manifiestamente' ilegítimas, o de funcionario claramente incompetente, o que den lugar a actos jurídicos inexistentes, no deben ser cumplidas, lo que indica que el inferior tiene un margen para controlar la legitimidad de la orden. La obediencia tiene razón de ser en la necesidad de mantener la cohesión de la estructura orgánica de la Administración, incentivando el comportamiento coordinado y coherente; pero ella no es absoluta ni podría serlo en un Estado de Derecho.
- f) *Dignidad o conducta decorosa*. La exigibilidad al agente de una conducta decorosa no solo constituye un deber formal ni se limita al ámbito de lo administrativo, sino que tiene una fuerza expansiva a lo que el agente actúa también en su ámbito privado, en la medida en que ello pueda repercutir negativamente en el cumplimiento de sus deberes. La participación del agente en un robo, aún cuando se haya producido durante su tiempo libre fuera del alcance del poder jerárquico, no es una cuestión indiferente para la Administración. La rigurosidad del precepto dependerá también de la jerarquía del agente, pues a mayor nivel mayor capacidad de decisión y, por ende, mayor trascendencia de la actividad personal del individuo.
- g) *Reserva, fidelidad y observancia de los secretos*. Estos deberes resultan inherentes al cargo y están directamente relacionados con el exacto y fiel desempeño del cargo. Guardar un secreto es derivación inmediata del deber de fide-

¹¹⁹ Marienhoff, op. cit., Tomo III-B, pág. 218 y sgtes.

¹²⁰ Dromi, «Manual...», Tomo 1, pág. 335.

dad o lealtad. Constituyen preceptos con alto contenido ético, aunque la difusión de un documento secreto, que ha sido así calificado con arreglo al régimen legal vigente, constituye también un delito penal. Debe recordarse que el secreto en la actividad administrativa es siempre una excepción, pues toda ella es pública al haber adoptado el Estado el sistema 'republicano' de gobierno.

- h) *Obligación de querellar y denunciar criminalmente.* En general los regímenes estatutarios (legales o reglamentarios) contemplan que el agente público deba promover acciones judiciales cuando fuere imputado públicamente de algún delito o irregularidad en el cumplimiento de sus funciones. Incluso, existen regímenes que incentivan este tipo de respuesta habilitando el patrocinio letrado gratuito del servicio jurídico del organismo en el que el agente se desempeñe. Se busca mantener insospechada la conducta y actividad del funcionario, dado que la mácula que pudiere afectarlo incide sobre la imagen y decoro, no solo de su persona sino de la misma Administración.
- i) *Situación patrimonial.* Son tantas y repetidas las acusaciones a funcionarios estatales por la ausencia de transparencia o por hechos de corrupción, que todos los regímenes modernos exigen declarar bajo juramento la situación patrimonial del agente, como así toda modificación ulterior a ello. Incluso hay regulaciones normativas que disponen la publicidad de dichas declaraciones juradas, de tal modo de producir una especie de control público sobre el devenir del agente en su carrera pública
- j) *Incompatibilidades.* Todo agente público tiene la obligación de denunciar situaciones de incompatibilidad conforme al régimen legal a que está sometido. Ello implica que no le es permitido, salvo excepciones expresamente contempladas en la ley, la acumulación de más de un cargo en la Administración Pública o realizar gestiones o actividades que le impliquen sostener intereses contrarios a los de la Administración. La Constitución de Salta, en su art. 62, es muy clara sobre el particular. En general se reconoce que la única actividad que permite sostener dos cargos en la Administración es la docencia no *full time*. Este antiguo principio, ya concebido en las Leyes de Indias, tiene un fin sustancialmente práctico: impide los abusos políticos en el número de agentes estatales y su consiguiente carga sobre el presupuesto nacional, hace a la transparencia administrativa y también a la mayor eficiencia del agente en su función, evitando que la diversificación de actividades o intereses incida sobre la eficacia de su prestación.

Responsabilidad del agente estatal

Como lo recuerda Marienhoff¹²¹, un sistema de derecho administrativo solo es completo si el ciudadano posee un medio para obtener una reparación ante los daños que le cause el Estado o sus funcionarios; pues los autores han considerado que la responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños que causaren en el ejercicio de sus funciones, es una de las más grandes conquistas de la democracia liberal contemporánea.

Es entonces que debe destacarse que el agente estatal, en el cumplimiento de sus funciones, se enfrenta a distintos tipos de responsabilidad: administrativa o disciplinaria; civil o patrimonial, penal y política, cuyas consecuencias producirán diferentes efectos sobre la relación que lo vincula al Estado y respecto de terceros.

El fundamento de esa responsabilidad se encuentra en el mismo contenido de la función pública, que tiene una ordenación jerárquica y consecuentemente, una exigencia de disciplina que es recogida por los regímenes estatutarios que rigen la función pública. Pero aunque no hubiera un 'sistema normativo disciplinario', igualmente la disciplina resultaría exigible pues ella es inherente a la administración jerárquica y a organización administrativa, que no podrían existir sin ella.

¹²¹ Marienhoff, Tomo III-B, pág. 367.

En cuanto a los demás tipos de responsabilidad enumerados ellos encuentran fundamento en la Constitución y leyes que la reglamentan, pues no podría imputarse responsabilidad civil, penal o política a un agente si no estuviera ésta expresamente prescrita en dichas normas. Gordillo¹²² adiciona la responsabilidad penal internacional por actos o hechos de corrupción, que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24579).

Conforme lo señala Canasi¹²³, la libertad del funcionario como la del empleado no tiene más límite que la prohibición. Al respecto, el art. 1066 del Código Civil expresa que «...ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto».

La condición que produce la responsabilidad civil o patrimonial es la irregularidad o ilicitud de la conducta del funcionario, entendido este como todos aquellos actos que atacan derechos de terceros o son prohibidos por la ley, siendo que su graduación surgirá de la intención del agente y de la autoridad que lo prohíbe. En este tipo de responsabilidad debe, además de concretarse la conducta irregular y que ella sea imputable al agente, producirse un daño, pues sin daño no hay deber de responder.

En cambio, la responsabilidad disciplinaria está vinculada a las relaciones jerárquicas e importa el reconocimiento del principio de autoridad que impone al inferior obediencia al superior; no necesariamente está sujeta a la realización de un acto irregular. Basta, para que se verifique, la simple desobediencia o el incursionar en una conducta o inconducta que la norma administrativa proscribe.

Todos los funcionarios son responsables aunque varíe el tipo de responsabilidad que les es exigible, incluidos los funcionarios políticos y electivos. Al respecto es de aplicación el principio constitucional de *nulla poena sine lege*¹²⁴, en tanto en el trasfondo este tipo de responsabilidades tiene como común denominador acciones, hechos y omisiones irregulares del agente público, cualquiera sea su jerarquía. La responsabilidad política sin embargo solo alcanza a los funcionarios que la Constitución señala, la que se hace efectiva a través de un procedimiento especial como es el del juicio político (presidente, gobernadores, jueces, etc.).

La responsabilidad del funcionario no excluye la del Estado cuando ella corresponda, de la que debe deslindarse adecuadamente por las consecuencias que ello trae aparejado, cuestión que es materia de tratamiento en otro punto de este libro.

Otro aspecto importante vinculado a esta cuestión es que los distintos tipos de responsabilidad no son excluyentes entre sí, siendo posible que un agente resulte enjuiciado penalmente con motivo de una ilicitud típica cometida en el ejercicio de su cargo, y simultáneamente le sea promovido un sumario administrativo por el aspecto de su conducta que incide sobre la actividad administrativa. Aunque el hecho sea el mismo, sus consecuencias son de distinto calibre y por ende, aparecen susceptibles de apreciarse desde la perspectiva de los distintos tipos de responsabilidad aludidos.

Extinción de la relación de empleo público

Para la extinción de la relación de función y de empleo no siempre se exigirá un acto análogo al de la designación, dado que las causales de cese pueden tener diferentes orígenes. Al respecto y siguiendo a Canasi¹²⁵, es posible distinguir la conclusión de la relación por: 1) por voluntad de la administración; 2) por voluntad del agente; 3) por voluntad de la ley; 4) por desaparición de uno de los sujetos de la relación.

¹²² Gordillo, Tomo 1, XIII-37.

¹²³ Canasi, José, «Derecho Administrativo», Volumen I, pág. 696 (Ediciones Depalma, 1972).

¹²⁴ «No puede haber pena sin ley previa que la contemple».

¹²⁵ Canasi, op. cit., Tomo I, pág. 763.

A su vez, el marco de regulación del empleo público nacional (ley 25164) contempla, en su art. 42 distintas causales, a su vez detalladas en el decreto reglamentario nº 1421/02. Entre ellas la cancelación de la designación del personal sin estabilidad, la renuncia aceptada, la conclusión o rescisión del contrato, el vencimiento del plazo cuando lo hubiere, por razones de salud que hagan imposible continuar la relación, por aplicación de las sanciones de cesantía o exoneración, por jubilación o retiro y por fallecimiento.

Según lo expuesto, la administración puede disponer el cese sin causa del agente administrativo que revista en un cargo sin estabilidad; de quién está en condiciones de obtener jubilación ordinaria y haya concluido el plazo que se le concedió para acogerse a la misma y de quienes estando vinculados por un contrato temporario, les ha vencido el plazo o se ha producido la condición expresa inserta en él. En el caso de cargos que gozan de estabilidad, solo es posible la remoción previo sumario y por causa justificada en el régimen disciplinario que rija al empleado.

La cesantía y la exoneración constituyen sanciones de gravedad que deben tener suficiente motivación y prueba. El fundamento debe sustentarse en conducta grave o delito de tipo penal incurrido por el funcionario con motivo o en ocasión de sus funciones; también es posible la aplicación de dicha sanción cuando el agente incurre en incompatibilidad de cargos y ella no estuviere justificada.

En el caso de los funcionarios inamovibles por virtud de expresa cláusula constitucional, la remoción forzada debe tener origen en causas de inhabilidad física o moral, entendiéndose por esta última toda circunstancia que califique el 'mal desempeño' del funcionario político o electivo.

La relación de empleo también concluye por la jubilación ordinaria o extraordinaria del agente, o su renuncia. Esta debe ser aceptada, pues el funcionario no puede abandonar el cargo so pena de ser sometido a proceso o ser cesanteado con causa suficiente. Para evitar que la administración eluda expedirse sobre la renuncia y ello produzca demoras que perjudiquen al agente, los sistemas estatutarios del empleo público contemplan que está obligado a permanecer en la función por un plazo razonable, que el régimen nacional fija en un mes (art. 22), vencido el cual sin que se haya emitido acto alguno se considera aceptada. Este precepto no es aplicable a los funcionarios electivos, que no pueden bajo forma alguna hacer abandono de su cargo hasta que no les sea aceptada la renuncia; y tampoco cuando el agente tiene un sumario administrativo por causa grave, en el que la Administración puede colocarlo en disponibilidad y separarlo de la función sin goce de sueldo a las resultas del trámite.

La ley puede disponer la supresión de cargos y organismos, lo que puede ocurrir cuando la Administración, por razones debidamente fundamentadas, dispone la reorganización de una dependencia administrativa, lo que motiva una causal de extinción por causas objetivas ajenas a las partes y que en todo caso, deberá dar lugar a una indemnización al agente por la pérdida de su estabilidad y carrera administrativa. Estas circunstancias ocurren habitualmente en momentos de emergencia económica y administrativa, en cuya virtud se dispone la reducción de la plantilla de empleados del sector público o la eliminación de entidades descentralizadas.

También se extingue la relación por el fallecimiento del empleado o el abandono del servicio, en cuyo caso no habrá indemnización alguna, salvo en el primer caso cuando las normas determinan el reconocimiento de subsidios especiales.

Bibliografía sugerida

1. Benigno Ildarraz, Alberto R. Zarza Mensaque y Claudio Martín Viale, «Derecho Constitucional y Administrativo», Eudecor, 2001.
2. Canasi, José, «Derecho Administrativo», Volumen I, Depalma, 1972.
3. Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomos I y II, LexisNexis Abeledo Perrot, 2002.
4. Comadira, Julio R., «Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios», Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003.
5. Diez, Manuel María, «Derecho Administrativo», Tomos I y II, Bibliográfica Omeba 1965.
6. Dromi, José Roberto, «Derecho Administrativo», Tomo 1, Astrea, 1992.
7. Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1, Fundación de Derecho Administrativo, 1997.
8. Ley de Procedimientos Administrativos de Salta N° 5348.
9. Ley y Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Nación N° 19.549 y Decreto N° 1759/72, y modificatorias.
10. Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I y III-B, Abeledo Perrot, 1995.
11. Revidatti, Gustavo Adolfo, «Derecho Administrativo, Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, 1985.

CAPÍTULO VI: Acto Administrativo

Carrera de Licenciatura en Administración
Programa de Derecho III. Módulo I - Tema V

Acto Administrativo: noción. Distinción entre actos administrativos, actos de la administración, actos de gobierno y actividad material de la administración. Elementos (competencia, capacidad, objeto, voluntad, procedimiento, forma). Caracteres (presunción de legitimidad, ejecutividad, exigibilidad, estabilidad, impugnabilidad). Vicios: noción y elementos a los que afectan. Nulidades: clases y efectos. Extinción (imposibilidad de hecho sobreviniente, plazo, condición resolutoria, renuncia, revocación, caducidad).

Carrera de Contador Público Nacional
Programa de Derecho Público. Módulo II – Tema V

Acto Administrativo: noción. Distinción entre actos administrativos, actos de la administración, actos de gobierno y actividad material de la administración. Elementos (competencia, capacidad, objeto, voluntad, procedimiento, forma). Caracteres (presunción de legitimidad, ejecutividad, exigibilidad, estabilidad, impugnabilidad). Vicios: noción y elementos a los que afectan. Nulidades: clases y efectos. Extinción (imposibilidad de hecho sobreviniente, plazo, condición resolutoria, renuncia, revocación, caducidad).

1.- Acto Administrativo: noción.

La actividad estatal produce una multiplicidad de actos diferentes, cuya naturaleza y régimen normativo está vinculada tanto a los aspectos de la distribución del poder como a la misma organización administrativa. Estos actos pueden ser legislativos, jurisdiccionales, políticos (o institucionales, como algunos autores los mencionan) y administrativos.

Ahora bien, dentro del conjunto de actos que dicta la Administración Pública también es necesario distinguir entre el acto productor de efectos jurídicos individuales, de aquellos que si bien traducen el ejercicio de la función administrativa tienen distinto contenido y efectos:

- * Individuales o acto administrativo *strictu sensu*
- * Generales o reglamentarios (normativos y no normativos)
- * Contractuales
- * Simples actos de la administración

El acto administrativo constituye el modo fundamental de expresión de la voluntad administrativa.

La teoría del acto administrativo tuvo su origen y desarrollo en Francia¹²⁶ merced a las decisiones del Consejo de Estado que buscó establecer, en la práctica, el principio de separación de los poderes elaborado por Montesquieu y diferenciar de tal modo la competencia administrativa de la judicial. Se trataba de establecer un régimen diferente al que es propio del derecho privado, pues la finalidad específica del Derecho Administrativo lo constituye la prosecución del bien común a través de actividades jurídicas homogéneas, a diferencia del derecho privado que tiende en principio a satisfacer solo el interés particular.

Gordillo¹²⁷ señala que la noción de acto administrativo si bien nace en la revolución francesa, nos llega «trasvasada con el peso de haber nacido como ‘privilegio del funcionario’, es decir, comprometida con el poder y no como una forma de control». Solo más tarde se tuvo en cuenta no solo el interés público (que constituye un *standard* de interpretación de la relación jurídica administrativa), sino también las garan-

¹²⁶ Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo II, pág. 45, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002.

¹²⁷ Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, pág. 2, Introducción.

tías debidas al administrado y que surgen del sometimiento de la Administración a determinados principios y reglas jurídicas basadas en el Estado de Derecho.

No hay en la doctrina ni en la legislación un concepto unívoco de acto administrativo¹²⁸. La ley 19.549 de Procedimientos Administrativos de la Nación no lo define; sí lo hacen legislaciones provinciales como la de Salta (ley 5348) que en su art. 25 lo entiende, siguiendo la doctrina más moderna, como «...toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa».

La definición apuntada comprende entonces los siguientes elementos:

a.- Declaración: al ser la actividad de la Administración trascendente, es decir proyectarse hacia un plano externo de la misma, el acto administrativo es necesariamente una 'declaración' que refleja un proceso intelectual, cognoscible por los administrados. Esta declaración se manifiesta mediante datos simbólicos: palabra oral o escrita, o signos de contenido convencional o ideográfico (Ej.: gesto de un agente de tránsito al dirigirlo; señales de tránsito que deben obedecerse como la de prohibido estacionar; la resolución escrita de designación de un agente en la administración pública, etc.).

En cuanto a sus contenidos, puede ser: a- de voluntad o decisión dirigida hacia un fin concreto (sancionar a un agente, imponerle una multa o reconocerle el pago de una licencia); b- de cognición, lo que ocurre cuando la Administración toma conocimiento y certifica ciertos hechos de relevancia jurídica dándoles el valor de autenticidad (certificado de nacimiento; inscripción de una propiedad o de un automotor en la oficina pública pertinente; el registro de una sociedad, etc.); c- de juicio u opinión, es decir cuando emite un informe o valora alguna situación, acto o hecho (certificado de antecedentes penales o policiales; certificado de higiene y salubridad en un ambiente laboral; certificado de salud; etc.).

b.- Unilateral: el acto administrativo es siempre un acto unilateral en su formación, pues surge de la sola y única voluntad del Estado. Ello es así aún cuando haya concurrido como causa del origen del acto la voluntad del particular administrado¹²⁹, quién pudo haberlo solicitado a partir de una petición, solicitud o recurso. La expresión del ciudadano será en todo caso un presupuesto básico para la formación del acto, pero este será siempre unilateral.

No obstante debe señalarse que no hay unanimidad en la doctrina sobre este punto. Hay autores como Cassagne¹³⁰ que opina que el acto que surge a partir de un requerimiento del administrado (un permiso para ocupar la vía pública; o una habilitación para un negocio) necesariamente expone un acto bilateral, el que lo puede ser tanto en sus orígenes como en sus efectos. Para este autor, tanto el acto unilateral como bilateral participa de las notas comunes del género acto jurídico administrativo. Cita en su ayuda un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Metalmecánica SA c/Gobierno Nacional», en donde se expuso «...que si la voluntad del interesado debía expresarse para su incorporación a un régimen desde el momento en que aquella era aceptada, otra voluntad, la de la Administración Pública juntamente con la voluntad del particular, da origen a un acto administrativo bilateral en su formación y también en sus efectos, pues el pedido del interesado de acogerse a un régimen constituye un presupuesto esencial de la existencia del acto, que también resulta bilateral en sus efectos, si de la concurrencia de voluntades emergen derechos y obligaciones para ambas partes».

c.- Efectuada en ejercicio de la función administrativa: para que la declaración sea catalogada de administrativa, debe ser emitida por un órgano estatal en ejercicio de una función materialmente administrativa, puesto que es tal circunstancia lo que producirá consecuencias 'hacia fuera' de la Administración y caracterizará la imperatividad de la decisión allí contenida.

¹²⁸ Farrando, Ismael y Martínez, Patricia, «Manual de Derecho Administrativo», pág. 159, Depalma, 1996.

¹²⁹ Sarmiento García, Jorge, «Derecho Público», pág. 525, Ed.: Ciudad Argentina, 1998.

¹³⁰ Cassagne, op. cit., Tomo II pág. 48.

Ello indica que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos que lo emiten, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa sin interesar que órgano la ejerce (ejecutivo, legislativo o judicial). El acto administrativo entonces constituye una de las formas que tiene la función administrativa, la que es realizada por cualquier órgano o ente de la administración, e incluso por sujetos de derechos no estatales a los que se les ha conferido una competencia pública (Ej.: colegios de profesionales universitarios).

d.- Que produce efectos jurídicos: los efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir un derecho) del acto administrativo se dirigen hacia un plano externo a la Administración, es decir hacia los administrados; y ello debe proyectarse directamente sobre la relación jurídica sustancial que se entabla con el particular.

Producir efectos jurídicos constituye la principal característica del acto administrativo, pues este decide, manda, certifica u opina. Lo contrario importaría la inexistencia de un resultado o consecuencia con fuerza jurídica vinculante y ningún efecto entonces tendría el acto.

e.- Individuales: al expresar la noción de acto administrativo que sus efectos son individuales, se lo está distinguiendo del 'reglamento' que por esencia, siempre produce 'efectos jurídicos generales' y por lo tanto está sometido a un régimen jurídico propio. El reglamento regula por anticipado, en forma abstracta, indeterminado número de casos, y su conocimiento se produce por la publicación; el acto administrativo en cambio se dirige a una situación o persona concreta, y sus efectos nacen a partir de su notificación, es decir desde que ha llegado a conocimiento cierto del administrado.

f.- En forma directa: son efectos jurídicos directos aquellos que surgen del propio acto, sin que estén supeditados al dictado de un acto posterior, quedando por tanto fuera del concepto de acto administrativo los actos carentes de efectos jurídicos inmediatos (Ej.: felicitaciones al personal, salutations personales a funcionarios, un acto dictado para producir efectos en fecha futura, etc.), y aquellos otros que solo repercuten indirectamente en la esfera de los administrados (los dictámenes o algunos actos internos de un ente).

2.- Distinción entre actos administrativos, actos de la administración, actos de gobierno y actividad material de la administración.

Actos de la administración

Como fuera antes dicho, para reconocer que una declaración de un órgano administrativo constituye acto administrativo, es necesario que produzca efectos jurídicos directos con relación a terceros. Pero, como lo afirma Diez¹³¹, existe una actividad de la administración que si bien produce efectos jurídicos en lo interno, no los produce con relación a terceros: a estos actos se los llamará 'actos de la administración' o 'simples actos de la administración'.

Al lado de los actos administrativos que la Administración emite con objeto de producir efectos jurídicos, es decir reconocer derechos y crear obligaciones a los administrados, también expide una serie de medidas destinadas a regular su propio funcionamiento interno, a preparar sus decisiones o a hacerlas conocer a terceros. Entre ellas cierto número no son actos jurídicos, razón por la cual no pueden considerarse ciertamente actos administrativos; otras constituyen verdaderos actos jurídicos en el sentido que ponen a cargo de agentes de la administración determinados deberes, cuyo incumplimiento puede aparejar sanciones.

En ambos supuestos existe un rasgo común: no producen efectos jurídicos a favor o en contra de terceros, que es el contenido del acto administrativo, sino que sus efectos se producen hacia el interior mismo de la Administración. Constituyen

¹³¹ Diez, Manuel María, «Derecho Administrativo», Tomo II, Bibliográfica Ameba, 1965.

manifestaciones de la función administrativa, expresiones de la supremacía jerárquica del órgano del que emanan con relación a los órganos inferiores, pero no se proyectan directamente hacia los terceros aunque pudieran tener respecto de ellos efectos indirectos.

Estas disposiciones o simples actos de la Administración toman distintas denominaciones: reglamentos internos, circulares, informes, instrucciones, dictámenes. Entre estos deben contarse los pareceres de los órganos consultivos -en tanto un dictamen no resulta vinculante para el órgano al que aconseja-; las disposiciones que contienen directivas generales de buena administración; las que establecen prescripciones de carácter técnico para la ejecución de operaciones o para el empleo de medios materiales como maquinarias, etc., de las que la Administración se sirve para el cumplimiento de sus fines; los informes que producen los organismos técnicos con el fin de dar sustento a las decisiones administrativas, o las propuestas realizadas entre órganos -interorgánicas- para el mejor cumplimiento de sus cometidos.

Los informes y dictámenes no producen efectos jurídicos en forma directa sino que estos serán consecuencia del acto administrativo que en ellos se fundamente. Los reglamentos internos, circulares e instrucciones están generalmente dirigidos a los agentes de la organización administrativa interna, con el fin de realización de los principios de celeridad, economía y eficacia de la función administrativa.

Actos de gobierno

Otra cuestión importante la plantean los llamados 'actos de gobierno', que algunos autores denominan también 'actos institucionales' (otros distinguen entre ambas denominaciones), cuya misma existencia y efectos es seriamente controvertida en doctrina, aunque la jurisprudencia los sostiene con ciertas restricciones. Estos actos son consecuencia de la llamada 'función gubernativa o política' y engloban la actividad de los órganos superiores del Estado, tanto en el derecho interno como internacional.

Su origen, como muchos de los conceptos del Derecho Administrativo -lo recuerda Revidatti¹³²-, está en Francia, en donde luego de la restauración de la monarquía y encontrándose separada ya la función judicial de la administrativa, el Consejo de Estado, para preservar sus propias competencias y evitar los roces con el monarca, que veía peligroso su avance sobre los espacios de su propio poder, elaboró la teoría de que cierto tipo de actos que denominó 'de gobierno', quedaban exentos del control del Consejo. El criterio expuesto subsiste aún aunque con ciertas limitaciones, y la Administración, ante una acción judicial que los controvierte, utiliza como defensa que su contenido no puede ser juzgado por ningún tribunal.

Definir este tipo de actos no es sencillo, pues el factor 'finalidad', que es lo que lo caracteriza más claramente, resulta impreciso y ha dado lugar a las más variadas posiciones. Genéricamente se dice que con este tipo de actos se pretende alcanzar los fines principales del Estado o lo que de cualquier manera se vincule en forma directa con tales propósitos. No hay entre actos administrativos y de gobierno sino una diferencia: la finalidad, que si bien parece fácil comprender en abstracto, no lo es cuando hay que establecer esa distinción en la práctica concreta de la actividad del Estado.

Cassagne¹³³ analiza que la raíz del acto institucional (o de gobierno) consiste, en el aspecto teleológico, en su estrecha relación con la organización y subsistencia del Estado como consecuencia de una normativa constitucional expresa, que deja al arbitrio de los órganos Legislativo y Ejecutivo el dictado de los pertinentes actos, al propio tiempo que los sujeta, en principio, a un sistema de control político y no judicial. Su característica típica es la circunstancia de que constituye un acto que no

¹³² Revidatti, Gustavo Adolfo, «Derecho Administrativo», Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, 1985.

¹³³ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 71.

produce efectos jurídicos directos en la esfera jurídica de los particulares, operando consecuencias respecto del Estado o de sus órganos y demás entidades estatales.

La consecuencia de lo expuesto es que los particulares carecen de acción para demandar ante la justicia su anulación, aunque tienen la posibilidad de reclamar judicialmente por la reparación de los daños que ellos produzcan¹³⁴ e incluso por la «excedencia de atribuciones» en las que se incurra en su dictado. Este control judicial limitado no faculta a los jueces a sustituir o reemplazar los criterios de los órganos que emiten estos actos, aunque con fundamento en el Estado de Derecho y sin caer en la concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal, es posible su anulación en algunos casos. En síntesis, los tribunales no pueden controlar en el acto de gobierno la conveniencia ni la oportunidad de su dictado, pero sí la razonabilidad o el procedimiento constitutivo de la medida adoptada¹³⁵.

Es así entonces que interviene el Poder Judicial para juzgar sobre las consecuencias de la aplicación de los actos de gobierno cuando estos afecten derechos de los particulares, con el fin de reparar o restaurar el daño, pero no para juzgar su contenido cuando no resulte manifiestamente inconstitucional. En los hechos todo acto de gobierno en realidad es juzgado cuando plantea un conflicto de intereses, sea para establecer su razonabilidad o para lo contrario, fijándose en tal caso el modo de resarcimiento de quién fuera damnificado. Ejemplo de ello es cuando el Estado, en virtud de la emergencia económica, incauta depósitos bancarios o se apropia de un bien privado: siempre deberá indemnizar los perjuicios que produzca.

No cabe duda entonces que los actos de gobierno tienen un régimen jurídico diferente del acto administrativo, siendo que su emisión corresponderá siempre a una decisión de naturaleza discrecional por el órgano Ejecutivo (Presidente, Gobernador, Intendente) o Legislativo (Congreso, Legislatura, Concejo Deliberante), según corresponda a sus respectivas facultades constitucionales. Como es afirmado por la doctrina, se trata de funciones que traducen 'alta política del Estado'.

Se mencionan, entre los actos de gobierno más notorios, los vinculados a la Defensa del Estado, la actividad diplomática, el indulto y la conmutación de penas, los contenidos y fines del presupuesto público, la designación de altos magistrados (jueces de cortes superiores o supremas), la designación de funcionarios de gabinete, la intervención a una provincia, la declaración del estado de sitio, la fijación del valor de la moneda, la sanción del presupuesto anual del Estado, las codonaciones de deudas, entre muchos otros.

Actividad material

En cuanto a la 'actividad material de la administración', ella consiste en aquellas operaciones técnicas o actuaciones físicas ejercitadas en ejercicio de la función administrativa, y que pueden producir tanto un hecho intrascendente como un hecho administrativo. Esta ubicación del problema puede producir algunas confusiones que cabe aclarar.

Revidatti¹³⁶ lo explica con ejemplos. Todos ellos deben incluirse en el concepto de actividad material.

Cuando la Administración, por medio de sus agentes, limpia sus oficinas, está realizando una operación material administrativa, que en tanto se vincula a algo estrictamente interno resulta jurídicamente intrascendente. Pero cuando decide destruir elementos porque ya no le son útiles -papel moneda deteriorado por ejemplo-, entonces actúa en el ámbito de los hechos jurídicos, pues esa destrucción es consecuencia de un acto voluntario y lícito pero que no tiene por fin directo producir consecuencias jurídicas directas en el administrado: se trata de un mero hecho.

Finalmente, la Administración realiza operaciones que son consecuencia de

¹³⁴ CSJN, Fallos 316:2940, 323:1825.

¹³⁵ Altamira Gigena, op. cit., pág. 203.

¹³⁶ Revidatti, op. cit., Tomo II, pág. 129.

obligaciones o mandatos que surgen de actos jurídicos ejecutorios, es decir el cumplimiento de la conducta a que una persona está obligada por un acto administrativo o por una norma de contenido individual (entregar a un sujeto su cédula de identidad es una operación material administrativa). Cuando el profesor dicta una clase realiza una operación material administrativa, pero cuando toma examen la calificación constituye un acto administrativo que se expresará en la nota que se imponga al alumno.

Estos hechos, operaciones físicas o comportamientos materiales pueden afectar derechos de los administrados, en cuyo caso la vía para objetarlos en sede administrativa y demandar por los perjuicios que ellos provocan será a través de reclamaciones y denuncias, no a través de recursos administrativos que están solo reservados a controvertir actos administrativos.

3.- Elementos (competencia, capacidad, objeto, voluntad, procedimiento, forma)

El análisis del acto administrativo requiere distinguir entre aspectos que hacen a su existencia y a su eficacia. Hay cuestiones que constituyen presupuestos para que el acto exista; otras componen o integran el acto mismo y por último, están las que deben existir para que el acto alcance su plena eficacia.

Requisitos o elementos esenciales del acto administrativo son aquellos que el acto debe contener para ser válido, o mejor aun, cuya inexistencia, incumplimiento o irregular cumplimiento produce la invalidación del acto administrativo. Deben, además, concurrir simultáneamente de acuerdo con el modo requerido por el ordenamiento jurídico. Si bien la doctrina no es uniforme se pueden señalar como esenciales, según el régimen de procedimientos administrativo nacional y de Salta:

	Voluntad (art. 14 inc. a – a contrario)		Objeto
	Competencia (art. 7, inc. a)		Competencia
	Derecho aplicable (art. 7, inc. b)		Voluntad
	Causa (art. 7, inc. b)	<u>LPAS</u>	Procedimientos
<u>LPAN</u>	Procedimientos (art. 7, inc. d)	(art. 26)	Forma
	Motivación (art. 7, inc. e)		
	Finalidad (art. 7, inc. f)		
	Forma (art. 8)		

También la doctrina de los autores expone sus propias clasificaciones en cuanto a los requisitos del acto administrativo, habiendo coincidencia en cuanto a que no todos los recaudos exigidos para su validez acarrear las mismas consecuencias, y que en general su emisión debe responder a principios y garantías de igualdad, legalidad, razonabilidad, respeto al derecho de propiedad, informalismo y debido proceso. Gordillo¹³⁷ los ha sintetizado en cuatro: objeto, competencia, voluntad y forma, y diversos regímenes legales han recogido dicha clasificación.

La cuestión apuntada tiene una importancia mas bien didáctica y metodológica, siendo que más allá de la denominación que impongan los distintos autores lo que hay es, más que un problema de fondo, una cuestión vinculada al modo en que se elaboran o denominan estos requisitos.

Voluntad

Antes que un elemento del acto administrativo hay autores que opinan constituye un presupuesto de su existencia, pues siendo el acto una expresión de la voluntad no se lo concibe sin la existencia de ella (conf. art. 14 inc. a LPAN). Desde ya la 'voluntad' constituye un concepto mucho más abarcativo que en el derecho privado, pues refiere no solo a la manifestación psíquica del órgano persona que emite el

¹³⁷ Gordillo, op. cit., Tomo 3, pág. VIII-2.

acto, sino que comprende el procedimiento de su preparación y emisión.

Concurren en la voluntad administrativa elementos subjetivos (intelectivos del órgano individuo) y objetivos (normativos procesales). Así, la voluntad que expresa el acto estará compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador (expuesta en la norma aplicable al caso); y por ello los vicios o defectos que incidan sobre la voluntad podrán aparecer tanto en la misma declaración (aspecto formal), en el proceso de producción o preparación de la declaración (aspecto objetivo), como en el origen de la voluntad intelectual del funcionario (aspecto subjetivo). La voluntad entonces comprende tanto intención como fin.

En su origen, la voluntad debe ser la manifestación de un funcionario *de iure*, es decir de un agente regularmente designado y en funciones al tiempo de dictarse el acto administrativo y no de un funcionario de hecho o usurpador, o que tenga una investidura irregular.

En la preparación de la voluntad se debe tener en cuenta que el acto administrativo debe cumplir con todos los procedimientos sustanciales o esenciales previstos expresa o implícitamente por el orden normativo. Ello indica que al ser expresada la voluntad, es necesario considerar si para la sanción del acto se debe observar algún requisito previo como el de una autorización de otro órgano, o su aprobación posterior por un órgano superior, o la aprobación de la mayoría de quienes conducen un órgano colegiado. También el agente que emite el acto debe procurar cumplir con la finalidad de la ley que lo habilita, o asegurar el resultado previsto en ella o en el contenido del acto, pues no se pueden perseguir encubiertamente otros fines que no sean los públicos.

Los arts. 31, 32 y siguientes LPAS refieren en similares términos a los requisitos de la voluntad en la emisión del acto administrativo.

Competencia

A la competencia se refieren sin definirla fundamentalmente los arts. 3 y 7 inc. a LPAN y 2 LPAS, y demás concordantes de dichos regímenes procedimentales. Los autores la describen como el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer; o como la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales.

El concepto de competencia es algo propio del derecho público, aunque se considere análogo al de capacidad de las personas jurídicas en el derecho privado sobre todo en lo que respecta al principio de especialidad que debe regir la actuación de los sujetos y órganos estatales¹³⁸. Lo expuesto implica que los entes y órganos que ejercen funciones administrativas actúan solamente según lo que establece el derecho positivo, debiendo fundar siempre su actuación en dispositivos normativos que definan su actividad; o, para decirlo de otro modo, ninguna competencia puede existir sin una regla de derecho que la regule o habilite¹³⁹.

Según tal razonamiento así como en el derecho privado, en principio, la capacidad de las personas es la regla (es posible hacer todo lo que no está expresamente prohibido -art. 19 CN y 12 Const. Salta-), inversamente en el derecho administrativo la competencia de los órganos es siempre una atribución de excepción, es decir solo actúan para aquello en lo que la ley las autoriza. Entonces, en el derecho administrativo la regla general será la incompetencia, y por excepción la competencia según la regla legal la atribuya.

Lo expuesto no implica que la ley o el reglamento deban detallar acabadamente todo lo que el órgano debe hacer en el marco del objeto o finalidad para la que fue creado, lo cual resultaría materialmente imposible pues no se podría enumerar todo aquello a lo que puede enfrentarse en la realidad de su actividad. Tal situación se ha resuelto afirmando que en las normas hay no solo una descripción expresa de lo que

¹³⁸ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 98.

¹³⁹ Sarmiento García, Jorge, «Derecho Público», pág. 530.

el órgano puede hacer, sino también que de ellas surgen facultades razonablemente implícitas que refieren a aquello que es inherente a la actividad misma de ese órgano¹⁴⁰, es decir la actividad que se conecta con los fines establecidos en el acto de su creación o regulación.

La competencia tiene como características: 1- la de ser improrrogable o indelegable, pues se halla establecida en el interés público y corresponde al cargo público u órgano institución, y no al sujeto físico u órgano persona que lo ejerce; 2- es irrenunciable, en tanto su ejercicio constituye una obligación de la autoridad u órgano correspondiente; 3- debe ser ejercida directa y exclusivamente por quién la tiene atribuida, excepción hecha de la circunstancia que la ley o el reglamento autoricen expresamente la delegación, avocación o sustitución; 4- la demora o el no ejercicio inexcusables de la competencia constituyen faltas reprimibles, según su gravedad, con significativas sanciones.

Como ya fue descrito en el punto 2 del Capítulo V, es posible clasificar la competencia en razón de la materia, el grado, el territorio y el tiempo. A lo allí expuesto cabe remitir en este punto.

Objeto

El objeto del acto administrativo refiere a su contenido, es decir a aquello sobre lo cual el acto decide, certifica u opina.

El objeto del acto tanto puede provenir de la actividad reglada de la Administración, en cuyo caso estará contenido en la norma, como de su actividad discrecional, en la cual si bien dispone de un amplio margen de libertades no puede dejar de cumplir y respetar el marco general normativo que la rige y el principio de legitimidad (legalidad y razonabilidad).

Como regla y por aplicación del art. 953 del Código Civil, el objeto del acto Administrativo debe ser lícito, cierto y determinado, posible física y jurídicamente, razonable y moral¹⁴¹. Asimismo, de acuerdo al art. 7 inc. c LPAN, el objeto del acto debe decidir sobre todas las peticiones formuladas por los administrados, e incluso puede involucrar otras no propuestas en la medida que escuche primero al interesado y siempre que ello no afecte sus derechos adquiridos o derechos subjetivos e intereses legítimos.

Lo esencial del objeto del acto administrativo es su conformidad con el derecho objetivo. Se considera lícito el acto que no contravenga el orden jurídico positivo aplicable (Ej. orden de cometer un delito).

El objeto del acto ser cierto, esto es no ser impreciso u oscuro pues en todos los casos el interesado debe saber a que atenerse y en que medida puede resultar afectado o beneficiado. La imprecisión, para invalidar el acto, debe ser importante o insuperable y afectar una parte principal, pues si afecta un aspecto secundario o accesorio será irrelevante.

El objeto del acto debe ser cierto física y jurídicamente (art. 7 inc. c LPAN), lo cual ocurre cuando no tiene sustrato personal (designación de una persona fallecida); sustrato material (cuando la cosa a que refiere ha desaparecido o no existe, o cuando técnicamente es imposible) o sustrato jurídico (Vg.: la norma le ha quitado al órgano la competencia que lo habilitaba a decidir ciertas cuestiones que antes le pertenecían; la aplicación de una sanción administrativa a quién no es funcionario público)¹⁴².

También la irrazonabilidad vicia el objeto del acto cuando por ejemplo, contenga en la parte resolutive lo contrario a lo que expresa en sus considerandos; o cuando

¹⁴⁰ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 98.

¹⁴¹ Art. 953 Código Civil: «el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si un tuviesen objeto».

¹⁴² Gordillo, op. cit., Tomo 3, VIII-13.

no existe proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley, o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta (arresto sin causa de toda una población por una declaración de estado de sitio; cesantía del funcionario sin antecedentes por tener apenas una falta injustificada). El objeto del acto administrativo en definitiva no debe ser discordante con la situación de hecho reglada por las normas, pues la violación o vulneración de estas lo invalida.

Por último, el objeto del acto debe ser ético o no inmoral cuando las reglas de derecho incorporan preceptos de tal naturaleza (prohibición de favoritismo o discriminación; exigencia de sumisión o de pleitesía; facilitación de actividades corruptas; todo aquello que desconozca esencialmente la dignidad humana).

Hay autores que mencionan la causa como elemento del acto, aunque para muchos esta se encuentra subsumida en su 'objeto', siendo, como lo señala Cassagne¹⁴³, uno de los aspectos más controvertidos de la teoría del acto administrativo. Hay quienes niegan la posibilidad de existencia de causa como requisito del acto y la consideran un requisito de la voluntad o modo particular de su expresión; otros la confunden con sus demás elementos y hay quienes postulan su identificación con el interés público que debe perseguir el acto. Las teorías al respecto son diversas.

Marienhoff¹⁴⁴ afirma que por causa del acto administrativo debe entenderse a los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo (conf. art. 7 inc. b LPAN). Va de suyo que tales antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho deben existir o concurrir al tiempo de emitirse el acto, o ser concomitantes a su nacimiento; de ello deriva la improcedencia de la condición suspensiva como elemento accidental del acto, pues en ese caso este no llega a nacer y por lo tanto no puede considerarse tal; aspecto que no es aplicable a la condición resolutoria, cuya misma inserción presupone la existencia previa del acto.

En el derecho administrativo lo que interesa, según Cassagne, a los efectos de mantener la juridicidad del acto, es la razón de ser 'objetiva' que justifica su emisión, aunque en el fondo constituya también una respuesta al porque de su dictado¹⁴⁵.

También hay autores que señalan como elemento del acto a la motivación, aspecto que no merece objeciones de la doctrina administrativa pero que produce controversias en orden a su localización en el requisito de los elementos del acto. Refiere fundamentalmente a la razonabilidad del acto, pues tiene por objeto poner de manifiesto los motivos que lo determinan y su causa o, como lo expresa Marienhoff¹⁴⁶, '...la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto'. Para otro autor como Hutchinson¹⁴⁷ «constituye la exposición de las razones que han movido a la Administración a dictar el acto». La motivación, para ser tal, debe contener una relación de las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron la emanación del acto.

Entre este elemento y la causa hay una diferencia sutil o irrelevante, lo cual se expresa en la remisión que hace el inciso e del art. 7 al b de igual norma LPAN. Si bien todo acto administrativo debe tener su motivo o causa, la exposición de su motivación en cambio puede no ser indispensable para determinar su validez. Es en los actos realizados en ejercicio de facultades discrecionales en donde este requisito adquiere la mayor importancia, pues solamente la manifestación de la motivación permitirá al juez determinar si estos son o no razonables y en su caso, válidos.

Motivo y motivación son matices de un mismo concepto pero no son cosas iguales. Motivación equivale a los 'considerandos' del acto, es decir su justificación o exteriorización de contenidos o motivos, lo que plantea la validez de los actos escritos (por excepción no todo acto administrativo se expresa por escrito). Los no escri-

¹⁴³ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 102.

¹⁴⁴ Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo II, Abeledo Perrot, 1993.

¹⁴⁵ CJS, Tomo 70:921.

¹⁴⁶ Marienhoff, op. cit., Tomo II, pág. 343.

¹⁴⁷ Hutchinson, Tomás, «Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549», Tomo 1, pág.159, Astrea, 1985.

tos no tendrán motivación, que es una expresión escrita, pero si tendrán causa jurídica o motivo, es decir se justificarán en el hecho o norma que les da nacimiento.

Forma

La forma del acto es el modo o medio por el cual la voluntad administrativa se da a conocer a los administrados. Así como en el procedimiento administrativo existe el principio del informalismo a favor del administrado, en materia de acto administrativo cabe postular que la regla son las formalidades del acto, pues ellas están concebidas como garantías del ciudadano y no como prerrogativa de la Administración. No es una cuestión menor, pues las exigencias formales de la ley o reglamento deben cumplirse como resguardo y certeza de la legalidad del actuar administrativo y de preservación de los derechos del administrado.

Para Marienhoff¹⁴⁸, el concepto de *forma* que se exige respete el acto administrativo para su emisión, tiene una doble acepción:

- a) Una restringida que considera forma la que debe observarse al emitir el acto, exteriorizando concreta y definitivamente la voluntad de la Administración Pública ya formada
- b) Una más amplia que no solo comprende lo anterior sino también el conjunto de formalidades o requisitos que deben observarse o respetarse para llegar a emitir el acto.

Se distingue así 'forma' de 'formalidades'. La ley nacional de procedimientos administrativos no siguió este criterio, de tal manera que el art. 7 inc. d refiere a ello como los pasos 'esenciales y sustanciales previstos' para que el acto sea válido: Forma y procedimiento aparecen así unidos.

La forma en definitiva es la manera como se expresa o traduce el contenido del acto, y tiene gran importancia pues hace no solo a su validez sino a que el mismo sea considerado 'regular', cuya consecuencia es que goce de presunción de legitimidad. Un acto que carezca de forma puede ser inválido y por ende, carecer de dicha presunción.

Siendo la forma el medio por el cual se exterioriza el acto administrativo, todo acto administrativo es formal, pues si la declaración no se produce en el modo previsto no existirá, técnicamente, acto administrativo. En principio la forma debe ser escrita (expresando lugar, fecha y firma – art. 8 LPAN y 37 LPAS), y solo excepcionalmente se admitirá como válida otro modo de expresión del acto (oralidad en las órdenes de un agente de policía; signos o señales del tránsito, etc.).

La omisión o el defectuoso cumplimiento de las formas de instrumentación del acto (escritura, fecha, firma, etc.), pueden afectar de distintos modos su validez o eficacia, según la importancia y la naturaleza de la trasgresión.

Hace a la forma del acto su publicidad, pues atento a que su objeto incide sobre los derechos de los administrados estos tienen que tener una vía concreta de conocimiento de su contenido.

En el decir de Cassagne¹⁴⁹, la publicidad, en tanto constituye un requisito de exteriorización de la voluntad administrativa, configura un recaudo inherente al elemento forma. Para este autor, si la publicidad es exigida por el ordenamiento jurídico y no se cumple, el acto como tal no habrá nacido; si ella es defectuosa, el acto será inválido si el defecto es trascendente. Otros autores, y buena parte de la jurisprudencia, consideran que este requisito hace a la eficacia del acto, es decir a su exigibilidad pero no a su validez.

La publicidad comprende dos especies; la publicación y la notificación. La primera es exigida fundamentalmente en materia de reglamentos; la segunda en los actos administrativos. Una, importa la transcripción del acto o reglamento en medios masivos de comunicación (diarios, Boletín Oficial, pizarras, etc.), pues aquí lo que

¹⁴⁸ Marienhoff, op. cit., Tomo II, pág. 301.

¹⁴⁹ Op. cit., Tomo II, pág. 118.

importa es que pueda ser visto por el público; otra constituye la posibilidad cierta de conocimiento personal y particularizado de la persona a la que está destinado el acto.

Por último, el silencio de la Administración, tal como lo señalan los regímenes procedimentales, es en principio una conducta inexpresiva, inapta para ser considerada como manifestación de voluntad en algún determinado sentido. Pero el ordenamiento jurídico, la mayor parte de las veces establece que ante la inactividad de la Administración, es decir cuando esta no se expide ante una concreta petición de un interesado debiendo hacerlo, el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, importa que la petición haya sido negada, en cuyo caso sí valdrá el silencio como acto administrativo. Excepcionalmente puede haber normas reglamentarias que otorguen al silencio un sentido afirmativo.

Finalidad

Toda la actividad de la Administración pública ha de tender a satisfacer las exigencias de interés público, que varía según el correlativo objeto o contenido del acto administrativo de que se trate. La finalidad, como elemento del acto, es correlativa del presupuesto de legalidad del actuar administrativo. Mediante el objeto o contenido del acto se expresa 'que' desea obtenerse de éste; en cambio la finalidad expone 'porqué' se desea obtener determinado objeto (art. 7 inc. f LPAN).

La finalidad constituye la razón que justifica la emisión del acto, de modo que en cuanto a su objeto o contenido actúa teleológicamente. Los agentes públicos han de tender a cumplir con el fin de la norma sin poder perseguir con la emisión del acto otros fines públicos o privados (art. 34 LPAS). De lo contrario se verifica un vicio que es calificado en la doctrina como 'desviación de poder'.

El fin al que propende todo acto es el bien común, que no es la suma de intereses individuales sino un conjunto de condiciones de la vida social, que hacen posible el logro más pleno y fácil de la perfección humana.

Otras consideraciones

En otro orden de consideraciones hay coincidencia en la doctrina y jurisprudencia de que el documento que expresa al acto administrativo no es sin más «instrumento público», sino un documento público emanado de oficiales públicos.

La distinción tiene consecuencias concretas, pues para la descalificación o impugnación de un instrumento público se requiere de una acción especial (redargución de falsedad – arts. 979, 980, 993 y concordantes del Código Civil); en cambio para requerir la extinción o modificación de un acto administrativo bastará la vía de los recursos administrativos. Si ello no alcanzare, el régimen procesal contempla una acción judicial tendiente a convalidarlo o invalidarlo (la acción contencioso administrativa o acción procesal administrativa).

4.- Caracteres (presunción de legitimidad, ejecutividad, exigibilidad, estabilidad, impugnabilidad)

Los caracteres del acto administrativo atañen a su operatividad y eficacia ya que se relacionan con su validez, ejecución y efectos; constituyen las notas o cualidades del acto administrativo que surgen del derecho positivo. A ellas se refieren los arts. 12 LPAN y 77 y siguientes de la LPAS.

Gordillo¹⁵⁰ expone que los caracteres jurídicos del acto administrativo deben ser un reflejo de todo el sistema jurídico aplicable, y por ello no pueden resolverse en un nivel puramente doctrinario sino que se hace necesario apelar a fundamentos sistemáticos. Agrega que independientemente de lo enunciado existe mucha disper-

¹⁵⁰ Gordillo, op. cit. Tomo 3, V-1.

sión en doctrina acerca de cuales son los caracteres del acto; ello en definitiva se trata de un problema metodológico en donde debe vincularse a los caracteres del acto administrativo con el sistema de nulidades, debiendo ambos aspectos en su opinión ser analizados conjuntamente.

Marienhoff¹⁵¹, afirma que estos caracteres no son absolutos sino que dependen de que el acto haya sido creado respetando la normativa en la que se sustenta. Expresa que tiene dos caracteres fundamentales: 'presunción de legitimidad' y 'ejecutoriedad'. Otros autores amplían dicha clasificación y señalan también como tales la ejecutividad, exigibilidad, estabilidad e impugnabilidad.

Cassagne¹⁵² a su turno analiza el tema desde otra perspectiva. Dice que el sistema de Derecho Público contiene, como rasgo típico, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas administrativas que integran el denominado régimen exorbitante del Derecho Privado. Se trata de un concepto teórico que refiere a que el derecho administrativo se sustenta en un régimen peculiar y diferente al del derecho privado, en donde se reflejan sus potestades de *imperium* estatal y aquellos otros poderes que configuran las garantías que se consagran a favor de los particulares.

Esta ecuación o equilibrio entre prerrogativas de la administración y garantías de los administrados es la base fundamental del sistema administrativo. La existencia de prerrogativas de la Administración ubica a esta en un plano superior a la relación jurídica singular con el administrado, tratándose de un poder abstracto general e irrenunciable. Dichas prerrogativas son, para el autor citado: 1) la creación unilateral de vínculos obligacionales y deberes a cargo de los administrados; 2) la presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos; 3) el principio de ejecutoriedad (exigibilidad); 4) las prerrogativas relacionadas con la ejecución de los contratos; y 5) las prerrogativas procesales.

Presunción de legitimidad

Denominada también presunción de legalidad, validez o de juridicidad, consiste en la suposición de que el acto administrativo fue emitido conforme a derecho, es decir que su forma y contenido reflejan lo prescripto por las normas o reglamentos que le son aplicables, y por tal motivo el administrado está obligado a cumplirlo.

Constituye una presunción provisional, transitoria, *iuris tantum*, que subsiste mientras no sea desvirtuada a través de su nulidad declarada por autoridad competente; está destinada a posibilitar que el Estado realice eficazmente las funciones públicas que tiene a su cargo para satisfacer el bien común. De no existir, toda la actividad estatal podría ser cuestionada y justificarse la desobediencia a sus decisiones, obstaculizándose así el cumplimiento de sus fines públicos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso «Pustelnik», fijó el criterio de que tal presunción se deja de lado cuando el vicio del acto resulte 'manifiesto'. Dijo en tal sentido que «la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico»¹⁵³.

De tal modo que conforme a dicho Tribunal solo el acto administrativo regular (es decir que reúna los requisitos de objeto, voluntad y forma) y sin vicios manifiestos, goza de presunción de legitimidad (si el vicio es manifiesto la presunción cede o desaparece)¹⁵⁴. Las consecuencias de que un acto goce de presunción de legitimidad son:

- a) No hace falta que la Justicia declare la legitimidad del acto administrativo en cada caso. Se presume válido y por lo tanto, se cumple.
- b) Los actos administrativos no pueden ser anulados de oficio (sin pedido de parte) por los jueces.

¹⁵¹ Marienhoff, op. cit., Tomo II, pág. 367.

¹⁵² Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 16.

¹⁵³ CSJN, caso «Pustelnik», Fallos, 293:133 considerando 3º.

¹⁵⁴ CSJN, Fallos, 190:142; 250:36, entre muchos otros.

- c) Quién lo controvierta debe alegar y probar su ilegitimidad.
- d) El acto administrativo debe ser obedecido por los particulares y funcionarios.
- e) En la duda, debe interpretarse que es válido.

El fundamento de dicho principio se encuentra entonces en las garantías subjetivas y objetivas que deben preceder a la emanación del acto, y debe ello ser aceptado -como lo afirma Marienhoff¹⁵⁵- pues el acto procede de una autoridad pública que tiene el deber de respetar la ley; es obra de funcionarios seleccionados y desinteresados; el acto debe observar determinada forma; está sometido a una serie de controles e incluso debe ser conocido por el interesado antes que le sea exigible. Todo ello indica que en la mayor parte de los casos, el acto administrativo se conforma a la ley.

El art. 12 LPAN dice que «El acto administrativo goza de presunción de legitimidad...»; igualmente el art. 77 LPAS, que «El acto administrativo regular se presume legítimo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente».

En definitiva, la cuestión renueva el conflicto permanente del Derecho Administrativo entre 'autoridad vs. libertad', pues esta presunción no constituye una libre autorización para dictar actos inválidos o para proteger la arbitrariedad administrativa, sino que solo tutela la actuación de la Administración cuando ella tiene sustento jurídico.

La consecuencia de su existencia es que el acto legítimo y el inválido no se diferencian en la realidad y ambos son exigibles en su cumplimiento. Este último mantendrá su presunción de validez mientras no sea demostrada su irregularidad, lo cual no ocurre como quedó dicho con los actos que tengan un vicio patente o manifiesto, en donde nada habrá que demostrar y entonces resultarán *per se*, sin declaración alguna, inválidos.

Ejecutividad y Ejecutoriedad (exigibilidad)

Estos conceptos que -señala la doctrina- producen alguna confusión, refieren al cumplimiento del acto y a las facultades que tiene la Administración para hacerlo cumplir.

En el primer caso el acto administrativo regular, una vez emitido, produce todos sus efectos, por lo que debe cumplirse o ejecutarse dado que es obligatorio. A este carácter o contenido del acto se le denomina 'ejecutividad', y a ello refiere el art. 78 LPAS. Ejecutividad es sinónimo de obligatoriedad.

En cambio la 'ejecutoriedad' constituye un típico privilegio, que habilita a los órganos que ejercen la función administrativa a disponer la realización o el cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites a que faculta el ordenamiento jurídico. La Administración, por sí sola, dispone que el acto se cumpla.

La excepcionalidad de la autotutela administrativa, es decir la de hacer cumplir un acto coactivamente por la misma Administración, lo que ocurre cuando el orden jurídico en forma expresa o razonablemente implícita le reconoce los medios para hacerlo con fundamento en el poder de imperio del Estado, debe analizarse con ciertos condicionamientos, pues dicha actividad importa un ataque a derechos fundamentales como libertad individual, propiedad, domicilio, entre otros; siendo que en un Estado de Derecho tal posibilidad debe tener siempre habilitado el acceso a un control judicial suficiente, tal como lo exigen los tratados internacionales de derechos humanos.

El art. 78 LPAS expresa que el acto administrativo regular «...debe cumplirse, y su cumplimiento es exigible a partir de la notificación regularmente efectuada...». A su turno el art. 12 LPAN dice que «...su fuerza ejecutoria (del acto) faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios...».

¹⁵⁵ Marienhoff, op. cit., Tomo II, pág. 369.

La ejecutoriedad, o exigibilidad, en el lenguaje de Gordillo¹⁵⁶, es entendida como la atribución que el ordenamiento jurídico reconoce a la autoridad administrativa para obtener el cumplimiento y ejecución del acto por sí misma, sin necesidad de intervención del órgano judicial. Es decir, la Administración puede compeler a su cumplimiento por sí y por sus propios medios o solicitando, en su caso, la intervención judicial.

Entonces, el problema de la ejecución forzada de decisiones administrativas regulares es un problema de límites. Decir que una decisión es ejecutoria no necesariamente implica que su ejecución pueda ser forzada. La regla general en este aspecto es que las intervenciones sobre la propiedad o la libertad de los administrados no las puede disponer ni menos actuar la Administración, sino que debe hacerlo la justicia, aunque ello tenga algunas específicas excepciones impuestas por ley (no se requiere intervención judicial para el desalojo de una plaza pública, la incautación de mercaderías en infracción al Código Alimentario, la disolución de una manifestación, el rescate de una concesión de servicio público). El principio será que habrá ejecutoriedad cuando la naturaleza del acto exima de intervención judicial, y no a la inversa.

Ahora bien, el ejercicio de esta prerrogativa debe ir asociado a un adecuado sistema de garantías. Ante la posibilidad de la Administración de hacer cumplir el acto, el particular tiene la posibilidad de solicitar la suspensión de su ejecución (arts. 81 LPAS y 121 LPAN), lo que puede obtener tanto por la misma autoridad como por una solicitud al órgano judicial. También el legislador puede eventualmente, por ejemplo, disponer la suspensión de la ejecución de decisiones administrativas en situaciones especiales como sucede en los casos de emergencia económica del Estado.

Estabilidad

Por estabilidad se entiende la prohibición, al sujeto que ejerce la función administrativa, de revocar en sede administrativa los actos que crean, reconocen o declaran derechos subjetivos una vez que han sido notificados al interesado. Es decir que la revocación del acto regular es siempre una medida excepcional.

Los actos administrativos estables son en principio inextinguibles en sede administrativa, y solo son impugnables por anulación ante el órgano judicial. En general, los autores coinciden en que los requisitos para que los actos administrativos sean efectivamente estables son:

1. Que del acto hayan nacido derechos subjetivos de naturaleza administrativa (esta noción se conecta con la de los derechos adquiridos).
2. Que haya sido notificado al administrado o interesado.
3. Que sea regular, es decir, que reúna las condiciones esenciales mínimas para su existencia y validez: competencia, objeto, voluntad y forma, lo cual no significa forzosamente acto perfecto sino solo presumiblemente válido.
4. Que no haya ley que autorice la revocación.

A tal situación refiere el art. 18 LPAN, cuando expresa que «El acto administrativo regular del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado...en sede administrativa una vez notificado». En el mismo sentido lo hace el art. 92 LPAS.

Debe insistirse en que para que tal cualidad opere efectivamente, el acto debe ser 'regular' o sea, reunir las condiciones esenciales de validez (objeto, voluntad, forma y competencia) y que no tenga vicios 'manifiestos', pues en este último caso el acto no es regular ni reúne ninguna de las presunciones de las que goza el primero.

La estabilidad del acto administrativo constituye una creación de la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁵⁷, en virtud de la cual se superó la concepción antigua de que el acto administrativo, por ser unilateral, podía revocarse por la Administración

¹⁵⁶ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 236; Gordillo, op. cit., Tomo 3, V-34.

¹⁵⁷ Cassagne, Tomo II, pág. 251.

en cualquier momento, lo cual contradecía la doctrina de la irrevocabilidad de los derechos adquiridos al amparo de normas constitucionales.

El art. 17 LPAN señala la revocabilidad del acto nulo, no obstante lo cual agrega que «si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad». El acto es firme cuando, notificado, se venció el plazo legal para impugnarlo en sede administrativa o judicial. Es consentido cuando aún antes de vencer ese término, se lo cumple o el interesado lo acepta formalmente.

Pero la estabilidad tiene excepciones (art. 18 LPAN; art. 92 y siguientes LPAS). Ellas son: a) cuando el interesado hubiere tenido conocimiento del vicio que afecta el acto. Al respecto no basta el mero conocimiento sino que debe verificarse específicamente la connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, es decir una actuación de mala fe del administrado; b) cuando la revocación lo sea a favor del interesado y en la medida en que no cause perjuicio a terceros; c) cuando el acto ha sido emitido a título precario (permiso para ocupar un espacio público); d) por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cuyo caso habrán de indemnizarse los daños que ello le produzca al particular.

Impugnabilidad

A las características antes señaladas, Gordillo¹⁵⁸ menciona también que todo acto administrativo es *impugnable*. El acto administrativo, en tanto generador de efectos jurídicos directos -que no requiere de otro acto para tener eficacia y validez en su cumplimiento-, puede ser impugnado a través de la interposición de recursos administrativos o acciones judiciales, lo cual es corolario de lo previsto en el art. 18 CN que garantiza el derecho de defensa de la persona y sus derechos. Es decir, el particular o administrado puede cuestionar o atacar tanto el contenido como los efectos del acto que afecte sus derechos, y para ello tiene habilitados una serie de recursos administrativos previstos en la ley.

La impugnabilidad (o vía recursiva) procede en sede administrativa. Si se le reconoce al acto administrativo las prerrogativas o presunciones señaladas, dichas potestades deben acompañarse de los medios para que el individuo pueda controvertirlas eficazmente. Es así que puede, entonces, impugnar tanto la legitimidad del acto administrativo, como indagar sobre los motivos de la oportunidad, mérito o conveniencia que se tuvieron en cuenta para su dictado.

La impugnabilidad ante los órganos judiciales solo es viable cuando se ataque su legitimidad, pero siempre y cuando antes se le haya dado a la Administración la posibilidad de revocarlo en su sede: a tal situación se la denomina 'agotamiento de la vía administrativa'.

5.- Vicios: noción y elementos a los que afectan. Nulidades: clases y efectos

El estudio del sistema de invalidez del acto administrativo intenta explicar cuáles son las consecuencias jurídicas que habrán de asignarse a los defectos o vicios que el acto contiene. Aquí cabe aclarar que 'defecto' o 'vicio' constituyen expresiones sinónimas, siendo la referencia a ambos términos indistinta.

El acto administrativo que nace con los requisitos de objeto, competencia, voluntad y forma, y se emite de acuerdo con las normas del procedimiento administrativo, debe ser reconocido como acto perfecto o acto regular. Si estos elementos esenciales no existen o solo se cumplen de una manera parcial o irregular, cabe afirmar que el acto se encuentra afectado en su validez o eficacia, obstando tal cir-

¹⁵⁸ Gordillo, Tomo 3 VI-34.

cunstancia a su misma subsistencia y posibilidad de ejecución. Desde ya que el defecto, vicio o irregularidad contenido debe tener entidad y comprometer la vigencia del acto en la medida o magnitud del incumplimiento, pues hay defectos que son irrelevantes.

Hasta que pudo conformarse una teoría completa sobre el sistema de invalidez del acto administrativo (que comprende a todo tipo de actos administrativos, sean individuales, bilaterales, generales o reglamentarios), su elaboración fue desarrollada por los Jueces en sus sentencias a partir de las técnicas que al respecto tenía elaboradas el derecho privado. Las reglas del Código Civil fueron diseñadas para ser aplicadas en las relaciones entre particulares, por lo que no contemplan la singular posición de la Administración en cuanto titular de prerrogativas asignadas al logro del bien común, ni la complejidad de la actividad administrativa. Por ello, el interés público comprometido en la actividad de la administración justifica un tratamiento diferente de los aspectos reglados en el derecho privado, y de hecho se ha elaborado un sistema peculiar.

Tal diferencia entre regímenes se advierte enseguida con la existencia de la presunción de legitimidad (art. 12 LPAN), alrededor de la cual gira toda la teoría de las nulidades del derecho administrativo, algo impensable en los actos del derecho privado. Del principio del *favor acti*¹⁵⁹ se deriva la existencia de toda una serie de técnicas tendientes a sanar o excluir parcialmente la invalidez, como son: la incommunicación de la nulidad de los actos viciados a los actos posteriores independientes de él; la nulidad parcial; la conversión de los actos viciados y la conservación de los actos no afectados por la nulidad del acto final. Podemos sintetizar tales diferencias en el siguiente cuadro:

	Derecho Civil	Derecho Administrativo
Órganos que la declaran	La nulidad civil solo es declarada por el Juez	La declaración de invalidez del acto administrativo puede ser efectuada por los órganos judiciales y también por la misma Administración.
Regulación de los vicios	Los vicios de los actos jurídicos están regulados en el Código Civil	Los vicios de los AA no siempre están contenidos en la ley, lo que da lugar a un mayor margen de apreciación judicial
Alegación de la propia torpeza	Nadie puede alegar su propia torpeza (<i>nemo auditur propriam turpitudinem alegans</i>) (ver art. 1047 inc. 2 CC). No puede pedir la nulidad el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (tal situación es denominada: Teoría de los actos propios)	Este principio no rige en el Derecho Público, pues la Administración, a pesar de ser la autora del acto, puede revocarlo por sí sola si es manifiestamente ilegítimo, salvo en el caso del acto irrevocable para el que se deberá proceder judicialmente
Por la incidencia del interés público en la distinción entre nulidad absoluta y relativa	La nulidad absoluta o relativa se distingue por la circunstancia de que el acto afectado entre o no en conflicto con el interés público o las buenas costumbres. La nulidad absoluta invalida totalmente el acto. La nulidad relativa ha sido prevista para la protección del interés de un particular.	No se aplica la distinción del derecho privado de nulidad absoluta y relativa. El interés público está presente en todos los AA por lo que siempre la invalidez es en defensa de la ley y nunca del interés particular

¹⁵⁹ 'Favor acti': en caso de duda debe presumirse que el acto es válido.

<p>La acción de nulidad y los plazos de caducidad</p>	<p>La acción de nulidad no está sujeta a plazos de caducidad, sino solo de prescripción.</p>	<p>La acción de nulidad está sujeta a fugaces plazos de caducidad (art. 25 LPAN). Además, para impugnar un acto en sede judicial se requiere haber agotado el reclamo ante la Administración en plazos más breves aún.</p>
--	--	--

Nuestra LPAN, no obstante haberse inspirado en la ley española de procedimientos administrativos de 1956, en muchas instituciones se apoyó en la obra de Marienhoff, que sigue muy de cerca las concepciones francesas. Es el caso del régimen de invalidez de los actos administrativos que proviene, precisamente, del derecho francés (conf. Cassagne, ED, 174:961), y es fruto más bien de una tarea de sistematización de la doctrina y de los fallos judiciales más que del derecho positivo.

Como lo expone Comadira¹⁶⁰, la doctrina no es coincidente en orden al análisis del sistema de invalidez administrativa: autores como Marienhoff señalan la vinculación existente entre invalidez (nulidad y anulabilidad) y vicios que afectan los elementos esenciales del acto, aspecto en el que coincide este autor y es, a su juicio, el que surge de la ley de procedimientos administrativos. En cambio otros como Cassagne sostienen el criterio de relacionar la invalidez no con la afectación de los elementos esenciales del acto sino con la entidad o gravedad del vicio en sí, con independencia del elemento afectado.

Es cierto, como lo señala dicho autor, que la norma no contiene una sinonimia absoluta entre los términos empleados para enunciar los requisitos esenciales y los vicios generadores de la invalidez, pero como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 241:227; 249:37; 256:256, entre muchos otros): «... por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, privilegiando la intención del legislador más allá de las imperfecciones técnicas, estableciendo la versión técnicamente elaborada de la norma por medio de una discreta, razonable y sistemática hermenéutica que responda a su espíritu y respete la voluntad del legislador».

Los vicios que el régimen nacional contiene inciden sobre distintos requisitos del acto, los que en modo alguno resultan taxativos pues en definitiva quedan librados a la interpretación del legislador y del juez:

- En la voluntad (art. 14 inc. a).
- En la competencia (art. 14 inc. b).
- En la causa (art. 14 inc. b).
- En el objeto (hechos) (art. 14 inc. b).
- Por la violación de la ley (art. 14 inc. b).
- En las formas esenciales (art. 14 inc. b).
- En la finalidad (art. 14 inc. b).

En ese orden de ideas, un adecuado régimen de invalidez debe sustentarse en determinados parámetros o principios que permitan una aplicación coherente. El primero de ellos surge del clásico principio general del derecho que predica la finalidad de «afianzar la justicia»¹⁶¹, contenido el Preámbulo de la Constitución Nacional, y que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 1969) se menciona como el derecho de toda persona a una «protección judicial efectiva» que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, situación que pesa básicamente sobre el Poder Judicial pero también fundamentalmente sobre la Administración, pues obliga a las autoridades a actuar con ajuste al principio de legalidad y razonabilidad. A su vez, el sistema de invalidez se

¹⁶⁰ Comadira, Julio R., «Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios», pág. 57 y siguientes, Abeledo Perrot.

¹⁶¹ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 138.

vincula a otros valores como el de la seguridad jurídica, buena fe, eficacia, entre otros de no menor importancia.

Una consecuencia de la peculiaridad del sistema de invalidez del derecho público, distintiva del régimen privado, plantea distinguir entre legalidad o ilegalidad (para algunos ilegitimidad), invalidez e ineficacia, pues aunque el acto administrativo resulta susceptible de invalidarse cuando es ilegítimo, a la inversa hay actos ilegítimos que pueden no ser declarados inválidos; actos ilegítimos declarados inválidos y que son eficaces en cuanto hay terceros de buena fe que con ellos han adquirido derechos; y actos inválidos que se hacen válidos por subsanación o conversión. Estas ideas constituyen el meollo de la construcción de la teoría de la invalidez del acto administrativo, pues a pesar de que los aludidos son conceptos diferentes operan como círculos concéntricos y tienen relaciones de interdependencia.

Legalidad (legitimidad) o ilegalidad constituyen el resultado de una constatación en la que el operador jurídico compara el acto con la norma, y verifica si se encuentran o no en concordancia¹⁶², es decir si se corresponde con la norma en la que se sustenta y si además es razonable o justo. Hay aquí una valoración que hace la autoridad competente. A su vez, eficacia o ineficacia significa que el acto puede o no producir efectos jurídicos, y si bien son conceptos distintos de la legitimidad, mantienen entre ellos necesaria interdependencia.

En cuanto a la clasificación de la invalidez o clases de nulidades, difieren el régimen nacional del provincial. Mientras la ley nacional señala: a) actos nulos y, b) actos anulables (arts. 14, 15 LPAN); en la ley de Salta se contemplan tres categorías: a) inexistencia (Cassagne la critica); b) nulidad y, c) anulabilidad (art. 60 LPAS).

En todas ellas el criterio que campea es el de la gravedad del vicio que afecta los elementos esenciales del acto. Siguiendo tal criterio, los vicios se clasifican en groseros, muy graves, graves, leves y muy leves (ver art. 47 LPAS).

Por otra parte, por el principio de conservación de los valores jurídicos es posible afirmar que la regla es la anulabilidad y la excepción la nulidad, cuando hubiere duda sobre la aplicación de un tipo u otro; o mejor, que en caso de duda ha de estarse a la consecuencia menos grave, o sea que la presunción es a favor de la consecuencia más leve¹⁶³.

Comadira¹⁶⁴ señala que la LPAN recoge la distinción entre actos nulos y anulables como correlativa de nulidad absoluta y relativa, respectivamente, lo cual a su criterio surge del contenido del art. 14 cuando refiere a nulidad absoluta e insanable, y de los arts. 15 y 16 que mencionan la relatividad de la invalidez en el caso de ciertos defectos no esenciales del acto. De ello surge claro que el criterio que informa la clasificación antedicha deriva de la gravedad del vicio que afecta los elementos del acto administrativo, es decir debe haber una inescindible relación entre requisitos esenciales y régimen de invalidez,

La doctrina en general coincide sobre las consecuencias esenciales del acto nulo:

- a) No puede en principio ser declarado de oficio por el Juez. Si bien tal posición es controvertida por algunos autores, la jurisprudencia de la CSJN la admite invariablemente con fundamento en: a- el principio de separación de poderes; 2- la presunción de validez del acto, que solo puede ser invocada por la Administración hasta que el acto no sea declarado inválido; y 3- por la afectación del derecho de defensa de las partes (este se señala como el argumento más convincente).

¹⁶² Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 140.

¹⁶³ Marienhoff, op. cit., T.II, pág. 496.

¹⁶⁴ Comadira, op. cit., pág. 55 y siguientes.

- b) El acto nulo de nulidad 'manifiesta' puede ser revocado por ilegitimidad, aún en sede administrativa (la Corte Suprema los menciona como actos irregulares)¹⁶⁵, salvo que como lo señala el art. 17 LPAN, el acto esté firme y haya producido derechos subjetivos a favor de terceros. Comadira hace la crítica de la solución de la ley nacional, por cuanto mantener un acto viciado –dice- es soslayar la vigencia de la legalidad. Al respecto la CSJN¹⁶⁶ dijo que el art. 17 debe interpretarse con «carácter estricto», toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia, en el ámbito jurídico, de un acto viciado de nulidad absoluta. Igualmente en otro asunto¹⁶⁷ afirmó definitivamente que el acto administrativo viciado es susceptible de ser revocado en sede administrativa, aún cuando estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, en aquellos casos en los que el particular conozca o haya debido conocer la existencia del vicio invalidante.
- c) La pretensión de declaración judicial de invalidez está sujeta respecto de los administrados, a plazos perentorios o fatales (el art. 25 LPAN fija un plazo para impugnación por demanda judicial de 90 días; y de impugnación por recurso directo, cuando la ley lo autorice, de 30 días). Estos plazos no son aplicables al Estado que puede proceder a declarar la invalidez en el plazo de prescripción, salvo para los actos de nulidad absoluta en tanto estos no son susceptibles de prescripción dado que lo inmoral, lo contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede sanearse por el transcurso del tiempo¹⁶⁸. El acto nulo no es susceptible de saneamiento ni convalidación cuando se encuentre gravemente viciado (v. art. 27 LPAN).
- d) Los efectos de la nulidad son retroactivos, es decir *ex – tunc*.
En cuanto al acto anulable (o de nulidad relativa en el lenguaje de cierta doctrina), es decir un acto considerado regular pero con vicios en alguno de sus elementos que deben ser acreditados por quién invoque su invalidez, sus caracteres son:
- a) No procede en principio su declaración de oficio en sede administrativa una vez notificado.
- b) No procede su declaración de oficio por el juez.
- c) No puede ser revocado, sustituido o modificado por ilegitimidad en sede administrativa, salvo que el interesado conozca el vicio, la extinción lo beneficie sin afectar a terceros o el derecho en cuestión haya sido otorgado a título precario (art. 18 LPAN).
- d) Los plazos para plantear su anulabilidad son iguales a los del acto nulo¹⁶⁹.
- e) El acto anulable es susceptible de ser saneado, es decir, salvado a pesar de contener ciertos vicios de carácter leve o muy leve.
- f) Los efectos de la invalidez son en principio retroactivos, salvo excepciones expresas.

¹⁶⁵ Fallos 175:368 – caso «Carman de Cantón». Antes de este fallo de la CSJN, no puede decirse que existiera una concepción jurisprudencial clara respecto de los alcances de la potestad anulatoria de la administración. Antes del mismo habría una gran contradicción en la jurisprudencia y la doctrina. A partir de aquí fue posible elaborar una sistematización por la que se discernía en que circunstancias no era posible extinguir de oficio el AA en sede administrativa, por motivos de ilegitimidad.

¹⁶⁶ (Fallo del 23/4/91 – «Furlotti Setien Hnos SA c. Instituto Nacional de Vitivinicultura») La cuestión consistía, antes de la LPAN, en determinar los límites de la potestad del estado para anular de oficio en sede administrativa sus propios actos (revocar por ilegitimidad), sentando aquí un criterio restrictivo de la potestad anulatoria. El INV había revocado un acto suyo irregular. También Comadira, op. cit., pág. 116.

¹⁶⁷ Fallo del 17/2/98 – Caso «Almagro, Gabriela y otra c. Universidad Nacional de Córdoba». La Universidad había dejado sin efecto el nombramiento de dos personas –personal no docente-, por resultar inválidas las designaciones, y la Cámara Federal había declarado nulo dicho acto de la Universidad porque entendió que eran firmes y generaban derechos subjetivos.

¹⁶⁸ (CSJN, Fallos 179:278; art. 73 LPAS).

¹⁶⁹ «Muñoz, José c. Estado Nacional s/personal militar y civil de la FFAA», CNCont.Adm.Fed., sala IV, abril 16/98. – Se afirma que la Ley 19.549 «pese a que distingue entre actos administrativos nulos de nulidad absoluta e insanable y actos anulables cuando se determinan los plazos dentro de los cuales aquellos pueden impugnarse judicialmente, n o se efectúa distinción o salvedad alguna».

En cuanto a las llamadas *vías de hecho administrativas* (art. 9 LPAN), estas constituyen: 1- comportamientos materiales de la administración lesivos de derechos y garantías de los administrados, 2- se suscitan cuando la Administración pone en ejecución un acto estando pendiente de decisión un recurso, o 3- que el acto esté suspendido por normas expresas o se trate de un acto no notificado. Se consideran fruto de un comportamiento estatal irregular y por ende no son exigibles ni los particulares deben acatarlas, siendo susceptibles tales comportamientos de ser detenidos por la justicia, inmediatamente. En la ley de Salta se asimilan a los actos inexistentes (art. 73).

Sintetizando, es posible afirmar que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta, cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o padecen ellos de un vicio grave insusceptible de ser convalidado. En cambio es anulable, cuando todos los elementos esenciales concurren pero alguno adolece de un vicio leve o no fundamental. El cuadro siguiente destaca dichas características:

Acto Nulo	Acto Anulable
No puede en principio ser declarado de oficio por el juez (ello se fundamenta en la presunción de legitimidad y en la necesidad de preservar el derecho de defensa de los interesados)	No procede su declaración de oficio por el Juez. Debe ser invocada y requerida por la parte interesada
Puede ser revocado por razones de ilegitimidad si el vicio es manifiesto, aún en sede administrativa	No puede ser revocado por ilegitimidad en sede administrativa, salvo que el interesado conozca el vicio, la extinción lo beneficie o el derecho sea precario
La pretensión para la declaración judicial de invalidez para el particular, está sujeta a plazos perentorios de caducidad. El Estado solo está sometido a plazos de prescripción.	Los plazos para plantear la anulabilidad son iguales a los del acto nulo
El acto nulo no es saneable ni convalidable	El acto viciado puede ser saneado o enmendado
Los efectos de la nulidad son retroactivos	Los efectos de su declaración pueden ser retroactivos

Cassagne afirma que además de actos nulos o anulables, en nuestro derecho se configura una nueva categoría: la de «*ilegalidad o arbitrariedad manifiestas*», que completa la clasificación tradicional y cuya función es eminentemente procesal. Es para dicho autor una nueva causal de invalidez que pone el acento ya no en la gravedad del vicio, criterio tradicional, sino en la visibilidad externa del defecto, que debe surgir de modo patente y notorio sin necesidad de una investigación. Afirma que dicha categorización está ahora contemplada en el ámbito nacional, tanto en la ley de amparo 16.986 como en el art. 43 de la Constitución Nacional («...arbitrariedad o ilegalidad manifiesta»).

La ley procedimental administrativa de Salta menciona, en su art. 47, que la calificación del vicio se determinará por la 'gravedad y evidencia' que tenga el acto antijurídico, afirmando su art. 72 que la presunción de legitimidad del acto regular no es aplicable al 'acto cuyo vicio sea evidente'; lo mismo el art. 93 que dispone que el principio de irrevocabilidad no es aplicable cuando se trate de 'extinguir un acto nulo cuyo vicio sea evidente'.

De todas formas ya la Corte Suprema Nacional había admitido esta categorización de gran trascendencia que funciona en forma paralela a la que se funda en la gravedad o mayor entidad del vicio del acto administrativo, habiendo dicho que¹⁷⁰ la presunción de validez no puede «...siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez manifiesta».

De los vicios en particular

El régimen de invalidez comprende todos los elementos del acto administrativo diferenciando la voluntad de los restantes requisitos. Cassagne¹⁷¹ dice que en el sistema argentino pueden clasificarse los vicios como: a) Vicios de la voluntad, en tanto esta se trata de un presupuesto del acto presente en todos sus elementos, y b) Vicios en los restantes requisitos y elementos de carácter subjetivo y objetivo.

Afirma el citado autor que puede ocurrir que si se toma aisladamente un elemento –por ejemplo el objeto- el acto adolezca de un vicio subjetivo (error), o que tenga por el contrario un vicio de carácter objetivo (objeto ilícito). En el primer supuesto puede ocurrir que el objeto del acto sea lícito pero, al estar afectada la voluntad del órgano que lo emitió, el acto resulte inválido. En el segundo ejemplo el acto pudo haber sido plenamente querido por el agente, pero al ser su objeto ilícito estará afectado en su validez.

En rigor, atendiendo a la magnitud y complejidad de la actividad de la Administración resulta complejo definir taxativamente los vicios de que puede adolecer el obrar jurídico, en tanto la legislación administrativa no ha podido prever ni enunciar sistemáticamente todos los vicios que pudieran afectar el acto. Ello implica que la autoridad administrativa puede declarar la existencia de otros vicios, además de los señalados legalmente, e incluso por excepción, apartarse de la calificación legal mediante resolución fundada¹⁷².

Vicios en la voluntad

Si la voluntad constituye básicamente una construcción asentada en la voluntad psíquica del agente del que emana la declaración, los vicios o defectos que se proyecten en su exteriorización condicionarán su validez¹⁷³. La voluntad administrativa constituye así un concurso de elementos subjetivos (la voluntad de los individuos que actúan) y objetivos (el proceso en que actúan para producir el acto). En los hechos no es sencillo hacer una separación neta entre ambos elementos, pues en general prevalecerá uno de ellos pero no exclusivamente.

Lo concreto es que los vicios de la voluntad originan una causal de invalidez cuya flexibilidad deja un amplio margen de valoración a la autoridad que la realice, lo que constituye una clara diferencia de los otros supuestos de invalidación, en donde la sanción se encuentra ya determinada y hay menos margen de acción. El art. 14 inc. a) LPAN recepta los que son propios del derecho privado, aunque en algún caso con ciertas precisiones. Así, el acto administrativo devendrá nulo absolutamente cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial, violencia física o moral ejercida sobre el agente, o simulación absoluta (estos vicios tienen origen en el derecho civil). En el caso de dolo, se exige que merced a él se hayan

¹⁷⁰ CSJN, Fallos, 293:133 – Caso «Pustelnik».

¹⁷¹ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 166 y siguientes.

¹⁷² Farrando y Martínez, op. cit., pág. 203.

¹⁷³ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 167.

tenido como válidos hechos o antecedentes inexistentes o falsos. También el error de hecho se considera cuando es esencial, nulificante del acto¹⁷⁴.

Según lo que se viene diciendo, los vicios de la voluntad básicamente son:

- a) Error e ignorancia de hecho o derecho, incluidos en los arts. 922 y 929 Código Civil. Refiere a un falso o deforme conocimiento, o su total ausencia, respecto de todos, varios o alguno de los elementos que integran el acto, lo cual debe apreciarse en cada caso concreto en orden a la gravedad del vicio. El error debe ser de tal naturaleza o entidad que de haberlo conocido la Administración no habría emitido el acto, o lo habría confeccionado en forma distinta. La consecuencia es la nulidad absoluta;
- b) Dolo, regulado por el art. 931 Código Civil. Constituye «toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para conseguir la realización de un acto jurídico»;
- c) Violencia, que consiste en la utilización de medios coercitivos sobre el administrado o el agente público, para obligarlo a realizar un acto que no resulte el que libremente hubiera querido quién lo emite. Puede haber no solo violencia física, sino psicológica y moral, pues ellas implican también temor o intimidación.

Los vicios de la voluntad surgen no solo en la emisión de la voluntad que explicita el acto, sino también en el origen de la voluntad del agente (usurpador, funcionario de hecho), en el proceso de su preparación (licitación pública, dictamen jurídico, etc.). También cuando el acto refleja desviación de poder (finalidad personal o de beneficiar a un tercero), o cuando existe arbitrariedad (omisión de decidir, prescindencia de los hechos, ausencia de fundamentación seria)¹⁷⁵.

Vicios en la competencia

Este tipo de vicio tiene una gran importancia en el derecho administrativo, pues sigue constituyendo la competencia el basamento donde se apoya y articula la actuación de los sujetos y órganos administrativos. La competencia no solo refiere al órgano institución sino también al órgano persona, pues no cualquier funcionario o empleado puede imputar su decisión a la voluntad del Estado.

La creación del vicio de incompetencia permitió en el derecho norteamericano su introducción ante el tribunal judicial aunque no se hubiere alegado al agotar la vía administrativa, pues se entendía que si el funcionario actuó sin competencia no cabía reclamar en sede administrativa ante una actuación viciada desde sus orígenes o jurídicamente inexistente. En Francia este fue el argumento usado para introducir el 'recurso de exceso de poder' y obtener así la anulación de un acto administrativo. Nuestra Corte Suprema nacional dijo¹⁷⁶ que ante un grueso error de derecho o la ausencia de un presupuesto de hecho indispensable, «el apartamiento de la ley linda entonces con la incompetencia».

El acto administrativo debe ser emitido por un órgano competente en razón del grado, materia, territorio y tiempo, pues de lo contrario el acto estará viciado. La competencia surge de los preceptos que expresa o implícitamente están contenidos en normas legales y reglamentarias y que dan la medida de las atribuciones del órgano y la naturaleza de su especialización. En general se considera que solo el vicio de incompetencia por razón del grado es subsanable, no así los que provengan por desconocimiento de la materia, el territorio y el tiempo, por ser esenciales al acto administrativo.

Habrà incompetencia en razón de la materia cuando el acto prescinde o desconoce los límites de las atribuciones de los sujetos y órganos estatales, la que es establecida como una garantía del administrado y no como un privilegio de la Admi-

¹⁷⁴ La Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal así lo entendió en el caso del retiro obligatorio de un oficial superior de la Policía, basado en un dictamen de la Junta de Calificaciones que luego se calificó de inexistente (caso «Ahmed c.Estado Nac.», 28/4/88).

¹⁷⁵ Gordillo, op. cit., Tomo 3 IX-3; Arts. 56, 60 y siguientes LPAS.

¹⁷⁶ Caso «Guardia», Fallos, 307:1466.

nistración; en razón del territorio, cuando el funcionario excede el espacio geográfico en el que ha sido habilitado a ejercer sus funciones; en razón del tiempo cuando se emiten actos en un momento en que, en atención a la distribución de funciones entre órganos de igual competencia, el agente no podía ejercer las facultades conferidas por el orden jurídico. En cambio un acto emitido por un funcionario inferior en la esfera de la competencia habilitada al organismo del que depende, puede ser convalidado por el superior si no adolece de otros vicios que lo invaliden.

Vicios en la causa

La ausencia de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto, así como la circunstancia de que los mismos fueren falsos, determinan su nulidad absoluta. Es decir que para determinar el alcance del vicio en la causa deben analizarse los hechos, los antecedentes que los justifican y el derecho aplicable, pues todo ello integra el acto administrativo.

Más allá de la discusión doctrinaria sobre el término 'causa', hay coincidencia en cuanto a que ella se compone por los elementos fácticos y jurídicos que deben concurrir al momento del nacimiento del acto. Un ejemplo sería la resolución que declaró sin efecto una cesantía fundada en un delito por el que el funcionario en cuestión fue absuelto en sede penal; o la imposición de una multa sobre la base de hechos falsos¹⁷⁷. También se consideró vicio de falta de causa el grosero error de derecho como el caso de un dictamen que se refirió a una ley no aplicable al caso.

Vicios originados en la violación de la ley

La causal en cuestión permitió en el derecho francés controlar el objeto del acto administrativo, y luego los motivos del mismo. En nuestro derecho, la amplitud del enunciado permite cubrir todos aquellos vicios que sin encuadrar claramente en la enumeración del art. 14 LPAN, implican una violación a los elementos que describe su art. 7.

Sin embargo, en sentido estricto, este vicio se produce ante la contradicción del objeto del acto con una norma de mayor jerarquía. La solución es clara cuando la norma violada es una ley¹⁷⁸; pero ante la violación de normas sublegales como reglamentos, circulares y otras fuentes jurídicas, también cabe aplicar esta calificación para establecer el vicio, sea que provengan de distintos o del mismo órgano que lo emite.

Vicios en la forma

La forma del acto no solo integra la declaración de voluntad, sino también el procedimiento de formación de dicha voluntad y su modo de exteriorización. En tal sentido, la violación de formas esenciales, es decir la omisión o trasgresión en el modo de exteriorizar el acto, también da lugar a su nulidad.

En lo que hace a los requisitos que exige la forma escrita del acto, hay omisiones subsanables. La ausencia de fecha puede corregirse por la notificación del acto; sin embargo hay veces en que la fecha es esencial pues determina si se ha excedido el límite temporal de la competencia, o para verificar si se han cumplido los requisitos de sesión y quórum en los órganos colegiados. La falta de mención del órgano del cual proviene el acto, si ello no se puede determinar, constituye un vicio grave que lo invalida. La ausencia de firma se califica como vicio grosero, pues el acto sin ella no tiene nacimiento.

También la motivación, o mejor dicho su insuficiencia o ausencia, constituye vicio grave e invalidante, sobre todo cuando es especialmente exigida por la naturaleza del acto en cuestión (Vg.: actos de naturaleza discrecional), en tanto su presen-

¹⁷⁷ Cámara Nacional Federal en lo contencioso administrativo, sala I, «Luchina c. Gob. Nacional», publicado en La Ley, T. 1988-A, 209; «Junta N. De Granos», 25/6/81, publicado en El Derecho, T. 40:424

¹⁷⁸ CSJN, Fallos, 304:898

cia garantiza el derecho de los administrados haciendo que les sea factible conocer las razones que indujeron a emitirlo¹⁷⁹.

Vicios en la finalidad

La violación del elemento finalidad se concreta en la llamada «desviación de poder», es decir en la tergiversación del fin que tuvo en miras el legislador al otorgar la facultad en cuestión al organismo administrativo.

El fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad, y debe hallarse incluido en la función administrativa y el ordenamiento jurídico, aunque ello debe interpretarse con un sentido dinámico y adecuarse a los fines sociales y económicos que presiden constantemente los cambios que la realidad concreta produce en el Estado contemporáneo¹⁸⁰. Aunque también hay jurisprudencia que afirma que la anulación de un acto por el vicio en la finalidad solo es posible en supuestos límites de haber infracción legal, pues se corre el riesgo de controlar judicialmente la oportunidad del acto administrativo, lo cual es competencia del poder Administrador¹⁸¹.

La arbitrariedad o irrazonabilidad puede categorizarse¹⁸² cuando la Administración decide con criterios desproporcionados o excesivos afectando el art. 7 inc. f *in fine* LPAN, en el elemento finalidad. Es posible apreciarla como requisito en los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, pues en ellos debe analizarse «la necesaria y proporcional adecuación entre el fin que se procura y el medio utilizado, excluyendo toda iniquidad». La jurisprudencia es unánime en considerar a la razonabilidad un principio general ineludible en el ejercicio de las funciones públicas.

Se pueden advertir fallos de la CSJN en donde se ha calificado la desconexión entre la finalidad que cree perseguir la Administración y los requisitos que ella impone a ese efecto. Ejemplo de acto viciado por irrazonabilidad es el del personal docente al que se le exigió visión de los dos ojos para ser profesor de Geografía; o una altura mínima para estudiar profesorado de matemáticas¹⁸².

Subsanación, enmienda, saneamiento o convalidación

Si el vicio del acto no es muy grave es posible mantener su vigencia suprimiendo o corrigiendo el punto que incide sobre su eventual validez. Es así que en el régimen de invalidez puede hablarse de legalidad del acto y de su conservación, prevaleciendo alguno de ellos según cual sea la gravedad y evidencia del vicio. Esto es lo que, según los casos y autores, es denominado saneamiento, perfeccionamiento, confirmación, convalidación, ratificación, entre otra terminología aceptada.

La forma más natural y lógica de purgar el vicio es solucionar las causas que lo originaron si es que de tal modo se permite la subsistencia del acto, pues si no fuera ello posible este debe ser eliminado de la vida jurídica. No se trata de conservar el acto en desmedro de las garantías de defensa y razonabilidad, sino de analizar si es posible armonizar sus elementos con el régimen jurídico y los principios de legalidad, certeza y justicia, con fines de seguridad jurídica y continuidad de la actividad administrativa estatal con miras al bien común.

Sanear –en derecho administrativo- es otorgar perfección a un acto que carece de ella a raíz de un vicio que afecta su validez o su eficacia, tornándolo anulable (nulo de nulidad relativa).

¹⁷⁹ (CNFCA, L.L., 1975-B, 182).

¹⁸⁰ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 186.

¹⁸¹ Cámara Federal de Córdoba, J.A., 1981-IV-361; CNCiv, Sala E, L.L., 1977-c, 81. Aunque existen precedentes al respecto en la CSJN, E.D., 122, 704, caso «Clapuscio c. Estado Nac.».

¹⁸² Mairal, Héctor A., «Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia», La Ley, T. 1989-C, Sec. Doctrina, pág. 1015.

¹⁸³ CSJN, Fallos 305:1489 y 306:400; L.L., 1984-C, 183.

Este instituto es también conocido como convalidación¹⁸⁴. Sin embargo pareciera más conveniente el empleo del término saneamiento, toda vez que la voz convalidación si bien es utilizada con significado semejante, parece dar más idea de confirmación o reafirmación de lo anterior y no necesariamente de subsanación de los defectos. No debe perderse de vista que el acto saneado carecerá, a partir de ese momento, de vicios, porque ellos fueron purgados por el acto de saneamiento.

El saneamiento podrá ocurrir en supuestos de:

1. Violación del derecho de defensa. Ello sucede por ejemplo al haber asumido el administrado su defensa plena en sede judicial, en donde es posible purgar algunos defectos no esenciales producidos en sede administrativa. Debe aclararse no obstante que son nulas las actuaciones administrativas que afectan esencialmente la garantía de la debida defensa¹⁸⁵.
2. Ausencia de motivación. La Corte Nacional convalidó actos que solo remitían a la norma (ley o reglamento) sin más fundamento, es decir que consideró que dicha remisión constituía la motivación del acto en tanto la norma era clara en su expresión. También dijo que constituye un principio del Estado de Derecho el que no hay en él actos que afecten derechos e intereses individuales que puedan ser absolutamente discrecionales. La desviación de poder es un vicio en la motivación¹⁸⁶. Al respecto debe atenderse a la circunstancia de que la «razonabilidad» con la que la Administración ejercita sus facultades discrecionales es el principio que otorga validez a sus actos y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia, sin que por ello se incurra en violación al principio de división de poderes¹⁸⁷. En el ejercicio de tales potestades si resultara posible optar entre distintas circunstancias igualmente válidas, no será convalidable y por ende devendrá nulo el acto que no recoge la elección de alguna de ellas; pero si lo hace y aunque no resulte completa la fundamentación, encontrándose vinculada claramente con el objeto del acto, el acto será anulable y asimismo convalidable si el vicio no resulta sustancialmente grave.
3. Falta de notificación. Aunque hay autores que insisten que constituye un requisito para su validez, la CSJN ha dicho reiteradamente que la notificación hace a la eficacia del acto y no a su validez; es decir que un acto no notificado queda saneado en su eficacia cuando es conocido por su destinatario, por cualquier medio admisible.
4. Ausencia de dictamen. Esta cuestión, además del aspecto meramente formal, se vincula a la estabilidad del acto. La CSJN expresó que el acto administrativo es 'regular' toda vez que cumple con los requisitos externos de validez, vale decir que tiene forma y competencia y que además no incurre en error grave de derecho que linde con la incompetencia en la medida en que no supere lo meramente opinable en cuanto a la interpretación de las normas legales que rigen el caso; y que el acto es válido cuando se ha «prescindido del dictamen jurídico, en tanto en el procedimiento de repetición de la ley 11.683, aplicable al dictarse la resolución revocada por la DGI, no estaba previsto ese requisito y el art. 7° inc. d de la ley 19549, cuando lo exige, lo supedita al supuesto de un acto que pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos de los administra-

¹⁸⁴ Villarruel, María Susana, «El saneamiento del acto administrativo», («Acto Administrativo y Reglamento», Jornadas organizadas por la Universidad Austral, pág. 143, Ediciones RAP, 2002).

¹⁸⁵ CSJN, Fallos, 273:13; 295:726; 302:283; 306:1138.

¹⁸⁶ CSJN, Fallos, 311:1207; L.L. 1986-A-16.

¹⁸⁷ C.Fed. Mendoza, sala A – «Collado Cattani, Juan C. C.R.A.S.», LL Suplemento Dcho. Administrativo, 25/8/97. El actor fue dejado cesante como sanción al no haber anoticiado a sus superiores de ciertas irregularidades que denunció penalmente, y por tener embargos reiterados en sus sueldos. La Cámara Federal entendió que carecía de razonabilidad la decisión, por cuanto la autoridad administrativa podía optar por sanciones menores y, sin embargo, aplicó la más grave, sin motivar la razón de la elección. Tratándose del ejercicio de una facultad discrecional, debía explicar con claridad la razón por la que prefería provocar la sanción depurativa de máxima gravedad (citó fallos CSJN 305:1489; 306:126; 307:639). El vicio afectó la causa y la motivación del acto.

dos¹⁸⁸. Es decir, en ciertos casos el dictamen, cuando la ley o el reglamento lo establezcan, constituirá un requisito ineludible del acto sin cuya presencia este será inválido y por ende, insubsanable.

5. Otros supuestos. También procede la subsanación cuando se trata de vicios en la declaración de la voluntad, en la publicidad y en general cuando se afectan elementos accidentales del acto.

El saneamiento o enmienda solo es posible en actos con vicios de nulidad relativa (anulables, o con vicios leves o muy leves) y se concreta (conf. arts. 19 a 20 LPAN y art. 74 a 76 LPAS) mediante los procedimientos de:

- a) Ratificación por el órgano superior: cuando haya sido emitido con incompetencia en razón del grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes.
- b) Confirmación: por el mismo órgano que lo emitió, que subsanará el vicio que lo afecta (la validez será retroactiva a la emisión del acto original).
- c) Conversión: que es un remedio residual de saneamiento que requiere la integración de los elementos válidos de un acto viciado, con consentimiento del administrado, por el órgano que lo dictó o sus superiores. Sus efectos en este caso serán siempre para lo futuro –ex tunc-.
- d) La LPAS incorpora también la *aclaratoria* o pedido del interesado de que se complete un acto en caso de que este adolezca de oscuridad, error material u omisión. Ella es resuelta por el órgano autor del acto (conf. art. 102 RLPAN).

La *conversión* del acto es considerada como la aplicación de un principio de economía jurídica, que ha llevado al legislador a habilitar a la Administración para declarar perfeccionado otro acto administrativo distinto, utilizando los elementos aprovechables de un acto anterior inválido, siempre y cuando tal perfección sea posible por reunir esos elementos las notas que permitan considerarlos como constitutivos del nuevo acto. La mayoría de la doctrina considera que se trata de un caso de metamorfosis jurídica: el acto viciado se convierte en otro válido. El acto nulo no puede ser resucitado pero contiene elementos válidos que permitirán dar vida a otro nuevo.

El principio de conservación del acto administrativo no alcanza para fundamentar la conversión sino que más bien esta se sustenta en principios de economía jurídica, pues en definitiva constituye una excepción a las consecuencias de la nulidad en cuanto esta tiende a extinguir el acto y no a preservarlo. El art. 20 LPAN dice que: «Si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto». El art. 75 LPAS agrega que la conversión debe serlo por el mismo órgano que lo dictó o sus superiores, según sea el caso.

Sí con el material aprovechable de los restos del naufragio (acto nulo) no alcanza para conformar una balsa o un nuevo barco (nuevo acto), no habrá posibilidad de conversión. Habrá entonces una nueva declaración de voluntad que desde ya debe estar vinculada al objeto del acto primario, por cuanto de lo contrario no tendría finalidad la conversión.

El acto puede cambiar más no la causa que lo origine ni la finalidad a la que pretende servir.

¹⁸⁸ CSJN, «Cerámica San Lorenzo J.C.S.A. c. Gobierno nacional»; E.D., 70:376. El actor demandó la nulidad de resolución DGI, que revocó acto de Jefe de Zona Fiscalización Bs.As. del 11/7/73, que hacía lugar a una reconsideración y eximía de pago del impuesto a la ventas por los años 61 a 66, resultando un saldo a favor que acreditó para compensar futuras obligaciones. Se impugnó la decisión por falta de dictamen técnico y porque interpretaba que la exención violaba ley aplicable al incluir en el género ladrillos a los azulejos, sin tener en cuenta la finalidad de la franquicia. La cuestión se limitó a determinar si la resolución era revocable por la misma administración y no si la exención era aplicable.

6.- Extinción (imposibilidad de hecho sobreviniente, plazo, condición resolutoria, renuncia, revocación, caducidad)

El acto administrativo produce efectos jurídicos, por lo que su extinción importa la cesación definitiva de esos efectos. Se diferencia así de la 'suspensión', en donde ocurre solo una cesación provisional; también de la 'modificación' que no hace cesar los efectos jurídicos sino que tan solo los transforma o cambia en algún sentido determinado.

La extinción comprende tanto cuando el acto cesa de operar sus efectos por causas normales o anormales sin que se requiera el dictado de un acto específico, como los supuestos en que la eliminación del acto del mundo jurídico no se produce sino a través de otro acto que trasunte la voluntad administrativa de extinguirlo, trátese de actos válidos o de actos afectados de invalidez¹⁸⁹.

Extinción de actos administrativos ilegítimos

La extinción de actos ilegítimos puede referirse a una ilegitimidad originaria o a una ilegitimidad sobreviniente por cambios en el ordenamiento jurídico, lo que torna inválido un acto que nació válido bajo un régimen anterior.

A su vez en cada caso, dependiendo de la gravedad de la infracción, es posible distinguir entre:

- | | | |
|-----------------------------|--------------------------------|-----------------------|
| A. Ilegitimidad originaria: | B. Ilegitimidad sobreviniente: | C. Actos inexistentes |
| a) actos anulables | a) actos anulables | |
| b) actos nulos | b) actos nulos | |
| c) actos inexistentes | | |

Gordillo¹⁹⁰ señala divergencias terminológicas en cuanto al sentido con el cual se utilizan las expresiones «revocación» y «anulación». En general una mayoría doctrinaria prefiere hablar de revocación cuando se extingue el acto por la propia Administración, y de anulación cuando el acto es extinguido en sede judicial. Es también la terminología legal. Recién después es que se analiza si la ilegitimidad o inoportunidad es originaria, es decir si nació con el acto mismo o deriva de un cambio sobreviniente.

Un acto que nació válido puede a su vez tornarse inválido por un cambio en el ordenamiento jurídico (Vg. un permiso para portar armas cuando luego esa autorización se cancela por otra norma; un registro de conductor expedido a una persona de mucha edad si luego se prohíbe conducir a personas de esa edad; un nombramiento vitalicio que luego la ley limita temporalmente). En tal situación el cambio del ordenamiento jurídico -supuesto que el mismo sea constitucional- provoca que el acto nacido válido deje de serlo, y en tal caso debe procurarse su extinción con efectos hacia lo futuro. Se trata de una ilegitimidad sobreviniente.

Debe también, explicarse que la circunstancia de producirse un cambio sobreviniente que modifique la situación de hecho o de derecho observada al momento de sancionarse el acto administrativo, no produce su cesación automática sino que resulta necesario que la autoridad lo declare nulo o anulable, en cada caso.

Extinción de actos administrativos legítimos

En la extinción de actos legítimos se distingue si ella se produce de pleno derecho, si debe ser pronunciada por la Administración o si es declarada por el particular:

- A. Es de pleno derecho cuando:
- a) Se cumple el objeto del acto (se concluyó la obra), se verifica la condición resolutoria que contiene o finaliza el plazo previsto (vence el permiso de ocupación de la vía pública).

¹⁸⁹ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 243.

¹⁹⁰ Gordillo, op. cit., Tomo 3 XIII-3.

- b) Surge una imposibilidad de hecho (fallece el escultor de un monumento), esto es una situación sobreviniente que impide el cumplimiento del acto.
- B. Es dispuesta por la Administración:
 - a) Por causa del incumplimiento culposo de quién se encontraba obligado - es el supuesto de caducidad- (incumplimiento de entrega de suministros al Estado).
 - b) Por causa del no uso (desuso) por el interesado de un derecho que el acto le acordaba (abandono del uso del agua para riego luego de cierto plazo).
 - c) Cuando el acto es revocado por razones de inoportunidad, situación que a su vez puede ser originaria o sobreviniente.
- C. Es declarada por el particular o depende de su voluntad:
 - a) Por renuncia, en cuanto constituye la voluntaria declinación por el interesado de los derechos que el acto le acuerda.
 - b) Cuando el administrado no acepta o rechaza beneficios que el acto le reconoce, siempre que se trate de aquellas situaciones que requieren del consentimiento del particular para ser eficaces (premios, becas, honores, nombramientos).

Es posible sintetizar los distintos modos o formas que dan lugar a la extinción del acto administrativo conforme a lo siguiente:

- Cumplimiento del objeto
- Imposibilidad de hecho sobreviniente
- Cumplimiento
 - del plazo
 - de la condición resolutoria
- Revocación por
 - ilegitimidad (anulación)
 - oportunidad, mérito o conveniencia
- Renuncia
- Rechazo
- Caducidad
- Nulidad por declaración judicial

Revocación

Conviene referir en particular a la Revocación, que en el ámbito administrativo constituye un modo de extinción del acto administrativo fundada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o en razones de legitimidad.

Los actos administrativos son emitidos para permanecer en el tiempo o cumplir el objeto a que refiere su contenido, por lo que su revocación no corresponde a su esencia ni constituye un principio de Derecho Administrativo. La regla general está consagrada por la estabilidad y certidumbre del derecho, siendo que la revocación solo constituye un remedio que la ciencia jurídica proporciona para subsanar situaciones de evidente anormalidad, teniendo en cuenta que las necesidades públicas, satisfechas mediante obras y servicios, no toleran las demoras o interferencias que forzosamente se suscitarían si la Administración tuviere que demandar previamente, en cada caso, la verificación de que su obrar se ajusta a la legalidad.

En ese sentido la posible revocación de un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia tiende a satisfacer más adecuadamente la exigencia de «interés público», por cuanto pueden haberse producido cambios en «las circunstancias de hecho» operadas con posterioridad a la emisión del acto y resultar conveniente para la Administración retirarlo del mundo jurídico. Al estar la revocación por razones de oportunidad comprometida con el interés público, en forma alguna podrá ser consecuencia de la arbitrariedad o la irrazonabilidad. Ella puede producirse en cualquier tiempo y comprende solo al acto lícito de la Administración.

Entre la revocación por razones de oportunidad y la expropiación existe la coincidencia de que ambas nacen en razón del interés público; pero en la última este interés deberá ser expresamente declarado por una ley formal, pudiéndose proyec-

tar sobre todo tipo de bienes. La revocación en cambio sólo comprende derechos administrativos y es declarada por la autoridad administrativa, por sí y ante sí. En ambos casos habrá indemnización, pero en la expropiación deberá ser previa conforme la Constitución, no obstante la doctrina está conteste en que en la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia deben aplicarse los principios y normas de la expropiación.

La LPAN prescribe la revocación del acto administrativo por razones de ilegitimidad separando la extinción del acto irregular (art. 17), de la revocación del acto regular (art. 18). El primero es el que se encuentra afectado de una nulidad absoluta, encontrándose obligada la Administración a decretar su extinción o sustitución, salvo que hubieren surgido de él derechos subjetivos que se estén cumpliendo, en cuyo caso solo es posible extinguir sus efectos aún pendientes por vía judicial. Tampoco se podrá extinguir en sede administrativa el acto nulo cuando su dictado produjo efectos inmediatos.

A su vez, el acto regular, aún cuando no fue definido en la ley, es posible inferirlo por exclusión del acto irregular que se vincula a la nulidad absoluta. Por ello se puede sostener que el acto regular comprende tanto al acto válido como al que padece una nulidad relativa. El acto regular es un acto estable, pero su estabilidad cede si la revocación es solicitada por el mismo administrado antes de que el acto se encuentre firme y consentido; o cuando no hubieren nacido de él derechos subjetivos. Su revocación procede excepcionalmente en los supuestos del art. 18, es decir cuando el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario.

Si la revocación lo es por razones de ilegitimidad, los efectos del acto se retrotraen en principio al momento de su dictado; en los demás supuestos los efectos siempre operarán para el futuro.

Caducidad

La Administración puede también extinguir unilateralmente un acto administrativo en el supuesto de caducidad, cuestión a la que refiere el art. 21 LPAN (*idem* LPAS - arts. 85 inc. c, 99 y siguientes). Ello ocurre cuando el interesado no ha cumplido con las condiciones fijadas en el acto, aunque se requiere que se lo constituya previamente en mora y se le conceda un plazo suplementario razonable para cumplir.

La caducidad constituye siempre una sanción administrativa que supone que el acto a extinguir concedía un derecho al interesado imponiéndole, simultáneamente, ciertos deberes que este no cumplió. Es tal incumplimiento lo que motiva la caducidad.

Para que ella proceda: a) el incumplimiento de las obligaciones del administrado debe ser doloso o culposo; b) debe haber constitución en mora antes de tomar la decisión; c) el plazo brindado al moroso para cumplir sus obligaciones, más el plazo adicional por tiempo razonable, debe de haberse cumplido o estar vencido.

Bibliografía sugerida

1. «Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff», dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo Perrot.
2. Altamira Gigena, Julio Isidro, «Lecciones de Derecho Administrativo», Advocatus, 2005.
3. Bianchi, Alberto A., «¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la vía administrativa?», La Ley, Tomo 1995-A, 397.
4. Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo II, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002.

5. Cassagne, Juan Carlos, «Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo», *El Derecho*, T. 174, 961.
6. Comadira, Julio R., «Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios», Abeledo Perrot.
7. Diez, Manuel María, «Derecho Administrativo», Tomo II, Bibliográfica Ameba, 1965.
8. Farrando, Ismael y Martínez, Patricia R., «Manual de Derecho Administrativo», Depalma, 1996.
9. Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, ediciones 1999 y 2000.
10. Linares, Juan Francisco, «La garantía de defensa ante la Administración», *La Ley* 142-1137.
11. Mairal, Héctor A., «Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia», *La Ley*, T. 1989-C, Sec. Doctrina, pág. 1015.
12. Marienhoff, Miguel S., «Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia», *La Ley*, Sec. Doctrina, Tomo 1980-B, 817.
13. Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo II, Abeledo Perrot, 1993.
14. Perrino, Pablo E., «Teoría de la invalidez del acto administrativo», («Acto Administrativo y Reglamento», Jornadas organizadas por la Universidad Austral, pág. 117, Ediciones RAP, 2002).
15. Revidatti, Gustavo Adolfo, «Derecho Administrativo», Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, 1985.
16. Sarmiento García, Jorge, «Derecho Público», Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
17. Villarruel, María Susana, «El saneamiento del acto administrativo», («Acto Administrativo y Reglamento», Jornadas organizadas por la Universidad Austral, pág. 143, Ediciones RAP, 2002).

CAPÍTULO VII: Contratos Administrativos

Carrera de Licenciatura en Administración

Programa de Derecho III. Módulo I - Tema VI

Contratos administrativos: noción. Elementos (sujetos, voluntad, consentimiento, objeto y forma). Caracteres (formalismo y prerrogativas de la administración). Contratos de derecho común de la Administración. Procedimientos para la contratación administrativa (licitación pública, privada, contratación directa, etc.): principio y excepciones.

Carrera de Contador Público Nacional

Programa de Derecho Público. Módulo II - Tema VI

Contratos administrativos: noción. Elementos (sujetos, voluntad, consentimiento, objeto y forma). Caracteres (formalismo y prerrogativas de la administración). Contratos de derecho común de la Administración. Procedimientos para la contratación administrativa (licitación pública, privada, contratación directa, etc.): principio y excepciones.

1.- Contratos administrativos. Noción

El Estado requiere prestaciones y necesita de bienes (cosas y derechos). Tratándose de un ente moral su actuación se concreta a través de las personas físicas que integran sus órganos internos (funcionarios y agentes públicos). A su vez, la satisfacción de su función específica: «el bien común», reclama la realización de actividades, las que para concretarse precisan de cosas y derechos.

Para procurar tales fines administrativos el Estado puede, intervenir por sí mismo en concretar la adquisición de bienes o requerir la colaboración de terceros para conseguirlos. A la vez, la colaboración requerida para tal fin puede ser forzosa o voluntaria: la primera importa la creación de una carga pública o prestación personal obligatoria (incautación de un vehículo privado para afrontar una situación urgente de emergencia que no puede resolverse por otro medio; expropiación, etc.); en la segunda forma se ubican los contratos administrativos.

Lo expuesto indica que el Estado no se basta a sí mismo y necesita de la concurrencia de otros sujetos, públicos o privados, para la satisfacción de sus cometidos y finalidades. La opción de uno u otro medio dependerá de las circunstancias de hecho o de la naturaleza de la prestación que requiera el Estado en cada caso.

Naturaleza del contrato administrativo

Al referir al vínculo contractual que entabla el Estado con un tercero cocontratante, necesariamente debe relacionarse este supuesto con la actividad de colaboración que el Estado obtiene mediante la libre aceptación por parte del requerido (es decir, la modalidad no compulsiva). Lo cierto es que como mínimo, habrá contrato administrativo cuando una de sus partes sea una persona estatal.

Nadie pone en duda hoy la capacidad de la Administración pública para contratar, siendo evidente que el contrato es uno de los medios más eficaces para la participación de los particulares en la gestión del bien común¹⁹¹. Sin embargo, hay teorías que niegan la posibilidad de una relación contractual entre la Administración y sus administrados, siendo que tampoco coinciden las corrientes doctrinarias en si los contratos en donde es parte la Administración son distintos o tienen otros caracteres que los distinguen de los que celebran los particulares ¿Cuál es entonces la natura-

¹⁹¹ Farrando, Ismael y Martínez, Patricia (Directores), «Manual de Derecho Administrativo», pág. 276, Depalma, 1996.

leza de la relación que se configura a partir del momento en que este vínculo se establece?

Quienes niegan la existencia de la categoría contratos administrativos afirman que en realidad no existen actos bilaterales sino solo unilaterales de la Administración, actos administrativos que son o no aceptados por los particulares; por lo que jamás se podría equiparar estas aceptaciones unilaterales a una relación contractual, entre otras razones porque no existe un plano de igualdad entre las partes, aspecto indispensable para configurar un contrato¹⁹².

En realidad estos autores confunden las vinculaciones contractuales de índole administrativa con los contratos civiles (Por ejemplo: al contrato de obra pública debería considerárselo como contrato de locación de obra), lo que implica no advertir las peculiaridades que singularizan las relaciones que vinculan al Estado con los particulares. Según ello, tres debieran ser los caracteres que concurran para conformar la figura jurídica del contrato: 1) igualdad y libertad para la expresión del consentimiento de las partes contratantes; 2) el objeto o contenido del contrato es inmutable e inmodificable; 3) limitación respecto a las partes de los efectos jurídicos del objeto contractual, solo comprenden a las partes sin que puedan extenderse a terceros.

La teoría negatoria se sustenta en que estos tres caracteres no se verifican en los vínculos que entabla el Estado con los particulares o cocontratantes, lo cual resulta errado.

La colaboración que requiere el Estado de los particulares necesita del consentimiento libre del particular o administrado, y solo excepcionalmente será obtenida de modo compulsivo. Así la realidad de la vida jurídica demuestra que esa relación jurídica entre el Estado y un particular, cuyo objeto es por ejemplo la construcción de una obra pública, nace por una decisión libre del Estado y de los particulares. Además en este tipo de relaciones es posible hablar de partes que tienen intereses contrapuestos: la Administración tiene en vista el interés general, el bien común, en tanto el particular tendrá en vista un interés patrimonial o personal, pero en todo caso será interés privado.

Esta observación destaca el error de las teorías negatorias, pues una relación jurídica para existir supone libertad en los sujetos, intereses contrapuestos y la producción de consecuencias y de efectos jurídicos. Esto no es otra cosa en definitiva que una relación esencialmente contractual.

Ninguno de los elementos arriba mencionados constituye entonces nota distintiva del contrato administrativo. Los caracteres verdaderamente relevantes tienen que ver con el acuerdo de voluntades libremente concertado, aunque la libertad signifique para uno de los contratantes tan sólo el arbitrio de contratar o no contratar, pues muchas cláusulas del contrato vendrán ya predispuestas. Esas voluntades libres persiguen la satisfacción de un interés público determinado a través del acuerdo de intereses contrapuestos, que se armonizan para producir ciertos efectos jurídicos.

La teoría del contrato administrativo nació a raíz de los pronunciamientos dictados por el Consejo de Estado Francés a partir del caso (*arrêt*) Blanco, desde el cual se elaboró el criterio de que las causas contencioso administrativas debían dirimirse ante tribunales administrativos y no ante tribunales judiciales, lo cual llevó a privilegiar las normas del derecho público por sobre las normas del derecho privado.

Al respecto, en la doctrina nacional se ha suscitado una polémica muy interesante en torno a esta teoría general y sobre la utilidad de las nociones que pretende imponer. En tal sentido, autores como Mairal¹⁹³ cuestionan la existencia de un contrato administrativo en donde la Administración tenga prerrogativas que aunque no estén previstas expresamente en el contrato, sean aplicables al contratista por el

¹⁹² Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo III-A, pág. 27, Abeledo Perrot, 1983; ídem Farrando y Martínez, op. cit., pág. 276.

¹⁹³ Mairal, Héctor, «De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo», E.D. 179:655.

Estado por el solo hecho de ser el contrato de naturaleza administrativa. Afirma este autor –siguiendo a españoles y franceses- que estas prerrogativas existen por el hecho de que son parte de las funciones esenciales del Estado por imperio de la ley, y que el contratante las admite sin que ello implique una desigualdad jurídica entre las partes. Incluso dice que en Francia, un profundo estudio comparado del contrato de obra pública y del de locación de obra llega a la conclusión de que las semejanzas son tantas que ponen en tela de juicio la necesidad de la dualidad de jurisdicción en materia contractual, atento a que las pocas diferencias existentes son de origen jurisprudencial.

No es la apuntada la doctrina mayoritaria en nuestro país –tampoco en el derecho europeo-, ni siquiera en nuestra jurisprudencia, que admite la existencia de un régimen especial para el contrato administrativo.

Lo cierto es que no hay un único criterio para establecer cuando hay un contrato administrativo, pues el Estado no sólo celebra contratos de este tipo sino también contratos que se rigen –al menos en parte- por el derecho privado. He aquí la importancia práctica de la problemática propuesta, pues a la luz de su solución será posible saber cuando se está ante un contrato administrativo y cuando ante un contrato de derecho privado en el que interviene la Administración. En uno y otro el Estado será una de las partes contratantes, pero la regulación normativa será distinta.

Al respecto, el art. 1º del decreto nº 1023/2001 que aprueba el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, dice que «... Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado». Con lo cual se sienta un principio de que solo como excepción será posible considerar una contratación del Estado como sometida a un régimen de derecho privado.

Ahora bien, entre las clasificaciones propuestas para establecer cuando hay contrato administrativo, conviene mencionar aquella que lo identifica con la presencia de ‘cláusulas exorbitantes’ al derecho común. Constituye una doctrina desarrollada por el Consejo de Estado francés y que pone de manifiesto el carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica que la inviste de ciertas atribuciones o ‘prerrogativas de poder’ frente al cocontratante y terceros.

Se trata de cláusulas inusuales en los contratos de derecho común, siendo que su inclusión en estos resultaría ilícita por contrariar normas de orden público¹⁹⁴. No se concibe un contrato de derecho privado que perjudique los derechos de terceros ajenos a él (art. 1196 Código Civil). Pueden estar expresamente incluidas en el contrato, como también resultar implícitas en su contenido, distinguiéndose entre: a) aquellas que otorgan a la administración derechos sobre su cocontratante; b) las que otorgan al cocontratante particular poderes sobre terceros. Ambas situaciones serían ilegales en un contrato de derecho privado. Para quienes siguen este criterio la presencia o ausencia de estas cláusulas determina si el contrato es o no administrativo.

Lo cierto es que los «contratos del Estado», «contratos de la Administración» o «contratos administrativos», cualquiera sea su denominación, están regidos predominantemente por el derecho público y tienen un régimen jurídico único que los distingue de los contratos del derecho privado, aunque puedan encontrarse coincidencias entre ellos. Así, están más próximos al derecho civil los contratos de cesión, permuta, donación, locación, compraventa, mandato, depósito, fianza, mutuo hipotecario, transporte, contratos aleatorios; por el contrario, están más cerca del derecho administrativo los contratos de empréstito público, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, obra pública y suministro, entre los más destacados.

¹⁹⁴ Marienhoff, op. cit., Tomo III-A, pág. 75; CJS, Tomo 70:001.

En concreto, el contrato público o negocio jurídico de derecho público es un acuerdo creador de relaciones jurídicas, y sus características principales resultan:

- a) del objeto del contrato: es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración;
- b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa;
- c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución (cláusulas exorbitantes).

Sin preferir ninguna, entre las muchas las definiciones que los autores dan sobre el contrato administrativo, la siguiente nos parece más precisa desde la perspectiva del régimen administrativo: «es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa».

La definición apuntada comprende los siguientes conceptos: a) declaración de voluntad común en el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra; b) bilateral, es decir que se verifica en ella una manifestación de voluntad coincidente de las partes sobre la existencia del contrato; es por lo tanto una declaración volitiva (de la voluntad) y no un mero comportamiento material; c) productora de efectos jurídicos, en tanto determina recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos y de manera individual para cada una de las partes; d) en el contrato interviene un ente estatal o un ente público no estatal en ejercicio de la función administrativa. Cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) pueden celebrar contratos administrativos (arts. 75, incs. 4 y 5, 100, inc. 1, 113 y 114 inc. 3, CN), siendo que el agente que interviene puede corresponder a la Administración central o a entes descentralizados. La otra parte siempre constituirá un particular (persona física o jurídica) u otro ente público. En este segundo caso estaríamos ante un contrato interadministrativo.

Diferencias con otras exteriorizaciones de la voluntad estatal

a.- Entre el Contrato Administrativo y Acto Administrativo: este constituye una decisión unilateral de la Administración Pública, siendo que para su existencia y eficacia jurídica resulta irrelevante la voluntad del administrado. En cambio el contrato administrativo es un acto jurídico negocial, cuya existencia supone el acuerdo de partes.

b.- Entre el Contrato Administrativo y Reglamento: Estos son declaraciones de voluntad unilateral, de contenido general, que nacen a la vida jurídica con total independencia y aún en contra de la voluntad de los administrados.

c.- Entre el Contrato Administrativo y los Actos Administrativos Complejos: los actos administrativos complejos expresan la conjunción o fusión de la voluntad de dos o más órganos administrativos, con la característica que éstas voluntades no sólo persiguen un único y mismo fin sino que además, para lograr ese fin, se unifican, se hacen una sola cosa. Normalmente en el acto complejo intervienen distintos órganos que tienen competencias diferentes (Vg.: una ley es sancionada por el Congreso y requiere, para tener vigencia, su promulgación por el Poder Ejecutivo) En los contratos administrativos hay fines e intereses contrapuestos.

d.- Contratos Administrativos y Actos Administrativos Colectivos: los actos administrativos colectivos son aquellos en los que intervienen varios órganos estatales que persiguen fines coincidentes (Vg.: La AFIP y el Banco Central emiten un documento vinculado al control de la circulación de ciertos bienes o negocios financieros).

2.- Elementos (sujetos, voluntad, consentimiento, objeto y forma)

Al igual que en los contratos del derecho privado, en el contrato administrativo encontramos los mismos elementos fundamentales que son: sujeto, consentimiento, objeto, causa, forma y finalidad¹⁹⁵. También coinciden con los elementos del acto administrativo; ellos hacen a la existencia y validez del contrato.

Sujetos o partes del contrato

Desde ya la existencia de un contrato presupone la existencia de los sujetos cuyas voluntades creadoras dan nacimiento al contrato administrativo. A los sujetos entonces puede considerárselos como 'elementos' del contrato, o como la condición necesaria para su existencia. En todo caso, siempre una de las partes en el contrato administrativo será un ente público actuando en ejercicio de la función administrativa.

Es decir, contratante es entonces la Administración Pública, en cualquiera de sus grados o clases (entes centralizados o descentralizados); y cocontratante, los particulares (personas físicas o jurídicas), o también la misma administración (personas jurídicas públicas u otros entes descentralizados), en cuyo caso habrá contrato o negocios interadministrativos.

En cuanto al Contratante debe analizarse en primer lugar la competencia del órgano administrativo que dispone la contratación, saber si tiene facultades para ello¹⁹⁶. La competencia surge de la ley o el reglamento y refiere a los fines que el órgano puede y debe atender como también lo que puede o no hacer respecto de los administrados. Los preceptos que habilitan a contratar generalmente provienen de normas de contabilidad y regímenes generales o especiales de contrataciones administrativas.

En la parte pública cabe incluir, entonces al Estado Nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, corporaciones públicas, fuerzas armadas, entes binacionales, consorcios públicos, juntas vecinales públicas, y en ciertos casos también personas privadas cuando han sido expresamente autorizadas para el ejercicio de una función administrativa por delegación estatal. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son análogas, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.

En el caso de los cocontratantes, en tanto los contratos administrativos son *intuitu personae*, debe tenerse en cuenta su capacidad jurídica, es decir su aptitud legal para obligarse, que es la que determina el Código Civil, el Código de Comercio o el régimen de cooperativas, según se trate de personas físicas, asociaciones y sociedades civiles o de sociedades de tipo comercial o cooperativas. Estas pueden ser de origen nacional o extranjero y estar domiciliadas dentro o fuera del territorio nacional.

Así son cocontratantes: en el contrato de empleo público lo será siempre una persona física; en el contrato de concesión de servicios públicos, obra pública o suministro, generalmente se tratará de una persona jurídica, pública o privada, aunque nada obsta a que sea una persona física.

Si bien su capacidad está regida en principio por el derecho privado, pueden aparecer ciertas reglas especiales propias del derecho público como es el caso de los contratistas de obras y servicios públicos o proveedores del Estado, que deben estar inscriptos en un registro especial. Estas normas excluyen de la contratación administrativa las personas condenadas con penas graves; expresamente a los agen-

¹⁹⁵ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 284.

¹⁹⁶ Farrando, Ismael, «Contratos Administrativos», pág. 139.

tes y funcionarios públicos y a las firmas integradas por ellos; a las personas físicas o jurídicas en estado de concurso, quiebra o liquidación; a inhibidos legalmente y, en ciertos casos, los evasores y deudores morosos impositivos o previsionales, entre otros supuestos especiales.

Voluntad. Consentimiento

Ambos términos no son coincidentes. La voluntad corresponde a cada una de las partes en el contrato, singularmente considerada; el consentimiento constituye la coincidencia de esas voluntades.

Para que haya contrato entonces se requieren dos o más voluntades válidas y opuestas, que concurren a su formación. Una debe ser la de la Administración, y la otra u otras la del/los cocontratista/s. Es decir, se exige para la validez del contrato que las partes obren con -en su caso- competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y -en el otro- capacidad en el o los contratistas. Competencia y capacidad atañen a los sujetos contratantes y son presupuestos de validez del contrato; en cambio el consentimiento es la expresión válida de la voluntad común. Constituye recaudo existencial del acto e importa la manifestación de voluntad coincidente de las partes.

Ahora bien, la voluntad del particular es expresada en forma espontánea, pero la de la Administración está sujeta a una serie de procedimientos reglados, por cuanto constituye la intención razonada y expresa de concurrir a producir un acto determinado a través del órgano competente¹⁹⁷. Las normas prevén que la voluntad administrativa es el resultado de una serie, a veces muy amplia e interrelacionada de actos anteriores y concomitantes, en la búsqueda de obtener la finalidad propia del interés público que la Administración gestiona; todos sus pasos están regulados jurídicamente por normas de distinto nivel que determinan el órgano administrativo que debe intervenir, los límites y extensión de esa participación y el valor decisorio de cada paso dado.

Si bien es admitido que en relación al consentimiento en los actos jurídicos éste pueda ser expreso o tácito, en el caso de los contratos administrativos el consentimiento de la Administración debe ser expreso. Es por ello que no es factible en principio el consentimiento tácito, que si es admisible en los contratos privados (arts. 1145 y 1146 Código Civil). Al respecto, el silencio administrativo sólo vale como conducta positiva o de asentimiento por parte de la Administración -consentimiento tácito- cuando el orden jurídico expresamente lo contempla. Por otra parte, la voluntad de la Administración puede manifestarse tácitamente cuando así ha sido expresamente pactada por las partes en el contrato, y éste se halle en vías de ejecución.

En ciertas circunstancias, la manifestación de la voluntad contractual de la Administración requiere de una ley autorizante que concurra a la formación jurídica de la voluntad. A través de dicha ley se presta su asentimiento o se da consentimiento para que la Administración celebre el contrato, ya sea autorizándolo *a priori* o aprobándolo *a posteriori*. La Administración puede necesitar de la autorización legislativa para celebrar determinado contrato, o requerir la inversión de fondos que sólo el legislativo puede acordar; en un caso la ley simplemente levanta el obstáculo jurídico que impide actuar, habilitando la celebración del contrato, en el segundo otorga los recursos para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato (Vg.: crédito presupuestario o autorización de gastar con determinado objeto, hasta la concurrencia de cierta suma, durante determinado tiempo). La aprobación legislativa supone la participación directa del órgano legislativo en la celebración del contrato, esto es cuando el contrato debe ser aprobado por ley; pero el contrato es siempre un acto distinto de la ley misma.

En otro orden de ideas, puede el consentimiento o lazo jurídico vinculativo resultar de la libre discusión entre la Administración y el contratista; pero las modalida-

¹⁹⁷ Escola, op. cit., Tomo I, pág. 187.

des propias del derecho administrativo y la finalidad de la actividad de la Administración pública hacen que la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado contratista a cláusulas fijadas de antemano por el Estado. En tales supuestos la fusión de voluntades se opera sin discusión por adhesión del administrado (contratante adherente), quien se limita a «aceptar» las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el Estado (predisponente). La ausencia de discusión de las cláusulas de un contrato administrativo no impide que ésta exista, aunque en él prevalezcan cláusulas reglamentarias o predispuestas (por ejemplo, pliego de condiciones). Siempre el cocontratante podrá decidir contratar o no contratar.

Concretando el punto bajo análisis, el contrato se perfecciona entonces de acuerdo al derecho positivo, cuando: a) se verifica la manifestación recíproca de voluntad de los contratantes; b) se notifica o comunica, de modo fehaciente, la aceptación o adjudicación por parte de la Administración; c) se concreta la formalización escrita o instrumentación del contrato; d) en el caso que la norma lo exija como necesario, cuando se concreta la autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo.

Los vicios del consentimiento son los mismos que los señalados para los actos administrativos y que ya fueron expuestos en otra parte de esta obra: error, dolo, violencia, simulación.

Objeto

El objeto del contrato administrativo es -al igual que en toda clase de contratos- la obligación o prestación que por él se constituye, la que podrá consistir en una actividad de dar, hacer o de no hacer, querida por las partes (conf. art. 1169 Código Civil). Sin objeto no hay contrato.

En el caso de los contratos de la administración, estos podrán tener por objeto una obra o servicio público, o cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades públicas. En este sentido existe cierta limitación en la autonomía convencional para fijar el objeto de un contrato administrativo que no existe en el derecho privado, pues el negocio que contiene solo puede tener por finalidad la antedicha.

El art. 953 Código Civil sienta el principio de que las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de un acto jurídico privado, pero sí en cambio pueden serlo de los contratos de la Administración, tal como ocurre por ejemplo con los bienes del dominio público; es decir que puede ser objeto de contrato administrativo una concesión de uso especial de un bien del dominio público (una plaza, un espacio en un edificio público), objeto ajeno a la contratación privada.

Asimismo y de acuerdo al mismo artículo citado, el objeto del contrato debe ser cierto, física y jurídicamente posible, determinado o determinable y lícito y moral; y si bien no es indispensable que posea un contenido patrimonial, la prestación que él contiene debe ser posible de ser valorada o transformarse en una prestación pecuniaria en caso de incumplimiento.

El contrato que contenga un objeto ilícito es nulo (Ej.: la constitución de un usufructo sobre bienes del dominio público sin ley que lo autorice - art. 2839 Código Civil); el llamado a licitación para construir un reñidero de gallos, siendo que están prohibidas las riñas; cláusulas por las que se renuncia contractualmente a los llamados «poderes de policía» (estos son inherentes a la Administración y no pueden renunciarse ni comprometerse). La ilicitud por razón del objeto comprende tres especies: 1) el contrato ilegal o contrario a normas imperativas; 2) el contrato prohibido o contrario al orden público, y 3) el contrato inmoral o contrario a las buenas costumbres (conf. arts. 21 y 953 Código Civil).

A diferencia del derecho privado, en el que una cláusula de tal naturaleza afectaría la validez del contrato, en el contrato administrativo la Administración puede,

durante su ejecución y dentro de ciertos límites, con fundamento en el interés público, variar unilateralmente su objeto o contenido. Al respecto, el art. 83 de la ley 6838, sistema de contrataciones de la provincia de Salta, autoriza a modificar el contrato de obra pública hasta un límite que no debe superar el 20% en más o en menos el monto total del contrato ajustado a la fecha de cada modificación, porcentaje que podría incrementarse por excepción en hasta un 30% en los supuestos que contiene el art. 95 de su decreto reglamentario N° 1448/96 y sus modificatorias.

El concepto de *causa*, que la doctrina analiza separadamente como elemento del contrato, hace al motivo o la razón determinante de los contratos de la administración, que no es otra cosa que satisfacer un fin público o una necesidad colectiva, o prestar un servicio público. La causa constituye un dato objetivo independiente del móvil subjetivo que pudo haber inducido a contratar al contratista o del que se presente en la mente o intención del funcionario que expresa o ejecuta la voluntad de la Administración. La causa está implícita o se integra a los elementos objeto y voluntad.

El art. 7° incs. b, e y f LNPA incorpora la causa, la motivación y la finalidad como elementos esenciales del acto administrativo, extremo que cabe extender de suyo al contrato administrativo. No corresponde distinguir en el caso entre tales términos, pues la causa, motivación o finalidad importan siempre la satisfacción de un fin público o interés público, cualquiera que sea la especificidad de éste. La Administración debe cuidar de establecer expresamente los motivos determinantes de su obrar, pues cuando la ley la exige como en el caso de los contratos, la omisión de esa motivación producirá la nulidad del acto o contrato que se realice o ejecute.

Forma.

Debe distinguirse entre forma y formalidades. Estas últimas constituyen los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato; o dicho de otro modo los pasos procedimentales que deben seguirse para expresar la voluntad administrativa y llegar al contrato. Es entonces que las formalidades se presentan en una etapa anterior (pliegos de condiciones), concomitante (acto de adjudicación) o posterior (aprobación y suscripción del contrato) al encuentro de ambas voluntades (consentimiento).

La forma en cambio es uno de los elementos esenciales del contrato, y se refiere a la manera concreta como se materializa en la vida jurídica, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.

Señalan distintos autores que, como principio rige, a falta de reglamentación específica, la libertad de formas. Ello implica, que a falta de texto expreso que exija un modo determinado de expresarse el contrato, los interesados podrán utilizar la forma que juzguen más conveniente. Al respecto, el art. 38 LPAS, si bien respecto del acto administrativo pero también extensivo al régimen contractual, señala cuando puede prescindirse de la forma escrita como excepción. Lo cierto es que la normativa procedimental administrativa, y también y especialmente la vinculada al régimen de contrataciones administrativas, impone la forma escrita para casi todos los contratos de la administración (Vg.: confección de pliegos, documentación para contratar, suscripción del contrato, etc.); con lo cual se busca garantizar el correcto funcionamiento y transparencia de la actividad administrativa. En tal sentido resulta aplicable el art. 8 LPAN, que impone la forma escrita (al igual que el art. 37 LPAS).

La forma escrita puede consistir en una escritura pública u otro instrumento público (conf. art. 979 inc. 2 Código Civil), o en las constancias documentadas de un expediente administrativo que se considera documento público, confeccionado por funcionario administrativo competente. Si la disposición legal o reglamentaria establece que el contrato de la Administración conste por escrito, la forma escrita debe reputarse indispensable y condiciona su validez.

3.- Caracteres: formalismo y prerrogativas de la administración.

En el ámbito de los contratos del derecho privado es valor entendido que existen reglas generales que determinan que las partes gozan de la más entera libertad para contratar, que son iguales, que los efectos contractuales se circunscriben a ellos sin poder proyectarse a terceros y que la prestación comprometida puede realizarla cualquier persona si ello se ajusta a lo pactado, pues el contrato es ley para las partes y a ella deben sujetarse (art. 1197 Código Civil). Nada de ello ocurre en el contrato administrativo, que reúne características que lo diferencian claramente del anterior. Ellas son, fundamentalmente:

Formalismo

A diferencia de los particulares que gozan de autonomía de su voluntad, la Administración está limitada en cuanto a las posibilidades de contratar. No puede elegir con quién contrata, ni la manera en que lo hace, ni la finalidad a cumplir, pues ello viene impuesto por un conjunto de normas que la habilitan a celebrar un contrato.

El proceso de la formación de la voluntad administrativa es entonces complejo, y esta operación se descompone en un cierto número de fases más o menos numerosas, separables, en las cuales el acto de conclusión de un contrato propiamente dicho va normalmente precedido de medidas previas que condicionan esta conclusión. Esto es, los contratos administrativos supeditan su validez y eficacia al cumplimiento de ciertas formalidades exigidas por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, que refieren a la forma y a los procedimientos de contratación.

Estas formalidades consisten en una serie de actos preparatorios del contrato cuya configuración responde un cierto procedimiento normativamente previsto. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que: «...en materia de contratos públicos la Administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal»¹⁹⁸.

Prerrogativas de la administración

Las partes contratantes están en un plano desigual desde el punto de vista jurídico. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles, siendo que la Administración aparece en una situación de superioridad o prevalencia jurídica respecto del contratista.

Constituye esta situación un carácter específico del contrato administrativo por el cual el cocontratante se encuentra en una situación de subordinación jurídica ante la Administración. El particular vela por la tutela de sus intereses y el rendimiento productivo de su capital; la Administración en cambio protege el interés público y la satisfacción de necesidades colectivas. La consecuencia de ello es que esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

La situación apuntada importa el ejercicio por la Administración de ciertas prerrogativas de poder público que hacen que el principio de 'inalterabilidad' del contrato, esencial en el derecho civil, no pueda ser invocado en el ámbito de los contratos

¹⁹⁸ (CSJN, 22/12/93, «Espacio S.A. v. Ferrocarriles Argentinos», JA, n° 5.894, 17/8/94, p. 30).

administrativos, imponiéndose en tal sentido, expresa o implícitamente, cláusulas que son exorbitantes del derecho privado.

Al respecto es posible afirmar entonces que la mutabilidad del contrato administrativo constituye uno de sus caracteres típicos, sin perjuicio de las limitaciones que las normas impongan a tal fin¹⁹⁹. Es por ello que los cambios impuestos al contrato por la Administración, en la medida en que operen en el marco de la razonabilidad jurídica, resultarán obligatorios para el contratista.

Consecuencia de tales prerrogativas la Administración podrá: 1) Adaptar el contrato a las necesidades públicas, alterando *–ius variandi–* dentro de ciertos límites, las obligaciones a cargo del cocontratante (modificación unilateral o mutabilidad del contrato); 2) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante, en forma directa y unilateral y por cuenta y riesgo de éste; 3) Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento o cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual)²⁰⁰.

Tal como se ha visto al analizar el objeto, las normas que regulan las contrataciones administrativas establecen límites y supuestos en que la Administración puede introducir modificaciones en el contrato, condenando a la invalidez la variación cuando se excede de lo previsto o autorizado. Una modificación en tal sentido afectaría esencialmente el contrato pues importaría la violación de los principios de concurrencia e igualdad de las partes con posterioridad a la adjudicación.

Intuitu personae

Se ha señalado ya que como consecuencia de los específicos caracteres y naturaleza del contrato administrativo, a la Administración no le es posible la libertad de elegir con quién contrata según el gusto y comodidad del funcionario, sino que a tal fin son impuestas una serie de procedimientos y requisitos que deben ineludiblemente cumplirse. Al respecto y con fundamento en dotar de la mayor transparencia a la actividad contractual del Estado, tales recaudos se orientan a seleccionar objetivamente el cocontratante de la Administración, quién debe a su vez reunir determinadas condiciones.

Resulta necesario por ejemplo cierta solvencia económica en relación a la importancia de la obra o servicio público contratado; también se requiere solvencia moral en la medida en que el contrato administrativo se celebra en tutela del interés público, por lo que su cumplimiento debe concretarse con apego a la lealtad y buena fe; le interesa al Estado asimismo evitar la concentración económica, la 'cartelización' de empresas mediante maniobras de concentración de precios o de naturaleza financiera; igualmente en algunos casos es importante la nacionalidad del cocontratante.

Lo expuesto afirma que los derechos y obligaciones emergentes de un contrato administrativo, respecto del contratista, serán de carácter personal *-intuitu personae-*, es decir intransferibles, salvo autorización o cláusula expresa. Igual prohibición rige respecto de la subcontratación, en virtud de la cual a un tercero le sería posible ejecutar todo o parte del contrato por cuenta y orden del contratista. Dada la calidad esencial del contratante originario y la prohibición legal o convencional de subcontratación, se prohíbe todo nuevo contrato por el cual una persona, extraña a la relación contractual, asuma facultades concernientes a la posición de una de las partes, sin que se extinga la primitiva relación. Desde ya la autorización a subcontratar no exime de responsabilidades al contratista ante el Estado, pues el seguirá siendo el principal gestor del contrato.

Estas prohibiciones de ceder y subcontratar respectivamente, existen por sí, sin que para ello sea necesario incluirlas expresamente en el contrato en tanto pertenecen a su misma esencia o naturaleza. Su derogación sólo procede por texto expreso, pactado en sentido contrario.

¹⁹⁹ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 290.

²⁰⁰ Berçaitz, op. cit., pág. 345; Farrando y Martínez, pág. 290.

Efectos respecto de terceros

En derecho privado, los contratos no pueden ser opuestos a terceros ni invocados por ellos (art. 1199 Código Civil). Por el contrario, en derecho público los contratos de la Administración pueden en ciertos casos, ser opuestos a terceros; tienen efectos que se extienden a terceros que no son parte. Por ejemplo, en las concesiones de obra pública el concesionario tiene derecho a exigir de ciertos terceros el pago proporcional de la obra (contribuciones de mejoras, peaje); en las concesiones de servicio público el concesionario puede adquirir atribuciones de carácter policial, derecho de expropiar (art. 2º, ley 21.499; art 6º del decreto PEN Nº 2039/90), de imponer servidumbres administrativas, u otras restricciones o derechos, todo lo cual incide respecto de terceros.

A su vez, los terceros pueden invocar el contrato administrativo, como por ejemplo en la concesión de servicio público, en donde pueden exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente en la forma pactada (transporte público). Lo convenido entre la Administración Pública y el contratista es la ley a la cual habrán de sujetarse los usuarios del servicio, o de la obra, o los contribuyentes beneficiarios de ella, según los casos.

4.- Contratos de derecho común de la Administración

Cabe realizar en este punto la distinción entre ‘contratos de administración’, como una expresión genérica comprensiva de toda la actividad bilateral en la que el Estado es parte, y ‘contratos administrativos’ como una específica y regulada actividad de la Administración pública. Lo expuesto indica entonces que no todos los contratos celebrados en el Estado son contratos administrativos en tanto existe una distinción entre estos y los contratos de derecho privado que concluye la Administración, regidos parcialmente por reglas diferentes²⁰¹.

La diferencia entre ambos tipos de contrato es objetiva, en tanto su objeto o prestación está regida por una diferente regulación normativa, pero son similares las reglas aplicables en lo atinente a la expresión de la voluntad administrativa, competencia, forma, formalismos, etc., que se rigen por el derecho público administrativo. Al respecto, el abandono de la teoría de la doble personalidad del Estado no hace desaparecer la doble categoría de actos civiles de la Administración y actos administrativos.

Tal como fue expuesto al inicio de este Capítulo, lo cierto es que los «contratos del Estado», «contratos de la Administración» o «contratos administrativos», cualquiera sea su denominación, están regidos predominantemente por el derecho público y tienen un régimen jurídico único que los distingue de los contratos del derecho privado que celebra la misma Administración, aunque puedan encontrarse coincidencias entre ellos. Así, están más próximos al derecho civil los contratos de cesión, permuta, donación, locación, compraventa, mandato, depósito, fianza, mutuo hipotecario, transporte, contratos aleatorios; por el contrario, están más cerca del derecho administrativo los contratos de empréstito público, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, obra pública y suministro, entre los más destacados.

Si bien se mantiene la distinción entre ambos tipos de contrato, lo cierto es que todos ellos han sido sometidos a un solo procedimiento a partir del Decreto Nº 436/2000 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la Ley de Contabilidad de la Nación, y que regula la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios por el Estado Nacional²⁰². Fue emitido con la finalidad de obtener mayor celeridad, simplicidad y transparencia a las contrataciones públicas, y que se proyecta en su vigencia tanto a la administración centralizada como a la descentralizada, y a los sujetos públicos o privados que ejercen funciones públicas (ley 24.156).

²⁰¹ Berçaitz, op. cit., pág. 146.

²⁰² Farrando, op. cit., pág. 22.

Incluye en su normativa todos los contratos nominados, como la compraventa, suministros, servicios, locaciones, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de bienes del dominio público o privado del Estado, y aquellos contratos innominados no sometidos expresamente o sujetos a un régimen especial, excluyendo a los contratos celebrados con Estados extranjeros o con entidades del derecho público internacional y multilaterales de crédito. Es decir, con excepción de estos últimos, la norma determina el modo en que debe concretarse la contratación pública, sea que se utilicen figuras del derecho privado como del derecho público, incluyendo a todas en un proceso de naturaleza administrativa.

5.- Procedimientos para la contratación administrativa (licitación pública, privada, contratación directa, etc.): principio y excepciones

El contrato constituye una de las formas jurídicas de la función administrativa. Consecuentemente, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se aplica el régimen jurídico de la función administrativa que constituye un procedimiento administrativo especial.

Cabe distinguir entre el procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (etapa precontractual) del contrato mismo, que es el resultado del encuentro de la voluntad de la Administración con la voluntad del contratista o cocontratante (persona física o jurídica, privada o pública, estatal o no estatal). El vínculo contractual nace cuando se enlazan la voluntad de la Administración Pública con la del contratista, por el procedimiento legal previsto al efecto. A dicho encuentro le denominamos 'consentimiento'.

Para la fusión de las voluntades se han atravesado antes una serie de pasos o etapas: la decisión de contratar, la selección del cocontratante; si fuera del caso la existencia de habilitaciones previas (Ej.: autorización para gastar, autorizaciones de uso de partidas presupuestarias), estudios de factibilidad económicos y financieros, entre otros supuestos. Todos ellos buscan satisfacer de la mejor manera una necesidad pública concreta.

Debe distinguirse entonces el procedimiento precontractual, previo o anterior a la existencia del contrato, de la formación o preparación de ese contrato y del procedimiento contractual o de ejecución.

Proviene de la experiencia administrativa francesa el distinguir entre los distintos pasos de la contratación administrativa rompiendo con la tradicional consideración de que ello debía considerarse como un bloque único, en el que se confundían actos preparatorios con el contrato mismo. Al respecto hoy existe plena coincidencia en cuanto a que todos los pasos sobre los que se transita para contratar constituyen actos separables, lo que implica que pueden impugnarse o recurrirse por separado, sin perjuicio del resultado final²⁰³.

Etapa de preparación del contrato

La actividad preliminar a la celebración del contrato por la Administración adopta las formas jurídicas propias de la función administrativa. Las etapas del procedimiento preparatorio y previo a la emisión de la voluntad contractual adquieren, en lo sustancial, forma de acto, reglamento, hecho o simple acto administrativo.

A tenor de nuestra dogmática jurídica, tales son las formas por las cuales se exterioriza la actividad administrativa del Estado, sea contractual o no. La actividad administrativa contractual o precontractual no es ajena entonces al régimen jurídico de la función administrativa, ni tiene formas jurídicas de manifestación distinta de aquélla.

²⁰³ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 297.

Los actos, hechos, reglamentos y simples actos administrativos dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se incorporan unitariamente, aunque de manera separable, en el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual. Por ello, las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa (procedimiento administrativo) son también aplicables a la actividad administrativa precontractual (de preparación de la voluntad) y contractual propiamente dicha (de ejecución de la voluntad).

El procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual se integra además, con la actividad que despliega a ese efecto el futuro contratista de la Administración Pública. En la actividad precontractual, preparatoria o preliminar del contrato administrativo es posible encontrar actos y hechos jurídicos privados o de particulares (Vg.: la compra del pliego de condiciones, la presentación de la oferta, el retiro o desistimiento de la oferta, la constitución de garantías, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, entre muchas otras).

Por lo tanto, la selección del contratista por cualquier procedimiento (licitación pública, contratación directa, remate público, concurso) no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de distintos actos, hechos, reglamentos y simples actos de la administración, para cuya conformación se recibe la concurrencia y la colaboración de los particulares por medio de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente sea una persona privada.

En esta actividad precontractual se verifica una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato futuro.

Desde este punto de vista, si bien aún no puede calificarse a esta actividad (presentación y recepción de oferta, rechazo de oferta, retiro de oferta, exclusión de oferente, etc.) como de expresión de voluntades contractuales, crean de suyo un vínculo jurídico obligacional como alternativa previa al contrato; generan una relación jurídica, un vínculo regulado por el derecho con efectos jurídicos recíprocos (Ej.: los gastos e «intereses negativos» que se originen con motivo de una ruptura intempestiva o arbitraria, separación de la negociación). Esta es una cuestión de la denominada culpa *in contrahendo*, o sea la regulación de las responsabilidades derivadas de las tratativas previas al contrato, se celebre éste o no.

Dicho de otro modo, estas negociaciones preliminares no son ya indiferentes para el derecho en tanto, en el ámbito administrativo crean una «vinculación jurídica especial» que tiene como consecuencia establecer derechos y deberes anteriores al contrato, precontractualmente, y no confundibles con los derechos y deberes derivados del contrato. Así lo ha reconocido la Procuración del Tesoro de la Nación, al decir que «El mero hecho de presentarse a una licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación, lo que presupone una diligencia del postulante que excede la común y su silencio hace presumir lisa y llanamente la aceptación de los términos fijados por la Administración...»²⁰⁴.

Resulta sin duda arbitrario, y más aún para una concepción del contrato en función social o de interés público, reconocer que una de las partes tenga derecho ilimitado a retirar su oferta, o que el Estado licitante revoque por razones de mera oportunidad, un llamado a licitación después que el oferente irrogó a su costa los gastos que genera presentar una oferta, o deje sin efecto un concurso de anteproyectos cuando los terceros concursantes han concluido el trabajo, entre otros temas. Es por ello que no puede negarse fuerza vinculante a la actividad precontractual.

²⁰⁴ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen n° 16/98, 17/2/98 (Expte. 432202/98 - Ministerio del Interior), Dictámenes, 224:119.

Consecuencia de lo expuesto es que si bien el oferente no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicatario, en el caso de mediar un comportamiento antijurídico del licitante tendrá derecho a ser resarcido de los perjuicios derivados de la relación jurídica precontractual que lo liga al Estado, en la medida en que el oferente no provocó ni motivó el vicio.

Selección de cocontratante. Diferentes procedimientos.

En principio existe una libertad teórica de la Administración para elegir con quién contratar, en tanto una norma expresa no imponga un sistema que limite esa libertad. Pero en la realidad jurídica el régimen o sistema de contrataciones (nacional y provinciales), han relegado el principio de la libre elección hasta hacerlo desaparecer o constituirlo en una verdadera excepción. Lo cierto es que hoy el ordenamiento jurídico le indica a la Administración cual es el procedimiento, actos y hechos a los que deberá ajustarse para celebrar un contrato.

Entre los métodos más importantes se pueden señalar: a) licitación pública, b) licitación privada, c) contratación directa, d) remate público, e) concurso, f) selección por negociación, g) selección por iniciativa privada, h) concurso de proyectos integrales, i) contratos consolidados abiertos funcionales. En Salta están contemplados en la ley 6838 y su decreto reglamentario; en la Nación por el decreto delegado N° 1023/2001.

Concurso.

Constituye un procedimiento para la selección del personal del Estado, y es aplicable en todos los órganos del poder y dependencias administrativas, como así cualquiera sea el nivel, jerarquía y tarea que deba desempeñar el funcionario a elegir, excepción hecha de los cargos electivos, para los que la Constitución impone el requisito de la idoneidad y el de ser elegidos por la voluntad popular a través del voto en elecciones generales. Al respecto debe recordarse que incluso los jueces ingresan en un procedimiento concursal al transitar compitiendo ante el Consejo de la Magistratura.

Es un procedimiento de selección del contratista en razón de la mayor capacidad técnica, científica, económico-financiera, cultural o artística entre los presentantes o intervinientes. En él se tiene fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del candidato (técnicas, artísticas, profesionales, científicas y culturales).

El concurso puede dirimirse sobre la base de los antecedentes, por entrevistas personales o por una prueba de oposición. Si bien tiene el sustrato común de la licitación pública, difiere de ella en que la oposición emergente de la concurrencia tiene en vista la totalidad de las condiciones de orden económico-financiero y de orden técnico-personal, y no se efectúa sólo por las ventajas de la oferta económica o por el precio.

La Constitución de Salta refiere a este sistema en su art. 64 inc. 2, que impone sistemas objetivos de selección para el ingreso y progresión en la carrera administrativa y la valoración del mérito del agente. La misma exigencia es reiterada para el personal del Poder Ejecutivo (art. 144 inc. 7), Poder Judicial (art. 153 inc. c) y el Ministerio Público (art. 166 inc. h), y aunque no lo diga expresamente desde ya comprende también a la Legislatura en tanto se trata de una directiva constitucional basada en el principio de «idoneidad» para el acceso a los cargos políticos.

Contratación Directa.

Constituye un procedimiento excepcional por el cual la Administración elige y contrata con el cocontratante sin sujetarse a un procedimiento de competencia de antecedentes y precios. Debe encontrarse expresamente habilitado por el régimen legal, y requiere de una debida fundamentación o motivación del acto que lo decide.

Tanto el sistema de contrataciones nacional como el de Salta lo habilitan excepcionalmente y lo sujetan a dos supuestos:

- 1) Contratación directa con precio testigo: es decir cuando el precio del bien o servicio a contratar se manifieste en una tendencia estadística cuyo seguimiento tiene a su cargo una oficina estatal, permitiendo que la adquisición se concrete con una variación del 5% en más o menos del precio que se tenga registrado;
- 2) Libre elección por negociación directa: que se producirá cuando se trate de supuestos específicamente habilitados por el régimen legal. Analizaremos los distintos supuestos al referir a las excepciones al procedimiento de licitación pública.

Licitación privada.

En este procedimiento de contratación solo intervienen como oferentes las personas o entidades expresamente invitadas al efecto por el Estado.

Constituye también un procedimiento de excepción a la licitación pública en donde la Administración selecciona la lista de oferentes en forma discrecional. Lo expuesto importa la aplicación de los límites a la discrecionalidad en este método, como la razonabilidad, buena fe, proporcionalidad y desviación de poder; excederse en tales límites podrá producir la nulidad del procedimiento.

En cuanto a las distintas etapas, salvo la invitación a ofertar a una 'lista corta' de empresas, en lo demás el proceso es similar a la licitación pública en cuanto a sus consecuencias y principios.

Una variante consiste no ya en invitar a ciertas empresas, sino a aquellas que sin nominarse reúnan determinados requisitos. A tal circunstancia se le denomina también 'licitación restringida' (Vg.: que el oferente se integre con un operador con ciertas características técnicas; o que sea propietario de la tecnología de diseño y fabricación de ciertos componentes, etc.).

Remate publico.

Es un concepto del derecho comercial en donde ciertos bienes se ofrecen a aquel que realice la mejor oferta en una compulsa pública y competitiva. Puede utilizarse tanto para la compra como para la venta de bienes, sin limitaciones de concurrencia y al mejor postor.

La operación requiere de una previa publicidad en la que se precise el tipo de bienes, fecha, lugar y si las cosas a rematar tienen o no un precio base, como también los impuestos y comisiones que se abonarán por ellas. La adjudicación se hace en el mismo acto de la venta, ante el público a favor del precio mas elevado que se ofrezca.

Concurso de proyectos integrales.

Conforme al art. 14 de la ley 6838, se podrá contratar bajo esta modalidad cuando la entidad pública que disponga la contratación no haya determinado detalladamente las especificaciones del objeto del contrato, o se trate de una iniciativa de particulares y aquella desee obtener propuestas sobre diversos medios o alternativas posibles para satisfacer sus necesidades.

Para concretar dicha modalidad, la entidad contratante deberá efectuar la selección del contratista o proveedor en función tanto de la conveniencia técnica de la propuesta como de su precio; y consignar los factores que habrán de considerarse para la evaluación de las propuestas y determinar el coeficiente de ponderación relativa que se asignará a cada factor y la manera de aplicarlos.

Constituye un procedimiento mixto compuesto por elementos de la licitación pública y con fuertes connotaciones del concurso, y se orienta a proyectos de relativa complejidad en donde se tiene especialmente en cuenta la idoneidad técnica o científica que debe tener el oferente.

Contratos consolidados abiertos funcionales.

Constituye una modalidad novedosa pero al que la norma no le brinda suficiente claridad. Se verifica cuando dos o más entidades del estado requieran de una misma prestación, en cuyo caso le asignan a una de ellas la gestión del proceso de contratación hasta la adjudicación con el fin de obtener mejores condiciones de las que se obtendrían de negociar cada una unilateralmente.

Más que un procedimiento de contratación se parece a un tipo de acuerdo entre entidades de la Administración para hacer más eficiente su sistema de compras, pero para el que se utilizan en definitiva los demás medios o métodos de contratación habilitados (como la licitación, concurso, etc.).

Licitación pública.

Es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato. En virtud del mismo la Administración invita a los interesados a que sujetos a las bases y presupuestos fijados en el pliego de condiciones, formulen sus propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa o más conveniente.

Conforme el art. 9 de la ley 6838 de Salta, este procedimiento será de cumplimiento obligatorio cuando el importe de la contratación supere el límite que fije la reglamentación y salvo las excepciones que la misma ley establece. Conforme a ello, el Decreto N° 1658/96 del Poder ejecutivo Provincial determina que debe procederse por licitación cuando el valor máximo de los contratos en general supere de \$ 35.000; y para el caso de obras públicas, el valor debe exceder de 37.500 jornales básicos sin cargas sociales correspondientes a la categoría peón ayudante del Convenio Colectivo de la Construcción (al año 2005 aproximadamente de \$ 100.000).

La licitación no es un contrato ni un acto administrativo, sino un procedimiento para alcanzar o concretar el contrato administrativo. Está compuesta o se alcanza a través de diferentes fases o etapas integradas por actos, simples actos, reglamentos y hechos administrativos (todos ellos separables y perfectamente distinguibles entre sí) que conducen a la decisión (expresión de la voluntad) de la Administración, consistente en determinar con quién va a contratar en ese específico acto concreto²⁰⁵. Cada etapa o elemento del procedimiento puede ser avaluado en su juridicidad en forma individual, siendo que su impugnación, según la entidad del problema, puede paralizar el proceso hasta su resolución; recién entonces será posible avanzar de nuevo. Ello se condice mejor con la tutela de la Administración, que podrá en tiempo corregir errores que incidan sobre el resultado del proceso, economizando tiempo y gastos, y de los particulares que ven así mejor protegidos sus derechos e intereses.

Es posible determinar las fases de la licitación pública en las siguientes:

A.- Hay una 'fase preparatoria' en donde se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Comprende pues los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa del crédito presupuestario disponible y la preparación de los pliegos de condiciones.

Una vez que se adopta la decisión de contratar se realizan los proyectos de orden técnico, en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia de créditos y su asignación presupuestaria.

B.- Se puede denominar 'fase esencial' a la licitación propiamente dicha, es decir los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista.

²⁰⁵ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 305.

En esta fase como en la siguiente, las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros y se desarrollan a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas, la preadjudicación y la adjudicación.

C.- Por último una 'fase integrativa' que da lugar a la voluntad objetiva de las partes y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevé: notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita.

El conjunto de actos que se realizan para concretar la licitación pública pueden enumerarse y calificarse de la siguiente forma: 1) pliego de condiciones generales (reglamento administrativo); 2) pliego de especificaciones técnicas (acto administrativo); 3) llamado a licitación o concurso (acto administrativo); 4) publicación (hecho administrativo); 5) solicitud de inscripción registral, constitución de garantía y presentación de propuesta, (acto jurídico privado); 6) exclusión de oferente (acto administrativo); 7) recepción de ofertas (acto administrativo); 8) negativa a recibir oferta (acto administrativo); 9) apertura de ofertas (hecho administrativo); 10) observaciones e impugnaciones al acto de apertura (acto jurídico privado); 11) admisión (acto administrativo); 12) desistimiento del licitador (acto jurídico privado); 13) desistimiento del licitante (acto administrativo); 14) preadjudicación (simple acto de la Administración); 15) adjudicación (acto administrativo); 16) notificación y aprobación de la adjudicación (acto administrativo); 16) suscripción del contrato (difiere según el tipo de contrato: en la obra pública es por escritura pública; en el empleo público es por el acto administrativo de nombramiento; en el suministro por la notificación de la compra).

A esas formas jurídicas, públicas y privadas, se reduce en suma todo el procedimiento de la licitación pública. Después, en la etapa contractual o de ejecución pueden también existir otros actos separables que adopten forma de acto administrativo (Vg.: certificado de obra pública, rescisión unilateral de la Administración, sanciones administrativas como multa, recargos, intereses; etc.).

Ahora bien, cuando la Administración decide contratar, elabora unilateralmente pliegos de condiciones o bases, que son documentos escritos en donde se detallan en forma circunscrita y precisa el objeto del contrato a celebrar, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las partes. El contenido de los pliegos debe ser aceptado por el oferente o proponente (que luego, después de la adjudicación, podrá ser cocontratante), e integra el contrato junto a la oferta o propuesta que este realiza. Importa para el oferente una adhesión a las condiciones impuestas o predispuestas por la Administración y para esta, la imposibilidad de modificarlo una vez concretada la presentación de ofertas.

Se pueden distinguir entre distintas clases de pliegos según el contenido de las cláusulas que contienen, su extensión, objeto y ámbito de aplicación. Así, los 'Pliegos de Condiciones y cláusulas generales' son en general aplicables a la totalidad de los contratos que el Estado celebra por el procedimiento de la licitación, y contienen las reglas que se aplicarán en cuanto a la forma de adjudicación del contrato, garantías de oferta y ejecución contractual, condiciones de trabajo, subcontratación, cesión de contrato, variaciones de precio, entregas, tolerancias, recepción retardos, fuerza mayor, cláusulas penales, responsabilidades, rescisión entre muchos otros temas. El 'Pliego de Condiciones especiales o particulares' contiene especificaciones relativas a la forma de ejecución de cada contrato aisladamente considerado, fijando, cantidades, lugares, plazos de entrega, calidades, formas y plazos de pago, y otras disposiciones que pueden derogar cláusulas del pliego general.

Puede haber 'Pliegos administrativos', que contienen disposiciones de orden jurídico, y 'Pliegos técnicos' que refieren a regulaciones especiales vinculadas con cada obra, suministro o concesión, describiendo los elementos de la obra o provisión, las calidades de los materiales, formas de ejecución, características de las

estructuras, entre otros aspectos. También ‘Pliegos analíticos’, que establecen exhaustiva o minuciosamente todas las condiciones para el procedimiento y cumplimiento del contrato y que dejan al oferente solo la propuesta del precio como elemento variable, y ‘Pliegos sintéticos’ que contienen cláusulas esquemáticas y abiertas y ofrecen un margen de discrecionalidad o libertad de iniciativa al oferente, permitiéndole aportar pautas para mejor realizar el objeto del contrato²⁰⁶.

Todo pliego contiene elementos variables cuya determinación se deja librada a los proponentes²⁰⁷. Generalmente es el precio que se ha de pagar o percibir del cocontratante, pero puede ser cualquier otro que permita establecer con posterioridad, del cotejo de las distintas propuestas, la oferta más conveniente al objeto del contrato.

Aprobado el pliego de condiciones por la autoridad competente, se invita a los interesados a presentar sus ofertas. A esta etapa se la denomina usualmente «llamado a licitación», siendo que la invitación debe concretarse en forma amplia, habitualmente mediante publicaciones en diarios oficiales y otros de gran circulación, tanto en el lugar de la oferta como en otras plazas si así se decide.

Las personas interesadas que estén en condiciones de efectuar el suministro o realizar la obra o el servicio, presentan sus ofertas ante la autoridad administrativa correspondiente, debiéndolo hacer con sujeción estricta al pliego de condiciones. Normalmente las propuestas se formulan por escrito y en sobre cerrado. En el día, en el lugar y hora indicados, en un acto rodeado de formalidades y en presencia de los intervinientes y de autoridades competentes, se procede a la apertura de los sobres presentados.

Luego de ello, la actividad licitatoria pertenece casi exclusivamente al dominio de los órganos administrativos. A tal fin se pasan las propuestas a estudio de los organismos técnicos encargados de asesorar a la autoridad contratante o de una comisión especial prevista en los pliegos. Concluidos tales estudios si está previsto se realiza una preadjudicación –ello no ocurre en todos los casos-, que permite que quienes compitan en el proceso tomen noticia de la oferta mejor colocada y puedan observarla o impugnarla.

Resueltas las incidencias e impugnaciones, si la oferta no merece observaciones y se halla en un todo de acuerdo con lo estipulado en el pliego de condiciones, es ‘aceptada’ y se procede a la adjudicación al oferente elegido, a quién debe notificarse de ello a fin de, luego, concluir suscribiendo el contrato que lo vinculará a la administración. La adjudicación generalmente se realiza a quién presentó la oferta más conveniente, lo que se concreta generalmente al oferente que en igualdad de condiciones cotizó un precio menor.

La licitación pública está sujeta a ciertos principios jurídicos. Estos son:

a) Libre concurrencia. El principio jurídico de la libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación e implica la prohibición, para la Administración, de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.

No obstante, el principio no es absoluto. La normativa jurídica impone ciertas limitaciones dado el interés público comprometido, al exigir un control de la capacidad de los concurrentes. Consecuencia de ello es que puede, por ejemplo, excluirse a oferentes jurídicamente incapaces; a quienes resulten fallidos (quebrados) no rehabilitados; a anteriores adjudicatarios que no ejecutaron correctamente el contrato o si éste fue rescindido por su culpa; a quienes hayan sido condenados penalmente; a funcionarios públicos incompatibles por su empleo para intervenir como proponentes. Pero además de esta capacidad genérica, la Administración puede exigir en los pliegos de bases y condiciones determinados recaudos de capacidad técnica y de solvencia económico financiera, que le aseguren un contratista idóneo.

²⁰⁶ Dromi, José Roberto, «Reforma del Estado y privatizaciones», Tomo 2 pág. 11 (Astrea, 1991).

²⁰⁷ Berçaitz, op. cit, pág. 326.

La Administración no puede elegir individualmente a sus proponentes; si así lo hiciera, la concurrencia no sería libre. Por tanto, la publicidad del llamado a licitación es una consecuencia obligada del principio jurídico de la libre concurrencia.

b) Igualdad entre los oferentes. La igualdad exige que todos los licitadores, oferentes o proponentes se encuentren en la misma condición y situación, contando con iguales facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. El trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes:

1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes;

2) Respeto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo el mismo debe ser igual para todos los concurrentes;

3) Cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista;

4) Inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones;

5) Respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres;

6) Acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación;

7) Conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura;

8) Indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta;

9) Invitación a participar en la licitación que se promoviera ante el fracaso de otra anterior.

Los pliegos de condiciones en suma, deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, lo cual no excluye que se establezcan preferencias en favor de determinadas categorías de oferentes. Son nulas las cláusulas que impliquen monopolio, salvo excepciones previstas por la ley; tampoco pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, ni señalar marcas de fábricas o rótulos comerciales preferenciales; es asimismo nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición una vez conocidas las de los demás concurrentes, salvo excepción normativa expresa, como es el caso del «empeate de ofertas».

Consecuentemente, la adjudicación o la formalización del contrato respectivo debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases del pliego de condiciones que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ella realizar alguna modificación de la oferta aceptada ni del pliego de condiciones sobre el que se hizo la licitación. Si se lo hace ello resultará ilegal, pues se violará así el principio de igualdad. Al respecto, toda ventaja concedida por el licitante en favor de un licitador que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes, lesiona o infringe también el principio de igualdad. En cambio no resultaría afectado en modo alguno el principio de igualdad, si después de concluido el contrato se elevaran los precios a favor del adjudicatario por razón de mayores costos posteriores no previstos, pues con ello en nada se perjudican los demás proponentes dado que si alguno de ellos hubiese ganado la licitación, también habría tenido que afrontar la misma situación.

c) Publicidad. Se manifiesta en un doble sentido en la licitación pública, procedimiento administrativo especial.

Desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia.

Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general y a los licitadores en particular.

d) Transparencia. La transparencia, como principio rector de la licitación pública, abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los princi-

pios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

e) Equidad y eficiencia. La equidad, como moderación en el precio de las cosas que se compran, o en las condiciones que se estipulan para los contratos; y la eficiencia, en tanto virtud y facultad para seleccionar el mejor contratista posible y asegurar así el bien común, son dos nuevos principios rectores que se suman a los ya mencionados del procedimiento licitatorio.

Las excepciones a la licitación pública deben ser interpretadas en forma estricta y restrictiva, atendiendo al fundamento con que se las ha acordado. Cuando la norma jurídica obliga a la licitación pública para las contrataciones administrativas, el cumplimiento de esa formalidad asume carácter ineludible. Sólo puede prescindirse de dicha forma procedimental en los casos enumerados taxativamente por la ley.

Las excepciones al procedimiento de la licitación pública se fundan en razones de imposibilidad legal, de naturaleza, de hecho, por razones de conveniencia administrativa, por atendible «razón de Estado» y por «seguridad pública». De conformidad con el derecho positivo vigente, las excepciones a la licitación pública están taxativamente señaladas. Son ellas:

a) Monto menor. Cuando el monto del contrato no alcanza la base o tope fijado para la realización del procedimiento licitatorio, la regulación indica que estará exceptuado en razón del «monto menor».

b) Urgencia. Las leyes que rigen las contrataciones públicas en las distintas jurisdicciones autorizan a contratar directamente por razones de urgencia. La procedencia de la causal exige algunos presupuestos esenciales (fáctico-legales), pues no toda urgencia admite la excepción. Ella debe ser concreta, inmediata, imprevista, actual, probada y objetiva. Se trata de una cuestión de hecho, que debe ser debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos, y verificada por la autoridad competente.

c) Adicionales. Los trabajos adicionales complementarios y accesorios de una obra en curso de ejecución, también pueden contratarse directamente. Esta excepción sólo la prevé nuestro ordenamiento jurídico para los contratos de obras públicas, no así para los demás contratos.

Los presupuestos fácticos y jurídicos requeridos para la viabilidad de la excepción son: 1) que se trate de trabajos adicionales indispensables, cualquiera que haya sido el procedimiento por el que se contrató; 2) que el contrato principal esté en curso de ejecución, es decir que se haya iniciado y no haya concluido ni esté paralizado; 3) que los trabajos no hubiesen sido previstos en el proyecto, y en caso de haber sido previsibles que no hubieran podido incluirse en el contrato por circunstancias de hecho o de derecho justificadas; 4) que el importe de los trabajos adicionales no exceda del límite porcentual acumulativo fijado en la escala legal, respecto del costo original de la obra contratada;

d) Reserva o secreto de Estado. Se autoriza la contratación directa «cuando la seguridad del Estado exija garantía especial o gran reserva» o «cuando las circunstancias exijan que las operaciones del gobierno se mantengan secretas» (sólo para el Estado Nacional)

e) Capacidad especial. Exceptúase también de la licitación pública la contratación en que resulta decisiva la capacidad artística, técnica o científica, la destreza o habilidad o la experiencia particular del sujeto, en razón de que su ejecución sólo puede ser realizada por empresas, personas o artistas acreditadamente especializados.

f) Marca o privilegio. Las leyes prevén también la excepción para la ejecución de trabajos amparados por patente o privilegio, o la adquisición de bienes cuya fabricación o venta sea exclusiva. La tutela de la propiedad intelectual del oferente o de un privilegio otorgado expresamente, hace imposible el proceder por licitación, ya

que sólo la persona, entidad o empresa que posee el privilegio de invención o fabricación podrá presentarse formulando ofertas.

Son condiciones para la excepción: 1) que la prestación (obra, trabajo, servicio, suministro, etc.) se halle amparada legalmente por marca o patente, de acuerdo con el régimen de ellas en cuanto a exclusividad, duración, contenido, etcétera; 2) que la necesidad de la Administración no pueda ser satisfecha igualmente con otros artículos, objetos o productos de distinta clase no sujetos a marca o patente, pues si eso fuera posible el precepto no sería aplicable.

g) Monopolio. Se trata del suministro de productos o prestación de trabajos «poseídos sólo por una persona o entidad», que lleve a cabo de hecho su fabricación, venta y explotación exclusiva. En el caso de marcas, patentes y privilegios, la exclusividad es conferida por el derecho que le otorga el monopolio. El monopolio de hecho, por sí solo no es suficiente para autorizar la excepción en los casos en que los objetos a adquirirse sean poseídos exclusivamente por personas determinadas, si carecen de título jurídico justificativo de la exclusividad.

h) Contratos en otros Estados. Las compras y locaciones que sea menester efectuar con estados extranjeros o entes públicos internacionales, siempre que no sea posible realizar en ellos licitación, pueden hacerse por contratación directa

i) Escasez. Exceptúase también de la licitación pública el supuesto de notoria escasez en el mercado local de los bienes a adquirir. La falta o ausencia de ciertos bienes en un momento determinado o su poca existencia, justifica que se obvie el procedimiento licitatorio, que además de provocar costos a cargo del ente público licitante, por su tramitación no permite contratar con la premura que el hecho suele requerir. Esa circunstancia tiene que ser notoria, conocida, sabida, pública, es decir, no reservada. Además, la falta de bienes tiene que referirse al «mercado local», entendiendo por tal el mercado interno o nacional, no el mercado «regional», de «plaza» o «zona», en que tiene su radicación física el licitante. Ambas circunstancias deben ser acreditadas y probadas concretamente por las oficinas técnicas competentes.

j) Productos perecederos. Otro caso de excepción al procedimiento de la licitación pública, contemplado en la normativa vigente como supuesto particular de urgencia es la venta de productos perecederos y de elementos destinados al fomento de las actividades económicas del país o para satisfacer necesidades de orden sanitario.

k) Reparaciones. En cuanto a la reparación de vehículos y motores, sólo se autoriza como excepción, cuando sea indispensable, el desarme total o parcial del vehículo o motor para determinar las reparaciones necesarias.

m) Contratos interadministrativos. Cuando el contratista de la Administración es otro ente público estatal o no estatal, la ley admite la contratación directa como procedimiento para su elección.

n) Contratos de entes públicos no estatales. La normativa no contempla generalmente como excepción los contratos administrativos celebrados por un ente público estatal con otro ente público no estatal.

ñ) Licitación pública desierta. Se denomina así a la licitación pública a la que no se ha presentado ningún proponente. Ello habilita a contratar directamente o a efectuar un nuevo llamado a licitación privada, según la Administración lo estime conveniente y sujeto a ciertos requisitos.

o) Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas. La normativa en materia de contrataciones administrativas también prevé como causal de contratación directa la licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas. Oferta inadmisibles no es oferta inconveniente, sino una oferta que conveniente o no, no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación. Se trata de una oferta que no ofrece exactamente lo solicitado o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos requeridos.

p) Licitación pública fracasada por inconveniencia de las ofertas. También es posible que el procedimiento licitatorio público fracase por ofertas inconvenientes. Esto es, ofertas presentadas, admisibles, ajustadas a las bases, cláusulas y condiciones del pliego y al objeto solicitado, pero que por razones de inconveniencia de precio, financiación u otros aspectos esenciales, son rechazadas.

Bibliografía

1. Berçaitz, Miguel Ángel, «Teoría General de los Contratos Administrativos», Depalma, 1980.
2. Díez, Manuel María, «Derecho Administrativo», Tomo II, Bibliográfica Ameba, 1965.
3. Escola, Héctor Jorge, «Tratado Integral de los Contratos Administrativos», Tomo I, Depalma, 1977.
4. Farrando, Ismael y Martínez, Patricia R., «Manual de Derecho Administrativo», Depalma, 1996.
5. Farrando, Ismael (Director), «Contratos Administrativos», LexisNexis Abeledo Perrot, 2002.
6. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, «Curso de Derecho Administrativo», Tomo I, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 2000.)
7. Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, ediciones 1999 y 2000.
8. Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo III-A, Abeledo Perrot, 1993.
9. Dromi, José Roberto, «Reforma del Estado y Privatizaciones, Astrea, 1991.
10. Chase Plate, Luis E. y otros, «Contratos Administrativos. Contratos especiales», Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Astrea, 1982.

CAPÍTULO VIII: Contratos administrativos (continuación)

Carrera de Licenciatura en Administración

Programa de Derecho III. Módulo I – Tema VII

Ejecución del contrato administrativo: principios de continuidad, mutabilidad, control. Extinción de los contratos administrativos (cumplimiento del objeto, plazo, caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia).

Carrera de Contador Público Nacional

Programa de Derecho Público. Módulo II – Tema VII

Ejecución del contrato administrativo: principios de continuidad, mutabilidad, control. Extinción de los contratos administrativos (cumplimiento del objeto, plazo, caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia). Algunos contratos administrativos en particular: concepto (empleo público, suministro, obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos).

1.- Ejecución del contrato administrativo: principios de continuidad, mutabilidad, control.

Celebrado el contrato administrativo y tal como fuera señalado, a diferencia de los contratos del derecho privado en donde las partes se encuentran en una situación de igualdad jurídica y por lo tanto plantean entre ellas relaciones de coordinación, el cocontratante se halla en una situación de 'subordinación jurídica' ante su contratante: la Administración Pública. De tal situación surgirán una serie de atribuciones que la Administración ejercerá durante la etapa de cumplimiento del contrato y que constituyen 'cláusulas exorbitantes al derecho privado', cuya expresión puede darse tanto expresa como implícitamente.

Tales competencias que el poder público ejerce en la ejecución del contrato constituyen notas especiales que caracterizan la autonomía del régimen administrativo de los contratos, 'despegándolo' de las normas civiles y dando fundamento a la teoría propia del contrato administrativo. Ello no solo ha sido posición de la doctrina de los autores, sino de numerosos precedentes jurisprudenciales particularmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰⁸.

Ahora bien, al igual que en cualquier contrato, la Administración tiene derecho a exigir el cumplimiento estricto de la prestación contratada y el cocontratante también a que cumpla las que tiene a su cargo aquella; ello no es otra cosa que la expresión de la común intención de las partes de realizar el contrato. A tales obligaciones y derechos se adicionan, al ser una de las partes la Administración, una serie de prerrogativas que implican por ejemplo la posibilidad de ejercer facultades disciplinarias sobre el cocontratante, dirigirlo y fiscalizarlo, de modificar unilateralmente el contenido de la prestación cuando una necesidad pública lo exige, de ejecutar directamente el contrato o a rescindirlo unilateralmente.

Estas prerrogativas o facultades, o privilegio especial de la Administración, se traducen en principios como el de continuidad, mutabilidad y control.

Principio de Continuidad

El contrato administrativo, dado el interés público en el que se funda y que con él se quiere concretar, debe realizar el objeto o prestación para el cual se lo ha instituido. Ello implica la posibilidad de exigir al contratista la ejecución continuada del contrato bajo toda circunstancia, sin que pueda interrumpirse su curso.

²⁰⁸ Farrando, Ismael (Director), «Contratos Administrativos», pág. 381, LexisNexis Abeledo-Perrot 2002.

La continuidad de la prestación contractual concebida como prerrogativa de continuidad u obligación de ejecutar, se justifica en el superior fin público del contrato y en la subordinación del cocontratante respecto de la Administración en tanto este, al contratar, se constituye en 'colaborador' de la realización de los fines públicos del Estado.

Se entiende entonces que el contrato debe tener continuidad en su ejecución y que cualquier excepción debe interpretarse de modo restrictivo. Consecuencia de ello es que la Administración, en caso de interrupción por el cocontratante por una causa que no sea de fuerza mayor insuperable, podrá acudir incluso a vías de hecho para garantizar la continuidad de la prestación.

Desde ya que la fuerza mayor, es decir la presencia de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios, ajenos a las personas obligadas e inevitables realizando una adecuada previsión, exime de responsabilidad al cocontratante por la eventualidad de no cumplir, total o parcialmente, con su obligación contractual. Los efectos de la fuerza mayor pueden producir tanto la rescisión del contrato, como la suspensión o paralización de la actividad en curso hasta poder superar o resolver el obstáculo que afecta al contratista.

En la realidad la jurisprudencia ha relativizado tan significativa prerrogativa, sobre todo cuando la Administración ha incurrido en graves incumplimientos a sus propias obligaciones colocando al cocontratante en imposibilidad de cumplir. Asimila en tal caso la actitud del Estado a la fuerza mayor, pues de lo contrario se le impondría al contratista una carga imposible de soportar sin riesgo de su propia subsistencia²⁰⁹.

Esta prerrogativa no puede confundirse con la que resulta natural de las obligaciones y derechos y que hace a la esencia de todo contrato: el de realizar las conductas o prestaciones comprometidas para concretar su cumplimiento. La exorbitancia de la cláusula a la que se hace referencia consiste en que la Administración puede exigir el cumplimiento aún cuando no tenga plena razón, encontrándose incluso habilitada para usar la fuerza pública en caso de resistencia, lo que solo puede justificarse cuando media una prestación inmediata de servicio público.

Ahora bien, dicha exigibilidad de cumplimiento solo es posible concretarla en el marco de los contratos referidos en el art. 42 de la Constitución Nacional, es decir de los servicios públicos, en donde se justifica el uso de estas 'atribuciones no contractuales' del poder del Estado. No así en otro tipo de contratos administrativos.

El modo de asegurar esta continuidad por la Administración es a través de la imposición de sanciones, la rescisión del contrato o recurriendo a la ejecución directa de la prestación haciéndolo por cuenta del cocontratante.

El caso de la ejecución directa importa la sustitución del contratante (al menos provisional), y es consecuencia de la naturaleza ejecutoria del acto administrativo que habilita a la Administración a emplear su fuerza ejecutoria para poner en práctica el acto (art. 12 LNPA, aplicable al contrato) por sus propios medios²¹⁰.

Desde ya que tal facultad se sujeta a ciertos requisitos. El primero es el de tener una causa legítima, es decir debe hallarse el acto suficientemente motivado y ser precedido de una intimación al contratista para que éste pueda cubrir su derecho de defensa y evitar la pérdida de sus garantías; luego, el grado de incumplimiento debe tener origen en la culpa grave del contratista y en la alteración de la finalidad perseguida por el contrato, en tanto sea imprescindible ejecutar las prestaciones contractuales pendientes de curso. Habrá desde ya responsabilidad plena del contratista incumplidor ante el Estado.

Solo excepcionalmente puede la Administración cumplir el contrato cuando el contratista no puede hacerlo por causas ajenas a su voluntad (fuerza mayor), lo cual no producirá en tal caso responsabilidad del contratista.

²⁰⁹ Farrando, op. cit., pág. 448.

²¹⁰ Cassagne, Juan Carlos, «El contrato administrativo», pág. 69.

Mutabilidad o ius variandi

El principal efecto del régimen exorbitante inherente a los contratos administrativos es el principio de mutabilidad, es decir la prerrogativa propia y unilateral de la Administración de introducirle modificaciones²¹¹. Dicha facultad no requiere texto expreso que la consagre pues constituye un principio²¹² que hace a la esencia del contrato público; no se trata de una norma contractual, cuya inclusión en un contrato privado lo tornaría nulo.

El ejercicio de esta potestad se puede imponer en cualquier tipo de contrato administrativo, dependiendo su alcance, naturaleza y contenidos. Ello normalmente se concreta en contratos de larga duración pues los cambios serán siempre hacia el futuro, lo que excluye los contratos que se extinguen en forma inmediata con el cumplimiento de la prestación. No es infrecuente que el mismo contrato administrativo contemple la posibilidad de su modificación cuando exista la posibilidad, por ejemplo, de que sean previsibles ciertos cambios durante su ejecución (en materia tecnológica; o en cuanto a dimensión o tamaño de la obra; o por la necesidad de incluir ciertas provisiones, por ejemplo); pero en este caso no habrá propiamente un ejercicio de la potestad de mutar el contrato sino un acuerdo bilateral. Solo es posible referir al uso de esta atribución cuando la Administración se ha visto en la necesidad, por razones de interés público, de introducir modificaciones al contenido originario.

La modificación siempre consistirá en principio, en un aumento o disminución de la respectiva prestación.

El uso de esta prerrogativa no es ilimitado y tiene, por ende, límites en cuanto no podrá afectar la naturaleza esencial o finalidad del contrato, ni las garantías constitucionales en juego, ni la ecuación económica financiera (equilibrio contractual). Si la alteración del contrato resulta arbitraria o abusiva, puede el contratista solicitar judicialmente la rescisión del contrato o solicitar a la Administración una contraprestación a título indemnizatorio, previa intimación a esta a mantener incólume el contenido del contrato o a eliminar los aspectos modificados que lo perjudican esencialmente.

Los cambios impuestos al contrato por la Administración deberán entonces proyectarse en un marco de la razonabilidad jurídica y resultarán obligatorios para el contratista, que deberá cumplirlos en la medida en que no se excedan los límites señalados. Desde ya que el contratista será resarcido económicamente por su mayor esfuerzo.

Ejemplo de lo expuesto es el caso de los servicios públicos concesionados, en donde los entes reguladores imparten regularmente instrucciones o directivas tendientes a la adaptabilidad de las necesidades y técnicas del servicio en favor de los usuarios y consumidores por las empresas concesionadas. También cuando en una obra pública (Vg.: construcción de una escuela de 10 aulas) la Administración decide ampliarla en un porcentaje que no deberá superar lo que la reglamentación autoriza (no más del 20% según la ley 6838, salvo algunas excepciones allí establecidas).

Control y Dirección

Constituyen también prerrogativas de la Administración las de dirección y control que integran el denominado 'régimen administrativo', y encuentran como fundamento la obligación constitucional de que el Estado sea verdaderamente responsable de la marcha de los negocios públicos, proclives a sufrir sistemáticos cambios, en tanto es su deber impulsar, ordenar, verificar y controlar el cumplimiento de las prestaciones contenidas en el contrato administrativo. Esta atribución tiende a obtener la ejecución efectiva del contrato en los supuestos de gravedad del incumplimiento y puede incluso, llevar a su extinción.

²¹¹ Barra, Rodolfo Carlos, «Contrato de obra pública», Tomo 1 pág. 54, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984.

²¹² Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo III-B, pág. 395.

Constituye poder más que derecho, pues desborda los límites dentro de los cuales, en el contrato privado, cada parte puede vigilar la forma en que la contraria cumple o ejecuta las prestaciones a su cargo. Por ello es exorbitante del derecho privado al tener que afianzar la Administración la seguridad pública.

La consecuencia de esta facultad es que la Administración puede imponer sanciones de distinto tipo, competencia desde ya que se encuentra acotada por el principio de la razonabilidad que impone la preservación de la autonomía técnica y empresarial del contratista, aunque sus límites pueden dar lugar a controversias jurídicas que pueden llegar a ser dirimidas ante el poder judicial, si es que no existe conciliación previa entre las partes.

El ejercicio y alcance de esta atribución dependerá del tipo de contrato de que se trate, pues la naturaleza de estos la torna variable; pero en todo caso la Administración abarcará el control de aspectos materiales, técnicos, financieros y legales del contrato. En la obra pública está normalmente prevista en el marco legal que la rige. Habitualmente son contenidas en los pliegos de condiciones, pero su existencia no se halla ligada a su previsión expresa, salvo en lo que pueda concernir a las modalidades de su ejercicio.

Es posible clasificarlas²¹³ en:

1.- Pecuniarias. Pueden consistir en cláusulas penales, multas y daños y perjuicios. La cláusula penal importa la estipulación anticipada de la previsión de la cuantía del daño cuando se produce el incumplimiento.

Las multas sancionan conductas o comportamientos del contratista sin importar los daños que ellos producen; normalmente se predetermina su distinta gradación según la importancia de la falta. Los daños y perjuicios que son consecuencia de la responsabilidad del contratista por su incumplimiento, son determinados a partir de la intervención judicial y no pueden serlo unilateralmente por la Administración.

2.- Coercitivas. Están destinadas también a asegurar la ejecución del contrato con miras a suprimir la contumacia del cocontratante, sustituyéndolo por un tercero o asumiendo la Administración su ejecución por sí misma, en tanto ello conviene al interés público comprometido por el contrato.

Se trata de una medida provisional o temporaria, adoptada ante la gravedad del incumplimiento y la necesidad de dar continuidad al servicio u obra, pues no ponen fin al contrato y conducen a una sustitución provisoria del contratista mientras no sea capaz de cumplir (ello no excluye que luego se produzca la rescisión, pero ello es otro tipo de sanción), y debe adoptarse previa intimación al contratista para que ejerce su defensa.

La sustitución se realiza por cuenta y riesgo del contratista, lo que implica que al producirse por culpa de aquel, se lo hace responsable también de la buena o mala prestación de quién lo sustituye; ello en la medida en que la suspensión de la prestación no sea consecuencia de un supuesto de fuerza mayor, en cuyo caso la Administración asumirá plena responsabilidad por su resultado.

No se requiere intervención judicial para concretar la sustitución, dado que se trata de una prerrogativa de la Administración que esta dispone en virtud del carácter ejecutorio del acto administrativo. Desde ya debe estar ampliamente motivada en razones de hecho y derecho acreditadas.

3.- Resolutorias. Estas ponen fin al contrato y constituyen una causa de su extinción. Comprenden tanto la rescisión unilateral como la caducidad, para cuyo estudio cabe remitir al punto siguiente.

Las causales que den lugar a la aplicación de estas sanciones deben ser graves y consecuencia del incumplimiento de supuestos contractualmente previstos. Pueden originarse en el abandono de la obra o concesión, engaños en el cumplimiento de la prestación, omisión dolosa de directivas impartidas en forma reiterada, entre muchos otros supuestos.

²¹³ Díez, op. cit., pág. 350.

2.-Extinción de los contratos administrativos (cumplimiento del objeto, plazo, caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia)

Los contratos administrativos pueden concluir o terminar de manera normal o anormal. Lo primero resultará ser la consecuencia natural del cumplimiento, en los términos y modo previstos, de las prestaciones contenidas en el contrato.

Ahora bien, es posible que el contrato concluya también de manera irregular, lo que podrá suceder cuando: 1) queden sin efecto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o de ilegitimidad, o de moralidad, o por hechos relativos o imputables al cocontratante; 2) por imposibilidad material o jurídica sobreviniente a su celebración; 3) por así solicitarlo el cocontratante; 4) de común acuerdo entre las partes. En estos casos no se ha concretado el fin natural previsto en el negocio ni realizado el fin público en él comprometido²¹⁴, es decir, se ha producido aquí la ruptura del vínculo por incumplimiento obligacional.

Cumplimiento del contrato (objeto y plazo)

La mayoría de las veces los contratos administrativos se cumplen íntegramente, verificándose en ellos los supuestos previstos de antemano, situación que importa, cuando ello ocurre, su extinción. En la obra pública eso pasa cuando el contratante recibe las obras sin formular observaciones; en el suministro cuando se ha entregado la mercadería sin vicios.

En otros contratos hay un plazo, a cuyo término este concluye, como en los contratos de concesión de servicios públicos (transporte, electricidad, agua, riego, etc.). Se trata de un contrato con prestaciones de tracto sucesivo en donde el plazo o la duración es esencial. No es el caso del contrato que contiene un plazo, por ejemplo, para la realización de una obra, o de ciertas prestaciones parciales, en donde aquel será relevante solo para verificar si el cumplimiento es completo.

Ahora bien, en los contratos de larga duración, el vencimiento del término no provoca inmediatamente la cesación automática de los efectos, pues debe ocurrir antes la entrega de los bienes concesionados por el Estado, o definirse el destino de los bienes afectados al servicio, o la recepción de cierta obra contenida en la concesión, o cuando se reintegre al contratista la garantía que tuvo que constituir.

En los contratos en donde el objeto es una obra o una prestación determinada que debe cumplirse en una sola vez, para que se considere cumplida la obligación debe haber un acto administrativo, expreso y formal, que así lo testimonie, es decir que certifique la entrega, recepción o la conformidad de la Administración con la obra, bien o prestación encomendada. En algunos contratos se exigen entregas parciales, en otros conocidos como 'llave en mano' la obra o servicio debe estar terminada, y lista para operar o funcionar.

Caducidad

Es un medio de extinción del contrato, pero su naturaleza tiene que ver con una medida sancionadora o represiva de carácter definitivo, que puede utilizar la administración ante la verificación de ciertos incumplimientos imputables al contratista o cocontratante.

Se verifica fundamentalmente en los contratos de concesión de servicio público y de obra pública. Constituye un típico medio de resolución o rescisión unilateral que dispone la Administración frente al incumplimiento de alguna obligación esencial por parte del concesionario con el fin de preservar el servicio público o la explotación de la obra, según sea el caso. Las obligaciones accesorias del contrato que no constituyen su objeto central no dan lugar a la caducidad.

²¹⁴ Berçaitz, op. cit., pág. 474; Cassagne, «El contrato...», pág. 91; Diez, op. cit., Tomo 1, pág. 377.

Tiene como fundamento legal la previsión contenida en el art. 21 LPAN para el acto administrativo, que la doctrina y jurisprudencia ha admitido hacerla extensiva al contrato administrativo. En todo caso la caducidad no opera de pleno derecho sino que la Administración debe procurar en primer término, el cumplimiento del contrato, intimando al contratista y dándole un plazo para realizar la prestación, al cabo del cual si no cumple se producirá la resolución del contrato.

La caducidad no es nulidad. Esta refiere al acto administrativo que crea el derecho o contrato; la caducidad implica la existencia de un derecho ya nacido y en curso de cumplimiento. La caducidad entonces reposa en un acuerdo de voluntades, es fruto del pacto por el que las partes dieron nacimiento al contrato.

Rescate

Entre las causales de extinción por razones de interés público se encuentra la figura del rescate.

Se trata de un supuesto vinculado a las concesiones de servicio público y de obra pública, en donde a diferencia de la revocación por razones de oportunidad no implica la supresión del servicio, ni de la actividad concesional de una obra, sino la situación de que el Estado reasume por sí la gestión de la misma.

Hay rescate cuando el contrato de concesión se extingue por decisión unilateral del Estado, antes de la expiración del plazo convenido, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin mediar culpa o hecho alguno imputable al concesionario, a los fines de recuperar su prestación directa²¹⁵.

Es una forma de revocación y le son aplicables las reglas de la misma en cuanto a órgano competente, forma, motivación e indemnización. Si su fin no fuera recuperar el servicio, estaríamos ante una simple revocación por razones de oportunidad y no ante un rescate.

El rescate es siempre total, es decir el Estado debe reasumir la prestación concesionada de la obra o servicio. Es posible que el contrato mismo lo contemple pasado un tiempo de su vigencia, aunque ello lo convierte en un acuerdo de partes para rescindir y no en un típico rescate, el que siempre importa el ejercicio de potestades públicas existentes en todo contrato.

Producido el rescate la indemnización es su consecuencia natural. Si nada se hubiere previsto en el contrato, su determinación se fundará en el principio constitucional de la incolumidad del patrimonio y la igualdad de las cargas públicas, lo que importa reparar el daño sufrido y el beneficio frustrado²¹⁶.

Rescisión.

Es posible analizarla desde dos aspectos. En primer lugar cuando la facultad rescisoria se ejercita como una prerrogativa de la Administración en virtud de las cláusulas exorbitantes inherentes a los contratos administrativos, situación que la asimila a la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia²¹⁷, lo que constituye una resolución contractual por razones de interés público y se analiza más abajo.

Ahora bien, cuando la rescisión se produce como sanción a una falta o incumplimiento del contratista, no resulta del ejercicio de aquella prerrogativa sino que constituye la consecuencia del ejercicio de una facultad sancionadora de la Administración. Sin embargo, nada impide que las partes, dentro del orden público administrativo, dispongan una rescisión bilateral, lo cual se regirá en cuanto a alcance y efectos por las cláusulas previstas en el contrato.

En materia de obra pública por ejemplo, la ley nacional 13.064 contempla diversos supuestos de rescisión contractual, por culpa o falta grave imputable al contra-

²¹⁵ Berçaitz, op. cit., pág. 504.

²¹⁶ Berçaitz, op. cit., pág. 507.

²¹⁷ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 328.

tista: 1) cuando el contratista se haga culpable de fraude o grave negligencia o contravenga obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato; 2) cuando proceda a la ejecución de las obras con lentitud, de modo que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planos de trabajo; 3) cuando se exceda del plazo fijado en las bases de la licitación para la ejecución de las obras; 4) si transfiere en todo o parte su contrato sin previa autorización; 5) cuando abandone las obras o interrumpa sus trabajos.

También en materia de suministros u otros contratos administrativos, las causas de rescisión por culpa del contratista pueden ser: 1) transferencia o cesión sin previa autorización; 2) incumplimiento de las entregas sin causa justificada; 3) vencimiento del plazo y las prórrogas acordadas sin entrega de los materiales comprometidos; 4) entrega de materiales o mercadería con daños o deterioros importantes; 5) daño o deterioro de los bienes del dominio público afectados a la concesión, entre otras.

También la Administración puede no cumplir, lo cual habilita al contratista a invocar la excepción que rige para los contratos privados en cuanto a si una parte no cumple, la otra no está obligada a hacerlo (*exceptio non adimpleti contractus*). No todos los autores coinciden con este principio más ha sido admitido en numerosos precedentes jurisprudenciales.

Desde ya que el incumplimiento de la administración en estos casos debe ser grave e incidir sobre la misma posibilidad del contratista de continuar la ejecución del contrato (no entrega del predio en donde se realizará la obra; la falta de habilitación del espacio público para concretar el servicio, etc.), por cuanto lo contrario afectaría el principio de continuidad que constituye una característica de los contratos administrativos.

Muerte

Cuando el incumplimiento de un contrato es imputable al contratista constituye desde ya una cuestión de hecho, pero hay supuestos que requieren una mención especial, como la muerte o la quiebra (extensivo al concurso civil) del cocontratante.

Si la muerte del contratista es natural, el contrato se extingue por revocación por razones de oportunidad, más sin derecho a indemnización a favor de los derechohabientes. Ello es así en tanto desaparece definitivamente un presupuesto de hecho o elemento físico cuya existencia fue esencial para la celebración del contrato, que es *intuitu personae*.

Pero si la muerte es provocada y se debe a culpa del contratista, el Estado podrá considerar la existencia de un incumplimiento que torna procedente la caducidad y demandar por los daños que ello le produjere al interés público.

Es posible la continuidad del contrato si los herederos ofrecen llevar a cabo la obra bajo las condiciones estipuladas, pudiendo la Administración desechar el ofrecimiento sin obligación de indemnizar. Desde ya los efectos que produce esta situación de extinción son hacia el futuro (*ex nunc*).

Quiebra

Al igual que en el supuesto anterior, la situación de quiebra producirá la revocación por razones de oportunidad sin derecho a indemnización a favor del fallido.

Eventualmente, cuando ello estuviere previsto, la extinción se operarí por rescisión automática. No obstante, al igual que en el caso de muerte, el síndico puede, con autorización judicial, ofrecer continuar con la obra bajo las condiciones estipuladas, sin que la Administración se encuentre obligada a admitir el ofrecimiento, que puede por supuesto desechar.

Renuncia

Constituye una peculiaridad que exhibe el contrato administrativo, inadmisibles en un contrato de derecho privado, la posibilidad de que el cocontratante extinga el contrato por renuncia.

Esta facultad es de excepción y solo procede en los contratos administrativos de atribución, es decir en aquellos como la concesión de uso de un bien del dominio público que se otorgan en interés inmediato del contratista. Tal circunstancia no contradice en forma alguna el interés público desde que nada pierde en el caso la Administración, tratándose un derecho patrimonial o privado del que el cocontratante es titular y del que puede por ello renunciar.

Tratándose de contratos de colaboración, la renuncia del cocontratante no podría ponerle fin al contrato, pues el directa y principalmente interesado en que se ejecute y se cumpla no es él sino la Administración, de cuyos derechos y prerrogativas no puede disponer el contratista²¹⁸.

Razones de interés público

La Administración puede emplear en el caso, sus prerrogativas de rescisión contractual de las que está investida en virtud de su carácter público y de las cláusulas exorbitantes del derecho privado implícitas en todo contrato administrativo.

En el uso de tal potestad el Estado valora razones de oportunidad o conveniencia relativas a la comunidad (interés público) que imponen la finalización del contrato, con los límites de toda actividad discrecional²¹⁹. Generalmente se toma dicha decisión cuando se analiza que se han dejado de necesitar las prestaciones en que el contrato consiste, o cuando dichas necesidades han cambiado o, como se ha señalado en un fallo, «cuando la ejecución del contrato se hace incompatible con el interés público»²²⁰.

No puede constituir en un mero arbitrio del funcionario, e incluso hay autores que requieren de la existencia de una ley para que se verifique este supuesto²²¹, lo que indica que en ella la motivación resulta un dato fundamental para poder controlar su legalidad, la que debe exponerse en fundamentos objetivos que permitan valorar el cambio de condiciones bajo los cuales fue celebrado el contrato originalmente, o que obsten o dificulten la mejor satisfacción del bien común.

Al concluir el contrato por esta razón, la Administración debe indemnizar integralmente al contratista dado que el mismo ha adquirido derechos sobre su continuidad y conclusión normal, comprometiéndose incluso económicamente.

También cabe incluir en este supuesto la nulidad del contrato por haberse omitido, en su momento, el cumplimiento de ciertos requisitos previos considerados determinantes para su existencia. La consecuencia de advertir un vicio de tal naturaleza podrá producir la revocación de la adjudicación, o del contrato mismo, en razón de su nulidad, pues se verifica la afectación grave de alguno de sus elementos sin que pueda superarse lícitamente el defecto impreso. Para determinar si cabe indemnización al contratista en este caso, cabrá verificar si los vicios puestos de manifiesto le son o no atribuibles al mismo a título de culpa grave o dolo. No verificándose tal supuesto o siendo la responsabilidad de la Administración, el contratista tendrá derecho a obtener un resarcimiento.

²¹⁸ Marienhoff, Tomo II-a, pág. 574.

²¹⁹ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 339.

²²⁰ CSJN, Fallos, 204:626).

²²¹ Cassagne, op. cit., pág. 96.

3.- Algunos contratos administrativos en particular: concepto (empleo público, suministro, obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos)

Los contratos enumerados en el título no son desde ya todos los que celebra la Administración, pero en relación a los objetivos del programa enfocado hacia el perfil de egresado de las carreras de ciencias económicas, se han seleccionado los que aparecen más representativos.

Resulta un tanto curioso señalar que el mismo proceso que siguió el derecho romano clásico para ir declarando caso por caso que el supuesto que se contemplaba constituía un contrato, pasando después a crear en forma concreta y exhaustiva una serie de tipos contractuales, se ha reproducido en el derecho administrativo. No nos debe extrañar entonces que se afirme que solo se haya llegado a determinar a través de un relativismo jurídico verificable caso por caso, cuando estamos en presencia de un contrato administrativo. En tal sentido, el contrato administrativo es esencialmente obra de la jurisprudencia. De esa evolución casuística, y de los aportes doctrinarios posteriores que intentan explicar su naturaleza jurídica, se identifican a ciertos y determinados tipos de contratos como típicamente administrativos en tanto en su objeto se verifican cláusulas exorbitantes, expresas o virtuales, del derecho privado.

Con carácter no exhaustivo y sin que implique agotar la nómina de contratos administrativos que celebra la administración es posible enumerarlos siguientes: a) concesión de servicios públicos; b) obra pública; c) concesión de obra pública; d) concesión de uso de bienes del dominio público; e) relación de función o empleo público; f) suministro; g) transporte; h) empréstito público; i) locación de servicios e igualmente, mandato, fianza, depósito (en determinadas circunstancias).

El régimen legal que los rige será expuesto al analizar cada especie de contrato.

Empleo Público

En este tema cabe remitir a lo expuesto en Capítulo V Punto 6.

Suministro

El contrato de suministros es un contrato administrativo realizado entre el Estado y un particular, en virtud del cual este se encarga, por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración, de suministrar las prestaciones mobiliarias previstas contractualmente²²². El abastecimiento o prestaciones involucradas en el suministro es posible sea realizado de una sola vez, o en períodos sucesivos, aspecto que no modifica la naturaleza del contrato.

En primer lugar cabe señalar que no todo suministro es administrativo, sino que existe contrato de suministro en este sentido por algunas de las dos razones que hacen que un contrato sea administrativo; 1) por su objeto; y 2) por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado.

Constituye un contrato administrativo por su objeto, en tanto tiende a satisfacer necesidades esenciales o específicas del Estado, o fines públicos de éste (provisión del combustible necesario para aeronaves o vehículos afectados a un servicio de transporte estatal; provisión de medicamentos o alimentos a servicio penitenciario, fuerzas armadas y de seguridad; productos agrícolas y textiles o cualquier clase de materias primas destinados a entidades públicas –hogares de ancianos o de niños, hospitales-; productos de imprenta; entre muchos otros materiales o elementos). Es por tal motivo que el contrato comprende cosas muebles, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles.

²²² Díez, op. cit, Tomo III, pág. 139.

Es un contrato bilateral (o sinalagmático) pues ambas partes se obligan recíprocamente, una a entregar una cosa y otra a abonar su precio; es oneroso y en tal sentido, conmutativo, en tanto las prestaciones de ambas partes se consideran equivalentes; es consensual, requiriéndose que el acuerdo en cuestión, para producir efectos, sea exteriorizado formalmente por escrito (excepcionalmente podría no darse tal supuesto). Es sustancialmente idéntico a la compraventa del derecho civil, aunque expresamente regulada en sus condiciones por disposiciones de carácter administrativo. Además, constituye un contrato de colaboración por el que el administrado contribuye a la realización de fines públicos.

En el contrato de suministro la Administración ejerce las mismas prerrogativas y derechos, que corresponden a todo tipo de contrato administrativo, incluido el modificar el contrato por razones de interés público o imponer sanciones por faltas del cocontratante. En el mismo sentido, el contratista tiene los derechos que le reconoce el régimen administrativo en general y podrá exigir a la Administración a que cumpla las obligaciones asumidas y pague el precio convenido cuando dé cumplimiento a las prestaciones a las que se haya comprometido.

Estos contratos, en cuanto fueron pactadas entregas fraccionadas en el tiempo, también se vieron afectados por las situaciones de emergencia económica surgidas durante su cumplimiento. Tal situación fue contemplada por las leyes de emergencia, que habilitaron su renegociación con el sustento de los mismos principios de sacrificio compartido, en la búsqueda de restituir el equilibrio contractual alterado por un alea administrativa o económica producto de la emergencia. Ello es así aún cuando los precios se hubieren pactado invariables, dado que su alteración no es culpa del cocontratante, quién en todo caso podrá demandar por sus derechos en el ámbito judicial.

También es posible que el cocontratante invoque la *exceptio non adimpleti contractus* cuando la Administración no cumpla con sus obligaciones de pago, o las demás esenciales que tenga a su cargo.

El suministro concluye con la entrega del bien ofertado en el término establecido, o cuando se ha realizado la ejecución de la prestación personal comprometida. Debe hacerse cargo el cocontratante de los vicios que pudieran tener las cosas transmitidas y reponerlas conforme las exigencias de su tipo, calidad y cantidad.

Su régimen se encuentra contemplado: en la Nación en la ley de contabilidad Decreto ley N° 23.354/56 y sus modificatorias, especialmente el Decreto N° 1023/2001; y en Salta en el sistema de contrataciones ley 6838 y sus decretos reglamentarios.

Obra Pública

En esta materia, al igual que en otros aspectos, la Nación, las provincias y los municipios tienen facultades concurrentes o simultáneas, lo que implica por ejemplo que el gobierno nacional puede realizar obras públicas en jurisdicción provincial, o que las provincias lo puedan hacer dentro de sus municipios²²³. También hay obras públicas que realizan varias provincias o municipios e internacionales, que realiza un Estado con recursos de entidades multinacionales o de otras naciones, las que responden a los Tratados que al respecto se celebran. Sin perjuicio de ello, la regulación en materia de obras públicas, al igual que las disposiciones del derecho administrativo, es local, por lo que las provincias o la Nación dictan su propia reglamentación en la materia.

La Ejecución de una obra pública puede concretarse con tres diferentes modalidades, según sea que el Estado la realice por sí mismo o que requiera la colaboración de los cocontratantes para ello: 1) construcción por el Estado, es decir la que este realiza por administración (en el derecho francés *la régie*); 2) por medio de un

²²³ Mö, Fernando F., «Régimen legal de las Obras Públicas», pág. 16, Depalma, 1977.

contrato de obra pública; y 3) por medio de un contrato de concesión de obra pública²²¹.

Es necesario distinguir entre dos conceptos: trabajo público y obra pública. El primero representa la serie de operaciones técnicas y jurídicas destinadas a la obtención de la obra pública; es decir se identifica con su proceso constructivo y con las operaciones jurídico-formales destinadas a su realización (Vg.: es trabajo público la consultoría destinada a una futura obra -estudios de prefactibilidad y factibilidad, estudios de suelo, ingeniería básica y de detalle, planos, pliegos, etc.-; el servicio de dirección de obra; la fabricación de elementos o materiales destinados a la obra, entre muchos otros).

El contrato de obra pública en cambio, tiene por objeto regular la ejecución del trabajo público para la obtención de una obra pública determinada. Toda obra pública es necesariamente el resultado de un trabajo público²²⁵, lo que indica que no existen obras públicas originadas en la acción de la naturaleza sino que estas son siempre el resultado de la labor humana.

Para establecer un concepto de obra pública es necesario considerar los siguientes puntos de vista: 1) desde la perspectiva de la ley o enfoque legal, hay obra pública cuando se realiza cualquier construcción, trabajo o servicio de industria con fondos del tesoro. Pero también hay obras públicas construidas con dinero de los administrados o particulares (Vg.: sistemas de peaje, tarifas, contribución de mejoras, etc.); 2) desde un punto de vista jurídico o racional debe esclarecerse que no toda obra pública tiene como finalidad la satisfacción de determinados fines o funciones del Estado; puede haber obras públicas destinadas a particulares (viviendas), o al mismo Estado (edificios públicos), aunque en todo caso se satisface indirectamente una necesidad pública; 3) el Código Civil distingue entre las obras públicas pertenecientes al dominio público -que son aquellas construidas para utilidad o comodidad común (art. 2340 inc. 7)-, de aquellas que no son construidas para utilidad o comodidad común pero que no por ello dejarían de ser obras públicas. De manera que es posible hablar de obra pública sin necesariamente relacionarla con su afectación al uso público.

De todas las definiciones existentes la de Barra²²⁶, aparece como la más descriptiva y consistente, y que define la obra pública como «el resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física o intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente a un cometido público y cuya ejecución es de competencia de un ente público».

Resumiendo lo expuesto y tomando la perspectiva de sus diferentes elementos, habrá obra pública cuando²²⁷:

a.- Desde un punto de vista subjetivo una de las partes en el contrato sea necesariamente el Estado, o alguna persona jurídica pública estatal (no es unánime el criterio que admite que sean contratantes personas jurídicas públicas no estatales). La otra parte podrá ser un particular o administrado, persona física o jurídica, pública o privada (cuando la persona jurídica cocontratante es pública se habla de contratos interinstitucionales).

b.- Atendiendo al elemento objetivo, o sea aquello que puede ser materia u objeto del contrato de obra pública, hay unanimidad en cuanto a que puede referirse a la realización de bienes inmuebles. Los muebles y objetos inmateriales pueden presentar alguna controversia (no así cuando son accesorios de inmuebles), aunque en general se admite que puedan ser objeto de un contrato de obras públicas. En cuanto a los bienes muebles no deberán ser fungibles ni consumibles; de lo contrario no habría obra pública sino suministro, que constituye otro tipo de contrato administrati-

²²⁴ Diez, Manuel María, «Derecho Administrativo, Tomo III», pág. 23, Bibliográfica Omeba, 1967.

²²⁵ Barra, Rodolfo Carlos, «Contrato de obra pública», Tomo 1, pág. 64, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984.

²²⁶ Barra, op. cit., Tomo 1, pág. 67.

²²⁷ Marienhoff, op. cit., Tomo III-B, pág. 512 y siguientes.

vo. Los objetos inmateriales (un contrato por el que un ingeniero tome a su cargo la «dirección técnica de la obra») son también objeto del contrato de obra pública.

El elemento teleológico o finalista no constituye una cuestión que incida sobre el fundamento o existencia del contrato, en tanto es la obra pública la que requiere de este elemento finalista pero no el contrato en sí, que existirá cualquiera sea dicha finalidad. Ahora bien, en el decir de Marienhoff este elemento resulta indispensable para diferenciar el contrato de obra privado del Estado con el de obra pública, ya que en definitiva el mismo tenderá a facilitar directa o indirectamente el cumplimiento de los fines públicos estatales.

En cuanto a los derechos y prerrogativas de la Administración en el contrato de obra pública, que son los mismos que le corresponden en todo tipo de contratos administrativos en general, es posible mencionar sucintamente los siguientes: 1) exigir al contratante el cumplimiento de lo convenido ajustándose al contrato; 2) exigir el cumplimiento dentro de los plazos previstos; 3) exigir la continuación de la ejecución del contrato; salvo que el cocontratante tuviere derecho a oponerse; 4) derecho de dirección y control sobre la ejecución del contrato; 5) potestad de modificar el contrato; 6) poder de rescindir el contrato; 7) poder de aplicar sanciones. Además de estos derechos y prerrogativas expuestas, están las que surgen del respectivo contrato y pliegos de condiciones.

Correlativamente los derechos del contratante, iguales a los que genéricamente se le reconocen en los demás contratos administrativos en general, son: 1) derecho a que la administración pública dé cumplimiento a las obligaciones asumidas contractualmente; 2) derecho a percibir el precio de la obra en las condiciones pactadas; 3) derecho a suspender la ejecución o prestaciones del contrato cuando existan graves razones fundadas en el incumplimiento de la contratante (*exceptio non adimpleti contractus*); 4) derecho a pedir la rescisión del contrato en los supuestos previstos; 5) derecho a ser resarcido cuando la extinción del contrato obedezca a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o culpa de la Administración; 6) derecho al mantenimiento del equilibrio contractual o a la ecuación económico-financiera del contrato (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe, etc.); 7) derecho a que la Administración reciba la obra de acuerdo a lo estipulado contractualmente.

En cuanto al pago del precio de la obra pública, este puede recibirse progresivamente a medida que avanza la obra, o de contado al final de ella. En el primer caso para que el pago se concrete, resulta necesario proceder a medir y certificar el avance de lo que se hubiere realizado, en un todo de acuerdo a lo estipulado en el contrato. Dicho certificado constituye la constancia de que el contratante efectivamente realizó tal o cual parte o porción de la obra, sobre cuya conformación se liquidará la parte del precio que corresponda. El certificado es en principio transferible por el cocontratante a un tercero. Estos, consecuentemente con lo dicho, podrán ser: 1) parciales, según el grado de avance de la obra; 2) de final de obra; 3) de variación de costos. Todos, salvo el de final de obra, se emiten con carácter provisorio, es decir están sujetos a permanente control y revisión. Hay oportunidades en que el contrato contempla un certificado de acopio de materiales, que es lo que el contratista debe concretar al comenzar la obra y para garantizar su continuidad.

Las distintas emergencias económicas produjeron distorsiones que han sido recogidas por las disposiciones vinculadas a la reforma estatal y que incidieron sobre los contratos en curso de ejecución. Estas normas habilitaron a la Administración a renegociar con los cocontratantes para adecuar el contrato a la nueva realidad, buscando compensar las pérdidas a partir del principio del «sacrificio compartido», en donde ambas ceden recíprocamente derechos para alcanzar una «justa composición en el contexto de la emergencia». Consecuencia de ello fue que al contrato se introdujeron cuestiones como la emisión de certificados de variación de costos con factores de corrección que compensen la distorsión de los sistemas de ajustes; prórrogas de plazos de ejecución; renuncia del contratista a percibir gastos improductivos.

vos y mayores costos generales directos o indirectos, o cualquier otra compensación o indemnización originada en la paralización o disminución del ritmo de obra; renuncia a reclamar otras compensaciones de créditos por variaciones de costos diferentes a las que se contemplen en el acuerdo, entre otras medidas que indudablemente importaron una modificación en los términos del contrato.

Por último, en cuanto a los regímenes legales que regulan la materia, en el ámbito nacional está vigente la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064, cuya última modificación fue introducida por el decreto N° 1023/2001; y en Salta, el Sistema de Contratación de la Provincia regulado por la ley 6838 y sus decretos reglamentarios

Concesión de obra pública

Como bien es apuntado, la palabra 'concesión' se emplea muy frecuentemente para distintos efectos, como por ejemplo concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, concesión de sepulturas, concesión de uso de bienes del dominio público, concesión de pensiones y jubilaciones, concesión de retiros, entre otras muchas formas de manifestarla.

La concesión administrativa constituye básicamente un procedimiento que permite al Estado conferir ciertos derechos a un particular en condiciones que implican frecuentemente un acuerdo contractual, y la sumisión del concesionario a una serie de condiciones impuestas por la Administración²²⁸.

Ahora bien, lo cierto es que entre los contratos administrativos se destaca nítidamente la figura de la concesión de obra pública. Muchas de las grandes obras estatales de caminos y puentes, cuyo uso es susceptible de ser tarifado, son o fueron ejecutadas por el Estado a través de este sistema de ejecución indirecta, dadas sus ventajas organizativas, financieras y presupuestarias.

Más que definirlo, es posible describirlo como el sistema de ejecución indirecta de una obra pública a través del cual el concesionario o delegado recibe del concedente o delegante el ejercicio de la competencia administrativa de contratar con un tercero constructor la realización de esa obra pública y, por sí mismo o por un tercero, efectuar las operaciones necesarias para el buen mantenimiento y explotación de la misma, quedando el pago de todas las inversiones requeridas para la construcción, mantenimiento y explotación, también delegado en el concesionario, quién recibe, asimismo, el cometido de percibir los ingresos por la explotación de la obra, para destinarlos a amortizar la inversión hecha y a satisfacer su beneficio empresarial, que puede o no ser participado con el delegante²²⁹.

Conforme lo expuesto se señalan en este contratos dos elementos o fases fundamentales: 1) la construcción de la obra por una empresa a su cuenta y riesgo; 2) la financiación de la misma a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma de dinero denominada corrientemente 'peaje'.

Se diferencia entonces del contrato de obra pública en cuanto a que en este, el contratista tiene una relación directa con el Estado que le encomienda la obra y le paga un precio por ella. En la concesión hay una intervención directa del concesionario en la explotación de la obra pública, siendo que la retribución proviene de los usuarios, lo que produce relaciones no solo entre el Estado y el contratista, sino también con los usuarios.

No cabe duda que este tipo de contrato constituye una especie de delegación, en tanto se produce una transferencia de competencias al delegado concesionario, dentro de ciertas bases y límites, para realizar un fin público. El contrato de concesión de obra pública es también, como los demás contratos administrativos, bilateral, consensual, sinalagmático, oneroso y aleatorio; esto último por cuanto las ventajas

²²⁸ Diez, op. cit., Tomo III, pág. 125.

²²⁹ Barra, op. cit., Tomo 1, pág. 305.

del concesionario dependen de un acontecimiento incierto que constituye el menor o mayor uso de la obra construida.

El plazo de duración de la concesión estará relacionado con un término que permita cubrir las cargas del capital, es decir la amortización e intereses del capital invertido, los gastos de explotación y el beneficio empresario. Estos elementos resultan determinantes para la fijación del peaje o retribución que percibirá el concesionario de los usuarios. Es posible también que el Estado establezca subsidios en cuanto algunas obras, por su gran costo, requieren de una contribución pública para mantenerse en el tiempo.

El contrato concluye al expirar su plazo, pero puede ocurrir que la Administración disponga su rescate, en cuyo caso indemnizará al concesionario.

No hay en el ámbito nacional una disposición específicamente reguladora de este contrato, siendo la que ciertas normas básicas de él surgen de la ley 17.520 (construcción de obra pública por peaje) y en la ley de obras públicas N° 13.064, cuya última modificación fue introducida por el decreto N° 1023/2001. En Salta está contemplado en la ley 6424.

Concesión de servicio público

En este tema cabe remitir a lo expuesto en Capítulo IX.

Contrato de Consultoría

El concepto en cuestión está dirigido a una modalidad de servicios que se prestan en relación a grandes proyectos de inversión pública²³⁰, generalmente en forma personal por profesionales universitarios o por sociedades civiles o comerciales integradas mayoritariamente por estos. Si bien están destinados principalmente a la actividad del Estado, incluyéndose por lo tanto entre los contratos administrativos, en nada obsta a que empresas privadas utilicen analógicamente el sistema en su propio beneficio. De hecho lo vienen haciendo regularmente.

En el ámbito público nacional se trata de un contrato específicamente regulado por la ley 22.460²³¹ -de marzo de 1981-, reformada parcialmente por decreto de necesidad y urgencia PEN N° 1023/01. En Salta está contenida en la ley 6838, que aprueba el «Sistema de contrataciones de la Provincia», y en su decreto reglamentario N° 1448/96 y sus modificatorias.

El objeto del contrato de consultoría constituye la *prestación de un asesoramiento especializado* profesional, técnico, científico o artístico, el que puede ser requerido tanto a personas físicas como jurídicas, sean estas nacionales o extranjeras. La prestación en cuestión se concreta bajo la forma de un contrato de locación de obra intelectual o de servicios, siendo además que en el caso tiene una regulación típica contenida en una ley especial.

La prestación de consultor excede de la simple consulta a un profesional en una ciencia o saber determinado, pues el objeto de la contratación, sobre todo considerando los progresos de la ciencia y la técnica y la naturaleza de los cometidos públicos, habitualmente comprende aspectos multidisciplinarios que superan los conocimientos de una sola especialidad. Ejemplo claro resultan las grandes obras públicas que involucran cuestiones científicas, técnicas, jurídicas o financieras e impactan, muchas veces, en aspectos culturales o sociales (Vg.: reasignación de tierras a agricultores, alteración del entorno de comunidades aborígenes, desplazamientos urbanos, etc.).

Si bien este tipo de contratación era utilizada incipientemente hasta mediados del siglo XX, su difusión se expandió fundamentalmente a partir de la vinculación de

²³⁰ Mata, Ismael, «El contrato administrativo de consultoría» en obra colectiva «Contratos Administrativos. Contratos especiales», Tomo II, pág. 227 (Astrea, 1982)

²³¹ Ley 22.460. Art. 2: «A los fines de la presente ley, se entiende por: 1. Servicios de consultoría: toda prestación de servicios profesionales, científicos y técnicos de nivel universitario, cumplidos bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios y realizada por firmas consultoras o consultores»

nuestro país con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF - más conocido como Banco Mundial)²³², que exige, para la concreción de los proyectos de inversión que el mismo financia, la previa formulación de estudios de factibilidad cuya ejecución, sobre todo en cuanto a su ingeniería y economía, deben realizar consultores independientes²³³ (no pertenecientes al Estado prestatario), generalmente extranjeros, con experiencia en el tipo de obras o servicios. Por su naturaleza, la actividad de consultoría está estrechamente ligada al ámbito del planeamiento.

En la actualidad, sobre todo a partir de su sistematización con los regímenes legales y reglamentarios citados, el contrato de consultoría es prestado fundamentalmente por empresas nacionales, que han acumulado una gran experiencia, exportan sus servicios a otros países y se encuentran incluso autorizadas por el referido Banco Mundial, y otras entidades internacionales de crédito, para intervenir en sus operaciones de inversión. En el régimen legal vigente la contratación de extranjeros constituye hoy una verdadera excepción (art. 10).

De conformidad al art. 1º de la ley nacional 22.460, la contratación de servicios de consultoría a empresas consultoras privadas puede ser realizada tanto por la Administración Central como por sus dependencias, reparticiones y entidades autárquicas o descentralizadas, las empresas y bancos del Estado, las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705 y las sociedades de cualquier naturaleza, con participación estatal mayoritaria. En el mismo sentido se pronuncian los arts. 1 y 70 de la ley provincial 6838.

El consultor debe ser una persona u organización independiente de quién lo contrata, lo que excluye la figura de la relación de dependencia laboral o la situación de relación jerárquica que se verifica en la administración centralizada o descentralizada. El régimen legal pretende que la actividad del consultor se caracterice por ser independiente y objetiva, aspecto que garantiza al contemplar ciertas prohibiciones como por ejemplo la que inhibe contratar a quienes hayan intervenido en la formulación de pliegos de condiciones para concursos de consultoría, o no poder contratar a quienes tengan relación de dependencia con las entidades mencionadas en el art. 1º, o a quienes estén vinculados directa o indirectamente con las empresas que financien, ejecuten, provean o sean destinatarias del objeto del servicio.

En el caso del prestador individual este debe ser profesional universitario, estar matriculado en el respectivo colegio profesional, contar con calificación para el objeto del contrato y prestar personalmente sus servicios. A su vez, las sociedades que se constituyan para organizar servicios de consultoría deben tener a dicha actividad como objeto exclusivo, en su accionar deberán atenerse a los intereses nacionales y referir a los planes públicos vigentes, siendo que la mayoría para la formación de su capital social y en la toma de decisiones deberá estar en manos de profesionales universitarios (arts. 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 14 y 16).

El contrato de consultoría debe contemplar los trabajos profesionales a realizar y el pago de los honorarios y gastos que ello demandará (art. 17); siendo que los derechos y obligaciones que del mismo surgen no podrán ser cedidos por el cocontratante sin autorización, aunque podrá subcontratar hasta el 25% del valor de las tareas principales (art. 14).

Un aspecto original de la ley es contemplar que las controversias que tengan origen en este tipo de contratos sean resueltas por un tribunal arbitral, para cuya intervención tendrán libertad de optar voluntariamente las firmas consultoras incluyendo una cláusula específica en el contrato (art. 27).

La ley 22.460 ha puesto énfasis en la «calificación del consultor», lo que importa analizar sus antecedentes, experiencia, solvencia profesional tanto del profesional a contratar como de los integrantes de la sociedad formada a tal fin, y también el

²³² Mata, Ismael, op. y pág. cit.

²³³ Gordillo, Agustín, «El precio y la responsabilidad en el contrato de consultoría», en obra colectiva «Contratos Administrativos. Contratos especiales», Tomo II, pág. 167 (Astrea, 1982)

método o propuesta técnica que formulada para el trabajo a realizar. Se trata en suma de un análisis especializado y técnico que tiene que estar en manos de personas experimentadas.

En cuanto al precio de los servicios, este deberá estar en relación a la 'calificación' o aptitud técnica del consultor y a la entidad de la tarea a realizar (art. 17). Esto es, en el criterio de la ley, el precio debe ser comparable a las ofertas que respondan a antecedentes de trabajos semejantes, en el área o zona en que se cotice la tarea, y por actividades razonablemente equivalentes, lo que obliga a un detallado análisis de cada propuesta, la que debe presentarse desagregada en valores conforme sus diferentes etapas, tareas y horas hombre estimadas para su realización.

La consultoría constituye un contrato sustentado en la buena fe, siendo su naturaleza *intuitae personae* en relación a quienes hayan de concretar el trabajo por sus condiciones técnicas y profesionales. Es en este punto en donde la transparencia de la contratación debe verse reflejada, tanto al celebrar como ejecutar el contrato²³⁴.

En cuanto a la responsabilidad del cocontratante, el art. 16 in fine establece la necesidad de incorporar cláusulas de garantía que cubran los errores u omisiones de los trabajos, siendo que el art. 9 contempla la responsabilidad solidaria de los comitentes por la calidad y exactitud de las tareas ejecutadas.

También el art. 7 prevé que los consultores tendrán «plena responsabilidad por las soluciones que aconsejen», compromiso que subsiste no solo al entregar los trabajos sino hasta fecha posterior, extendiéndose a la posibilidad de ruina o deterioro de la obra o vicio en el proyecto que haga imposible su ejecución. La responsabilidad alcanza a 'todos' los daños ocasionados que sean originados o consecuencia del trabajo y método aconsejado, desde ya suponiendo que quién realiza la obra lo hizo en la forma y condiciones en que fue asesorado.

La responsabilidad que trae aparejada la consultoría no es renunciable y la Administración puede dispensar de ella, por lo que necesariamente debe ser incluida en los pliegos e instrumentos de la contratación y establecerse sus alcances. Dicha omisión constituye falta grave del funcionario, aunque no impide, por imperativo legal, que se concrete la responsabilidad en la persona del consultor cuando ella sea verificable.

En cuanto al régimen vigente en Salta, este contempla aspectos procedimentales para su realización (arts. 70 y siguientes de la ley 6838), incorporando el precepto de que los derechos de propiedad intelectual derivados del trabajo objeto del contrato será propiedad de la entidad contratante, salvo estipulación en contrario. Prueba de la importancia que tiene para el Estado el contrato de consultoría es la ley de Salta 6828 de 1996, que faculta la celebración de «convenios de consultoría» para la formulación de un «Plan Regulador de la Ciudad de Salta», con una perspectiva temporal hasta el año 2026.

Otros contratos Administrativos

Empréstito Público: Para el cumplimiento de sus fines y realización de sus funciones, el Estado utiliza medios que son considerados normales para ello: impuestos, tasas, contribuciones, canon, venta de bienes de su dominio privado, entre otras. Pero en determinadas circunstancias debe recurrir a créditos extraordinarios, en tanto sus ingresos ordinarios resultan insuficientes. Allí aparece el empréstito público.

Constituye una forma en que el Estado obtiene recursos financieros destinados al cumplimiento de sus fines, por parte de los administrados o particulares.

El órgano habilitado para autorizar la emisión de empréstitos es el Congreso de la Nación. Con la ley que lo habilita, la Administración emite títulos nominales representativos de la deuda a contraer, en donde se incluyen con las condiciones de rescate, plazo e intereses. Estos títulos son colocados ofreciéndoselos al público por diferen-

²³⁴ Gordillo, op. cit., pág. 168)

tes vías: bolsa de valores o Bancos. El Estado abonará periódicamente, según lo estipulado, los intereses o rentas fijados en el título y a su vencimiento, los deberá rescatar cancelándolos en su valor residual. El rescate puede ser antes del tiempo de su vencimiento.

Los empréstitos pueden ser internos o externos, voluntarios o forzosos. En general se considera que el empréstito tiene carácter contractual, aunque muchos sostienen que constituye un acto unilateral del Estado. Es, podría decirse, similar al préstamo que se obtiene en el ámbito privado.

Concesión de uso de bienes del dominio público: se trata de un contrato mediante el cual se otorgan derechos especiales de uso sobre dependencias del dominio público. No constituye un mero permiso sino que se crea un derecho subjetivo en favor del particular sobre la dependencia dominical, que le fue cedida en concesión. El permiso es siempre precario. La concesión puede ser otorgada en interés particular del concesionario o para satisfacer un interés general.

Locación de Servicios: será administrativa cuando el destino de las tareas del cocontratante se relacione directa o inmediatamente con la satisfacción de fines esenciales o específicos del Estado.

Locación de inmuebles: puede adquirir carácter administrativo cuando el locador es el Estado, es decir cuando el respectivo contrato contenga cláusulas exorbitantes al derecho privado en forma expresa (locación de tierras fiscales o muebles privados del estado); en el caso que el locador sea un particular, será administrativo cuando tienda a facilitar directa e inmediatamente las funciones especiales o específicas del estado.

Compraventa de inmueble: se puede considerar administrativo cuando el contrato contenga cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado. En el caso de que el Estado sea comprador, será administrativo cuando la compra esté destinada a satisfacer bienes esenciales o específicos del Estado.

Fianza: como contrato accesorio que es, seguirá la suerte del contrato administrativo en el que se otorgue.

Mandato: puede ser administrativo por su objeto o por contener cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado (Vg.: el Estado actúa como mandatario de un Estado extranjero).

En general entonces, cabe recordar que los contratos son administrativos cuando su objeto tiende a satisfacer cometidos esenciales del Estado, o por contener cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado

Bibliografía sugerida

1. Barra, Rodolfo Carlos, «Contrato de obra pública», Tomo 1, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984.
2. Berçaitz, Miguel Ángel, «Teoría General de los Contratos Administrativos», Ediciones Depalma Buenos Aires, 1980.
3. Cassagne, Juan Carlos, «El contrato administrativo», Abeledo Perrot, 1999.
4. Diez, Manuel María, «Derecho Administrativo, Tomo III, Bibliográfica Omeba, 1967.
5. Diez, Manuel María, «Manual de Derecho Administrativo», Editorial Plus Ultra, 1977.
6. Farrando, Ismael (Director), «Contratos Administrativos, pág. 381, LexisNexis Abeledo Perrot, 2002.
7. Marienhoff, Miguel S, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo III-A, Abeledo Perrot, 1983.
8. Mö, Fernando F., «Régimen legal de las Obras Públicas», Depalma, 1977.
9. Chase Plate, Luis E. y otros, «Contratos Administrativos. Contratos especiales», Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Astrea, 1982.

CAPÍTULO IX: Servicios Públicos

Carrera de Licenciatura en Administración Programa de Derecho III. Módulo I - Tema IX

Servicios públicos: noción. Concesión de servicios públicos: concepto, sujetos y caracteres. Derechos, deberes y prohibiciones. Extinción. Marcos regulatorios y Entes reguladores.

1.- Servicios Públicos. Noción

En general, los contratos administrativos más frecuentes en el ámbito administrativo tienen determinadas características igualadas en su respectivo régimen legal, o dicho de otro modo, participan de los principios o reglas de la teoría general de los contratos administrativos aunque presenten algunos rasgos de diferenciación jurídica por su especificidad. Estas características especiales de su ejecución y cumplimiento tienen que ver con las prerrogativas de la Administración y la posición jurídica en la que se encuentra el cocontratante en orden a procurar la satisfacción del interés público.

Ahora bien, antes de ingresar al estudio del contrato de concesión de servicio público resulta relevante tener una noción de servicio público, que, tal como es apuntado por la doctrina, constituye una cuestión controvertida por lo imprecisa y fugaz. Al respecto pueden señalarse tres direcciones: 1) la que considera servicio público toda la actividad del Estado; 2) la que considera servicio público toda la actividad de la Administración pública; y 3) la que considera servicio público una parte de la actividad de la Administración pública²³⁵.

Considerar a toda la actividad del Estado servicio público desconoce la existencia de otras actividades que no lo son y se vinculan al ejercicio de funciones del poder estatal (legislativa, judicial, gubernativa). Tampoco es servicio público toda la actividad de la Administración, en tanto hay diferentes necesidades colectivas que no se satisfacen por esta vía, como por ejemplo el procedimiento administrativo y el sistema de recursos administrativos, la policía administrativa o la defensa nacional, que constituyen actividad pública que no se vincula a un servicio público.

Lo cierto es que servicio público constituye una parte de la actividad de la Administración pública, en tanto debe considerarse como un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua, por una organización pública o por una persona en quién ha sido delegada tal actividad, para satisfacer una necesidad pública.

A partir de los procesos de reforma del Estado se tiende a reducir la categoría servicio público a los servicios esenciales o primordiales, renunciando la Administración a la gestión directa y dando lugar en ella, en el marco del principio de subsidiariedad, a una mayor participación privada, en donde en algunas áreas estimula la competencia con fundamento en una mayor eficiencia. Esta idea es la que traduce el art. 42 de la Constitución Nacional en cuanto impone a las autoridades proveer «...a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales», y «al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos»²³⁶.

²³⁵ Díez, Manuel María, «Derecho Administrativo», Tomo III, pág. 183, Bibliográfica Omeba, 1967.

²³⁶ Cassagne, Juan Carlos, «El contrato administrativo», pág. 111, Abeledo Perrot, 1999.

Para completar el razonamiento anterior, se debe destacar que el servicio público se caracteriza por un régimen jurídico especial y también por la circunstancia de que debe tener, para considerarse tal, una declaración formal de que el Estado asume la titularidad de una determinada actividad, lo que se conoce como *publicatio*. En un contexto público institucional de limitación del poder público, la gestión de la actividad económica que tiende a satisfacer necesidades de la población constituye, -se entiende- algo propio de la actividad privada, y solo cuando el Estado advierte una insuficiencia o necesidad específica que tiene trascendencia social, promueve una transferencia de la titularidad privada a la pública, es decir incorpora una actividad que antes era privada al sistema de derecho público sujetándola a un régimen especial²³⁷.

Desde aquí es posible afirmar entonces que servicio público es toda actividad administrativa desarrollada por entidades estatales, o por su delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto de una concreta relación jurídica con el administrado, y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quién la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas. Se trata de actividades económicas esenciales que deben prestarse en condiciones de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad, sea directamente por el Estado, o por la actividad de particulares debidamente autorizados y controlados por la Administración (concesionarios, licenciatarios, permisionarios, etc.), o conjuntamente entre el Estado y los particulares²³⁸.

La titularidad de los servicios públicos, independientemente de la modalidad de prestación que se elija, corresponde siempre al Estado, en tanto se trata de una actividad calificada por ley, sin que la delegación de su gestión a terceros pueda modificar dicho principio.

En síntesis, la noción de servicio público se sustenta en: 1) el reconocimiento de que la gestión económica es tarea eminentemente privada, salvo supuestos de insuficiencia; 2) el régimen de servicio público es limitado a las actividades primordiales que satisfacen necesidades de naturaleza económica; c) debe haber una declaración por ley especial, para cada actividad específica, de que dicha actividad es servicio público (ley del Congreso o legislaturas); d) se impone a dicho servicio público un régimen jurídico especial que establece modalidades, prestaciones y costos (derechos, obligaciones, cargas, privilegios, precios y tarifas)²³⁹.

2.- Concesión de servicios públicos: concepto, sujetos y caracteres. Derechos, deberes y prohibiciones. Extinción

Concepto

Un contrato de gran importancia práctica en la realización de los fines del Estado es el de la concesión de servicios públicos, lo que conlleva asimismo el estudio de los entes y comisiones reguladoras constituidas a partir de la llamada 'Reforma del Estado', para la más eficaz realización de aquel. No cabe duda que se trata de un contrato que ha soportado el peso de los cambios operados en el Estado y en la economía en los últimos años, y que gracias a su versatilidad hoy compatibiliza adecuadamente con la libre actuación de los agentes económicos en el marco del principio de subsidiariedad o suplencia que rige la gestión pública²⁴⁰.

La ley de reforma del estado 23.636 habilitó a la Administración a que la explotación de servicios públicos o de interés público, en donde hubiera comprometidos activos propiedad del Estado, podrían ser transferidos para su explotación por priva-

²³⁷ Conf. Cassagne, op. cit., pág. 114.

²³⁸ Farrando, Ismael, «Contratos Administrativos», pág. 529, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002.

²³⁹ Cassagne, op. cit., pág. 122.

²⁴⁰ Conf. Cassagne, op. cit., pág. 105 y sgtes.

dos bajo las condiciones previstas en los respectivos regímenes legales, asegurando 'la eficiente prestación del servicio', a través de 'permisos, licencias o concesiones'.

Al respecto, la *licencia* se asemeja a la concesión en tanto importa la delegación, por el Estado, de la gestión de un servicio a un particular, pero en este caso el Estado no conserva la titularidad de la gestión sino que la abandona en manos de los particulares sin poder retomarla ni rescatarla. El Estado, en este caso, solo podría controlar y regular la actividad más no asumir o retomar la prestación directa, salvo caso de incumplimientos graves, vencimiento del plazo de la licencia, quiebra, disolución o expropiación por causa de utilidad pública y previa indemnización. Es el caso de los servicios de telecomunicaciones y de transporte y distribución de gas natural.

El *permiso* en cambio, constituye en una tolerancia concedida unilateralmente por la Administración en exclusivo interés del permisionario (uso de espacio público –la vereda- para colocar un quiosco; o hacer uso de energía eléctrica de la red pública en forma ocasional, entre otros ejemplos). Solo se conceden precariamente, por lo que son susceptibles de ser revocados sin que ello habilite derecho a indemnización por el beneficiario.

La concesión de servicios público es también una específica manera en que el Estado satisface necesidades generales de la comunidad, valiéndose para ello de la colaboración por participación voluntaria de los administrados. Constituye un contrato por el cual el Estado (concedente) encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública (concesionario), la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado lapso. El concesionario actúa por su propia costa y riesgo, y la labor se retribuye con el precio que abonan los usuarios, o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez²⁴¹.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de la Constitución de 1853, fue señalando en distintos fallos ciertos *límites* relativos a este contrato. Al respecto, dijo que: 1) en la concesión no existe la absoluta libertad para fijar el precio de los servicios; 2) el concesionario se encuentra sometido por el carácter de su actividad a un contralor especial de la autoridad administrativa; 3) la medida y extensión de los derechos y deberes del concesionario, con las modificaciones que se pudieren imponer en virtud del ejercicio del poder de policía por la Administración, queda determinada por el contenido del acto de concesión; 4) en caso de duda sobre la existencia de un derecho o privilegio a favor del concesionario, la interpretación debe ser restrictiva, es decir en contra de su existencia o extensión²⁴².

El *régimen jurídico* de la concesión de servicio público se sustenta en tres principios fundamentales: 1) la concesión se otorga directa e inmediatamente en 'interés público'; 2) el servicio concedido sigue siendo público a pesar de que su gestión ha sido transferida a una empresa diferente de la Administración; 3) constituye un contrato administrativo *strictu sensu*, tanto por razón de su objeto como de su naturaleza jurídica²⁴³. Consecuencia de lo anterior es que el concesionario no puede renunciar unilateralmente a la concesión, y el control que ejercita la Administración sobre la actividad es mucho más intensa que en cualquier otro contrato administrativo.

Sujetos

Ahora bien, los *sujetos* protagonistas de la gestión o prestación de un servicio público, son en el régimen actual cuatro: el Estado concedente y el concesionario, que son las partes principales en el contrato; y también deben considerarse vincula-

²⁴¹ Dromi, José Roberto, «Reforma del Estado y privatizaciones», Tomo 3, pág. 62, Astrea, 1991; igual Marienhoff. Tomo III-B, pág. 577.

²⁴² Ver citas en Cassagne, op. cit., pág. 125; igual Berçaitz, op. cit., pág. 645.

²⁴³ Marienhoff, op. cit., Tomo III-B, pág. 585; igual Dromi, op. cit., pág. 63.

do a los usuarios del servicio concesionado y al ente regulador destinado a controlarlo.

El concedente o contratante, será siempre una persona jurídica pública estatal (Nación, provincias, municipios o entidades autárquicas o descentralizadas, cuando están expresamente autorizadas). En general los servicios públicos están en manos de las provincias, pero le corresponden a la Nación los servicios que se prestan ínterjurisdiccionalmente (entre provincias o internacionales), o cuya naturaleza así lo imponga (Vg.: radiodifusión, televisión).

La cuestión sobre el órgano al que pertenece la atribución de disponer la concesión de un servicio público es debatida en doctrina, aunque se entiende, de la delimitación de funciones entre el Congreso y el Presidente que hace la Constitución, que es al primero al que le corresponde la facultad de crearlo en tanto ello es un supuesto de actividad administrativa del Estado (es jefe del Gobierno y responsable de la administración general del país – art. 99 inc. 1-CN), y que cuando se trata de disponer de privilegios, subsidios o preferencias al concesionario contratista, ello solo puede ser dispuesto por ley. No obstante el art. 42 C.N. establece ahora que es la legislación la que establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos, con lo cual le ha dado al Congreso una intervención decisiva para su existencia y concesión.

Concesionarios o cocontratantes serán personas físicas o jurídicas privadas, aunque pueden ser también públicas, estatales o no estatales.

El cocontratante no es técnicamente un órgano de la Administración Pública, ni tiene la calidad de funcionario o empleado público, dado que la relación de servicio constituye un contrato administrativo con características específicas diferentes del contrato de empleo público. El personal que presta o gestiona el servicio tampoco es funcionario o empleado público, a pesar de que los actos del concesionario, en cuanto se relacionen específicamente con la prestación del servicio público, sean administrativos.

Caracteres y principios fundamentales

Entre los *caracteres jurídicos* del contrato la doctrina señala: 1) bilateral o sinagmático, pues ambas partes se obligan recíprocamente una, a prestar el servicio y eventualmente abonar un canon originado en los beneficios obtenidos por la gestión; otra, a permitir que el concesionario reciba su precio de los usuarios, o de subsidios o de ambas cosas a la vez; 2) oneroso y conmutativo, pues existe equivalencia entre las prestaciones recíprocas de las partes; 3) *intuitu personae*, pues la concesión debe ser ejercida por el concesionario exclusivamente, por su cuenta y riesgo, sin poder transferirse ni cederse sin expresa autorización.

En cuanto al *plazo*, el tiempo dependerá del tipo de servicio público de que se trate la concesión. Se admite teóricamente que puede ser a perpetuidad, por tiempo indeterminado o sin plazo o a plazo fijo o temporario. Los dos primeros han sido desestimados en el régimen de concesiones que rige actualmente, por lo que se adopta usualmente el sistema de fijar un número de años.

Algunas de las reglas aplicables al funcionamiento de los servicios públicos no se encuentran legisladas de un modo expreso, por lo que su régimen jurídico se sustenta muchas veces en determinados principios generales del Derecho. Al respecto, la doctrina señala básicamente cuatro *principios fundamentales*: continuidad - que se desprende de la naturaleza de la propia actividad que hay que satisfacer de un modo intermitente-, regularidad, igualdad (o uniformidad) y obligatoriedad (o generalidad)²⁴⁴.

El servicio público responde a una necesidad colectiva que no puede ser satisfecha de otra forma que no sea mediante la continuidad de su prestación; ello constituye una característica esencial del mismo y quiere decir que el servicio no puede

²⁴⁴ Diez, op. cit., Tomo III, pág. 206; ídem Cassagne, op. cit., pág. 132 y sgtes. ; Marienhoff, op. cit., Tomo II, pág. 64.

interrumpirse ni paralizarse, pues de ocurrir se producirían graves daños al público. Este principio es protegido o es exigible a través de la posibilidad de la Administración de proceder a la ejecución directa del servicio, cuando este está a cargo de concesionarios particulares –se incluye aquí la potestad sancionatoria por faltas en el servicio-; por la reglamentación del derecho de huelga en los servicios públicos; por la prohibición de que los bienes afectados a la prestación de un servicio público sean objeto de ejecución forzosa o embargos.

La continuidad no siempre debe entenderse en sentido absoluto, pues depende de la índole de la necesidad a que atiende el servicio. Por ejemplo, la provisión de agua no es posible sea interrumpida, o la de energía eléctrica; pero hay servicios de carácter intermitente como el de bomberos, la educación obligatoria, extremos que no afectan el principio en cuanto a que el servicio debe prestarse, cuando sea necesario y en la forma en que fue regulado o diseñado.

En cuanto a la huelga, es sabido que constituye un derecho de jerarquía constitucional (segundo párrafo del art. 14 *bis*) fruto del llamado constitucionalismo social. Ningún derecho de la constitución es absoluto y todos ellos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14); no obstante su limitación debe ser ejercida con extrema prudencia al tratarse justamente de garantías constitucionales, teniendo en cuenta siempre el bien común que determina la línea divisoria entre su legítimo ejercicio o su manifestación abusiva.

En tal sentido y siguiendo disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo, que nuestro país admite como derecho interno conforme al art. 33 de la ley 22.250, el Decreto Nº 843/2000 del Poder Ejecutivo Nacional, ha distinguido entre servicios esenciales de los que no lo son, considerando tales en sentido estricto: a) los servicios sanitarios y hospitalarios; b) la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica; c) los servicios telefónicos; d) el control de tráfico aéreo; aunque faculta al Ministerio de Trabajo a calificar singularmente alguna actividad no incluida como servicio esencial mediante resolución fundada, cuando la extensión y duración de la interrupción de esa actividad pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, o pudiere provocar una crisis nacional aguda que afecte las condiciones de existencia, o que dicha actividad afectada constituya un servicio público de importancia trascendental.

La distinción apuntada tiene importancia pues el derecho de huelga en servicios considerados no esenciales no tiene las exigencias impuestas a estos, en donde la norma fija condiciones bajo las cuales será posible ejercitarlo. Es así que se obliga a la organización sindical a comunicar la decisión de paralizar la actividad con antelación (preaviso mínimo), y a garantizar una actividad mínima en el servicio durante la evolución o desarrollo del conflicto (ante la falta de acuerdo de partes puede decidirlo el Ministerio de Trabajo), sin perjuicio de someterse a las intervenciones conciliatorias de la autoridad de aplicación (conciliación obligatoria, arbitraje obligatorio). Los usuarios deben estar advertidos del conflicto y de las modalidades con que se realizará la prestación.

La huelga en un servicio público trasciende lo meramente laboral (o los intereses patronales) para incidir sobre el mismo tejido social, por cuanto dependiendo de su extensión, objetivos y formas de ejecución rebasa normalmente la perspectiva particular de las relaciones empresarios / trabajadores para ingresar en el ámbito de lo público, lo que se refleja en mayor medida cuando se trata de servicios esenciales que sirven a todos los habitantes²⁴⁵. Se advierte aquí la profunda desproporción entre el sacrificio de unos y otros, entre los beneficios corporativos, individuales y los de la sociedad en su conjunto, que sufre graves daños económicos y sociales.

El régimen legal vigente acentúa los mecanismos de protección de los derechos de los usuarios y de los habitantes a través de la regulación del derecho de huelga, dejando un margen estrecho para su ejercicio en este tipo de servicios. De

²⁴⁵ Conf. Cassagne, op. cit., pág. 134.

más está decir que en la realidad muchos de estos límites trascienden lo normativo y complican el ejercicio de las potestades públicas; no obstante en la práctica se arbitran todo tipo de procedimientos en busca de la superación del conflicto mezclando la autorregulación con las potestades administrativas.

Aunque para algunos constituya erróneamente una consecuencia de la continuidad, otro principio fundamental en el servicio público es la regularidad. Esto es, el servicio debe ser prestado con sumisión o de conformidad a reglas, normas positivas o condiciones preestablecidas. Ejemplo es el transporte público de pasajeros, donde las unidades transitan en forma continua de manera regular; lo harían irregularmente si no se sujetaran a horarios, no respetaran paradas, no tomaran pasajeros, etc..

La igualdad –o uniformidad- consiste en que todos los habitantes tienen derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones, regla que impera en servicios de cualquier índole y tiene fundamento en el art. 16 de la Constitución Nacional que prescribe que todos los habitantes son iguales ante la ley. Pero ello no constituye una regla matemática, pues en diferentes condiciones o situación es posible establecer distinciones en el acceso o en el alcance de la prestación (Ej.: al abonado telefónico que no desea figurar en la guía, es posible cobrarle una tarifa diferencial; el discapacitado puede pagar una tarifa menor en el transporte público o reservársele un lugar especial).

Por último, la obligatoriedad se dirige al concesionario e importa la exigencia a este de prestar el servicio en las condiciones exigidas, pues la configuración del régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegura su prestación efectiva. Constituye desde ya una falta gravísima que habilita la potestad de sancionar por la Administración, o la asunción de la prestación directa del servicio por el Estado.

Derechos, deberes y prohibiciones

En general, los derechos y prerrogativas de la Administración en materia de concesiones son los concernientes a los contratos administrativos en general. Al respecto, cabe recordar, en cuanto a los derechos, prerrogativas y deberes de la Administración los siguientes:

- a) Derecho a exigir el cumplimiento de lo convenido.
- b) Derecho a exigir que el cumplimiento se efectúe dentro de los plazos fijados (sanciones por retardo, eximentes de fuerza mayor o hecho de la administración, *exceptio non adimpleti contractus*).
- c) Derecho a exigir la continuidad del servicio.
- d) Poder de dirección y control.
- e) Potestad de modificar los términos de la concesión cuidando de no alterar el equilibrio contractual.
- f) Poder de declarar la caducidad del contrato por faltas graves en el concesionario.
- g) Poder de rescindir unilateralmente el contrato por culpa o falta del cocontratante.
- h) Poder de aplicar sanciones (pecuniarias, medidas coercitivas provisionales, ejecución directa de la prestación).

En lo que hace a los derechos del cocontratante, es posible señalar:

- a) Derecho a que la administración pública cumpla con las obligaciones contractualmente previstas (*pacta sunt servanda*, entrega de los bienes comprometidos).
- b) Derecho a percibir el precio o tarifa (en tiempo, oportunidad y lugar; si correspondiere, con intereses por mora; posibilidad de negarse a recibir pagos parciales; derecho a exigir los subsidios autorizados, etc.) que le garantice una utilidad razonable.
- c) Derecho a suspender la ejecución del contrato (*exceptio non adimpleti*

contractus).

- d) Derecho a pedir la rescisión del contrato.
- e) Derecho a ser resarcido cuando la extinción del contrato obedezca a razones de oportunidad, mérito o conveniencia.
- f) Derecho al mantenimiento del equilibrio contractual o ecuación económico-financiera del contrato.

Entre todos los señalados, es importante realizar una referencia al control que puede realizar la Administración ante el concesionario del servicio público, pues en esta materia este es particularmente intenso por el inmediato y directo interés público que se pretende satisfacer. Sin perjuicio de lo que se expresará al considerar los entes reguladores, el control se extiende al examen de libros y documentos del concesionario, a verificar el resultado de la explotación para a su vez, determinar la justeza de las tarifas permitiendo que sean justas y razonables (que no sean excesivas ni que impliquen un sacrificio para el concesionario).

En cuanto a la retribución, que constituye el derecho fundamental del concesionario, el principio en materia de concesión de servicios públicos consiste en que el mismo sea retribuido por los usuarios a través de una tasa, tarifa, precio o contribución de mejoras. Ello implica que el precio de la concesión no lo paga por lo general el Estado, sino que es el usuario el que abona la tarifa, es decir el público que demanda o utiliza el servicio.

Salvo que el sistema tarifario sea parte del contrato, la naturaleza del acto de fijación de tarifas es propia de un acto de alcance general (reglamentario), que tiene los mismos alcances en cuanto a publicidad, igualdad, irretroactividad, impugnabilidad, etc. Se trata de una actividad objetiva y general, que aún cuando se singularice para un servicio público concreto alcanza a todos quienes tienen la posibilidad de acceder al mismo.

La relatividad de los fenómenos económicos hace que las tarifas no sean inmutables; lo que las torna sustancialmente inestables, variables y sujetas a modificaciones de acuerdo a las condiciones en que los servicios son prestados²⁴⁶. Al respecto, así como el concesionario tiene derecho a su fijación y a que se le garantice una mínima rentabilidad, el usuario puede invocar el principio de proporcionalidad, que en el decir de Cassagne constituye una garantía constitucional innominada exigible que lo tutela ante la posible desproporción de sus valores, lo que conculcaría en muchos casos derechos fundamentales de las personas a acceder a servicios indispensables para su subsistencia.

En ciertas ocasiones, además de la tarifa la remuneración que percibe el concesionario puede provenir de una subvención del Estado que puede consistir en una suma fija y periódica, en una garantía sobre el beneficio mínimo que debería rendir la concesión explotada normalmente, o en exenciones tributarias o impositivas. También es posible conceder al concesionario una serie de privilegios, fundados en el interés público y en la necesidad de tornar más eficaz el servicio, como el monopolio y la exclusividad. En el primero, se suprime la concurrencia en una actividad libre para reservarla a una sola persona, pública o privada; la exclusividad es el compromiso que asume la Administración de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio. Debe destacarse que todo privilegio es siempre temporario (art. 75 inc. 18 *in fine* CN).

Una cuestión importante es si el concesionario puede hacer uso de la *exceptio non adimpleti contractus*, que como principio se aplica a los contratos públicos en general. Resulta difícil en realidad que esta situación se produzca en la concesión, dado que el precio es pagado por el usuario al que se destina el servicio y no por el Estado, que es el concedente y por ende la parte contratante. No obstante esa posibilidad se podría verificar cuando hay obligaciones a cargo de la administración (sub-

²⁴⁶ Dromi, op. cit., Tomo 3, pág. 67.

venciones o prestaciones definidas en el contrato), y esta no las cumple. En tal supuesto la invocación de este precepto debe sustentarse en un supuesto de grave incumplimiento imputable a la Administración, que impida al concesionario prestar el servicio sin serio riesgo de su misma subsistencia o la del servicio. Lo contrario implicaría afectar uno de los principios fundamentales del servicio como es la continuidad.

Extinción

Si bien la concesión se extingue por los mismos medios que los demás contratos administrativos en general -caducidad, rescate, revocación, rescisión, renuncia, quiebra o fallecimiento del concesionario-, algunos requieren de una mención especial.

La renuncia del concesionario no es un medio idóneo para extinguir la concesión, en tanto ellas se otorgan en interés público y solo un acto de la Administración debidamente fundado en ley o contrato, puede dispensar al cocontratante de su obligación. La aceptación de una renuncia se equipara a una rescisión bilateral, o sea por acuerdo de partes.

El rescate es un medio específico para extinguir la concesión del servicio público. Tal como fuera desarrollado en el punto 2 del Capítulo VIII, en este supuesto el Estado reasume por sí la gestión del servicio; por lo que es posible decir que se verifica el supuesto de rescate cuando el contrato de concesión se extingue por decisión unilateral del Estado, antes de la expiración del plazo convenido, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin mediar culpa o hecho alguno imputable al concesionario, a los fines de recuperar su prestación directa²⁴⁷.

El vencimiento del plazo puede producir que no obstante haber ocurrido, el concesionario continúe prestando el servicio. En tal supuesto no se considera la existencia de prórroga ni el nacimiento de un nuevo contrato, sino simplemente la continuidad de la concesión vencida en los mismos términos, hasta que un nuevo cocontratante se haga cargo o lo haga la Administración directamente²⁴⁸.

Al extinguirse el contrato se debe distinguir entre los distintos bienes afectados al servicio de la concesión. Si estos han sido entregados al concesionario por el Estado, pertenecen al dominio público y deben ser reintegrados al finalizar el servicio, salvo pacto expreso en contrario.

En cambio si los bienes han sido incorporados por el concesionario concedente, al no estar determinado cual sería su destino se mantendrán en su propiedad. Es posible que la transferencia de los bienes del concesionario resulte gratuita hacia el Estado, lo que ocurrirá cuando estén totalmente amortizados al vencer el plazo de la concesión y así haya sido previsto.

3.- Marcos regulatorios y Entes reguladores

En Argentina, antes de la ley de reforma del estado 23.696, eran fundamentalmente empresas y sociedades del Estado las que tenían a su cargo la organización, funcionamiento y prestación de los servicios públicos, concentrando de tal modo también los poderes regulatorios de su gestión, aunque la Administración central se reservaba un margen para el ejercicio de su poder de policía.

La llamada Reforma del Estado impulsó un cambio sustancial en los fundamentos jurídicos y económicos que apoyaban la intervención administrativa en la gestión y operación de los servicios públicos y actividades de servicio estatales, provocando una mutación en las funciones regidas por el derecho administrativo. Específicamente, la prevalencia del principio de subsidiariedad como fundamento de la intervención pública en la economía se proyectó a la específica regulación econó-

²⁴⁷ Berçaitz, op. cit., pág. 504.

²⁴⁸ Marienhoff, op. cit., Tomo III-B, pág. 627 y sgtes..

mica de los servicios públicos, lo que dio lugar a la privatización de ciertas actividades antes estatales, y a la transferencia de la gestión de otras a terceros -empresas privadas o públicas-, sobre la base de 'marcos regulatorios' vinculados a cada una de las actividades concesionadas, y cuya aplicación se puso en mano de entes o agencias reguladoras creadas como personas administrativas con competencia especial y personalidad jurídica propia, sin perder por ello la Administración el ejercicio de los poderes clásicos de tutela como tampoco las facultades inherentes a la policía, ni las derivadas de su condición de parte en el vínculo que la une con el prestatario del servicio público²⁴⁹.

Los cambios operados a partir de estas reformas, que siguen una tendencia mundial observada durante las décadas de 1980 y 1990, es posible sintetizarlos en cuanto se ha pasado de la 'gestión estatal' al 'control público' del Estado, que dejó de ser gestor para transformarse en controlador; el ciudadano, antes considerado 'administrado', se transforma en 'usuario' de un servicio público del que demanda calidad y precio, siendo que sus intereses son tenidos a la vista a través de 'cartas de servicios' o 'marcos reguladores'; se produce una nítida separación entre el prestador y el controlador, con lo cual los procedimientos ya no son impuestos sino 'negociados' en el marco de los contratos de concesión; el control mismo de las operaciones de gestión es atribuido a una autoridad o ente independiente de las partes en el contrato (Administración concedente y particular concesionario): el ente o agencia reguladora, cuyas autoridades atienden los intereses públicos de manera mediata y se sustentan en estructuras de limitadas dimensiones no incluidas en la Administración centralizada²⁵⁰.

En la realidad de su funcionamiento y operatividad, la experiencia transitada se expone en una etapa evolutiva pues no ha alcanzado su máximo desarrollo, y los grados de eficacia y eficiencia demostrados no resultan todavía óptimos a estar por las distintas críticas que concentra su accionar desde la perspectiva de los usuarios.

En concreto, la facultad de dirección y control que ejerce la Administración sobre el cocontratante (concesionario de servicio público), constituye una prerrogativa exorbitante del derecho privado que incluye los siguientes aspectos: 1) verificación en cuanto a la ejecución debida de la prestación a su cargo; 2) revisión de si lo actuado o realizado se ajusta a los requisitos técnicos establecidos en los pliegos, reglas normativas, etc.; 3) análisis sobre si se concretan las inversiones comprometidas; 4) revisión sistemática de las tarifas y sistemas de reajuste; 5) constatación de las pautas contractuales y legales y del ejercicio de los poderes delegados o privilegios otorgados.

Este tipo de control puede ser organizado por el propio Estado a través de la Administración centralizada o descentralizada, sin independencia política ni poderes propios, o por la transferencia de estas funciones a entes o agencias reguladores independientes, camino que siguió la Argentina finalmente. Estas dependencias públicas reconocen la situación de desproporción en la relación jurídica que se da entre usuario y concesionario, sujeto dominante que no solo procura el cumplimiento de las obligaciones contractuales sino también alcanzar los máximos beneficios económicos, lo que se proyecta muchas veces en abusos de posición dominante ante el sujeto débil de la relación que es el usuario, por lo que las competencias del ente regulador tienden a crear un ámbito para el equilibrio entre ambos actores del servicio.

En el contexto apuntado se dispuso constituir un ente específico para cada actividad privatizada o concesionada, dispersando competencias en función de la especialización de cada servicio público: Comisión Nacional de Valores (CNV, ley 17.811); Superintendencia de Seguros de la Nación (ley 20.091); Superintendencia

²⁴⁹ Cassagne, op. cit., pág. 127.

²⁵⁰ Cassese, Sabino, Revista Actualidad en el Derecho Público N° 8, pág. 19, Set/dic 98.

de Administradores de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241); Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (Etos, ley 23.696, anexo I y decreto n° 999/1992; Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT, decreto n° 1185/1990); Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas, ley 24.076 y decretos n° 885/92, 1738/92 y 2255/92); Ente Nacional Regulador de la Electricidad (Enre, ley 24.065 y decreto n° 1398/92); Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT, decreto n° 214/1992); Ente Nacional Regulador Nuclear (decreto n° 1540/1994 y ley 24.804); Comisión Nacional de Transporte Automotor (Conta, decreto n° 104/1993); Comisión Nacional de Transporte Ferroviario (CNTF, decretos n° 1836/93, 454/94 y 455/94), entre otros; Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE, decreto n° 766/1994), entre otros entes nacionales²⁵¹, a los que cabe sumar los constituidos en cada provincia según la actividad de servicio transferida²⁵².

Salta adoptó en principio el criterio de organizar un único órgano controlante para la totalidad de los servicios concesionados o privatizados, pero lo cierto es que ello no se concretó y en la realidad se constituyeron, hasta ahora, tres entes reguladores: ENRESP (ley 6853) que atiende a los servicios de agua y servicios sanitarios y electricidad; ENREJA (ley 7020) que controla el juego y la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT, ley 7322), que lo hace en cuanto al transporte urbano de pasajeros en un área extendida que se denominó 'área metropolitana', e incluye algunas ciudades del Valle de Lerma donde se ubica la ciudad Capital.

Tanto los entes nacionales, como los provinciales que siguieron, se instituyeron con carácter autárquico y facultades suficientes para atender las competencias delegadas. Sus caracteres principales son: 1) tienen personalidad jurídica propia; 2) tienen capacidad para administrarse a sí mismos; 3) han sido creados por ley y por decreto; 4) persiguen fines públicos estatales; 5) administran recursos asignados por el presupuesto público o por contribuciones de las mismas empresas concesionadas; 6) están sometidos al régimen de control de los organismos del sector público (tienen unidades de auditoría interna dependientes de la Sindicatura General, siendo su control externo a cargo de la Auditoría General; 7) ejercen facultades de fiscalización, sancionatorias, de asesoramiento, reglamentarias y jurisdiccionales; 8) tienen potestades regulatorias en tanto ejercitan un poder de policía delegado en materia de servicios públicos, aunque esta facultad es concurrente con la que detenta y se reserva el Poder Ejecutivo; 9) sus decisiones pueden ser objeto de revisión administrativa por vía del recurso de alzada, y de revisión judicial por las acciones correspondientes (generalmente recursos directos ante un tribunal judicial de segunda instancia).

Normalmente la conducción de estos entes es realizada por un órgano colegiado, cuyos miembros son nombrados y removidos por el Poder Ejecutivo. Aunque su designación es estrictamente política, en algunos casos se exigen condiciones técnicas y de especialización vinculadas a los servicios que se controlan. El sistema imperante no les garantiza a estos funcionarios estabilidad alguna y son reelegibles.

La mayoría de los marcos regulatorios y contratos de concesión de los servicios públicos les conceden, a los entes reguladores, un amplio conjunto de poderes que sustentan las funciones que principalmente ejercen: promover la competencia en la actividad regulada cuando no ha sido concedido el privilegio del monopolio o la exclusividad; comprobar el cumplimiento de los contratos de concesión o licencia y

²⁵¹ Farrando, op. cit., pág. 536.

²⁵² Entre las empresas privatizadas o concesionadas, sin que la enumeración sea exhaustiva, se pueden señalar: ferrocarriles Rosario-Bahía Blanca, Urquiza, Mitre y San Martín, Delta-Borges, Metropolitano y Belgrano; empresa de transporte marítimo ELMA; puertos fluviales y marítimos de la Administración General de Puertos; energía eléctrica SEGBA, Italo, HIDRONOR, Agua y Energía, Salto Grande, Yaciretá; combustibles (gas y petróleo); obras sanitarias; correos EnCoTel; defensa TANDANOR, FORJA, Carboquímica, Petroquímica Río Tercero, Polisor, Monómeros Vinílicos, Petropol e Induclor, Altos Hornos Zapla, AFNE, HIPASAM, Astilleros Domecq García, Sidinox, Petroquímica General Mosconi, Petroquímica Bahía Blanca, TAMSE, EDESA y otros establecimientos de la Dirección General de Fabricaciones Militares; Compañía Azucarera Las Palmas; en el ámbito de hacienda, la Casa de la Moneda se calificó para su privatización (Ley 23.696 y decreto 2074/90) pero no se concretó.

de los marcos regulatorios respectivos; controlar los planes de inversión; asegurar los principios de continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios regulados y controlar la calidad del servicio.

En cuanto a sus funciones materialmente jurisdiccionales están habilitados a aplicar sanciones, entre las que se cuentan las pecuniarias y la prohibición de facturar un servicio a usuarios que no lo reciben regularmente, y también resuelven controversias entre particulares con carácter definitivo, como si fueran verdaderos jueces administrativos, competencia que fuera admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁵³, en la medida en que se asegure el posterior control judicial suficiente en los términos en que lo señala el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Algunos autores creen ver en esta etapa, sobre todo desde la reforma constitucional de 1994, el nacimiento de un 'derecho subjetivo a la participación pública' habilitado a partir de una interpretación sistémica del art. 42 y que responde a una demanda de mayor ingerencia ciudadana en los asuntos estatales²⁵⁴. Si bien es ostensible un mayor activismo popular en los asuntos públicos, principalmente a través de lo que señalan los medios de comunicación social, no parece en realidad que tal intervención resulte decisiva en el ámbito de la conducción política del Estado que, salvo períodos de fuertes crisis, discurre muchas veces aún en contra de esa misma supuesta demanda participativa.

No obstante es posible advertir ciertos espacios de ingerencia del público en actividades concretas de los servicios públicos, que pueden encararse por usuarios y consumidores, o asociaciones de ellos, a través de distintos mecanismos reglados. Si bien el más conocido es el de la audiencia pública, hay otros como el documento de consulta, la audiencia de conciliación y la difusión de planes de acción específicos, todos vinculados a una situación de información al público de la actividad regulada o la del regulador.

La audiencia pública constituye un procedimiento esencial para la defensa de los derechos del usuario y la realización del debido proceso legal, en tanto constituye un mecanismo de solución de controversias entre los distintos sujetos de la actividad regulada, constituyendo uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos del art. 42 de la Constitución Nacional, y también en un mecanismo de formación de consenso ante la opinión pública, transparentando procedimientos y democratizando el complejo de atribuciones y poderes de la autoridad en el servicio público²⁵⁵.

Se procura mediante la audiencia pública poner en conocimiento de terceros interesados una cuestión vinculada a las controversias que suscitan ciertos aspectos decisorios del funcionamiento del servicio; también el contenido de los reglamentos administrativos o el alcance de una autorización o habilitación que se pretende otorgar; discutir la conveniencia o necesidad de constituir ciertos servicios de transporte o distribución o resolver conflictos donde se ventilen cuestiones contrarias a los principios de libre competencia, abuso de posición dominante o de monopolio natural. Sus principios son publicidad, transparencia y participación, y su procedimiento de sustenta en la oralidad, intermediación, informalismo, contradicción, imparcialidad y adecuado reconocimiento de la legitimación de los participantes²⁵⁶.

Otro mecanismo participativo es, por ejemplo, en el procedimiento de preparación de un acto reglamentario, la publicidad del documento borrador o de sus pautas básicas o esenciales, para consulta de los destinatarios antes de su sanción con el fin de recoger las opiniones más relevantes destinadas a mejorar su redacción. Igual proceso es posible seguir en la constitución de planes de acción de largo alcance a ejecutar por la empresa concesionaria, especialmente cuando ellos importan

²⁵³ CSJN, caso «Fernández Arias v. Poggio», Fallos, 247:646.

²⁵⁴ Cassagne, op. cit., pág. 147.

²⁵⁵ Farrando, op. cit., pág. 548.

²⁵⁶ Farrando, op. cit., pág. 549.

beneficios o restricciones para el usuario, permitiéndole opinar y cuestionar sus contenidos.

Cuando se establece la obligatoriedad de estos procedimientos, son nulos los actos reglamentarios dictados sin haberse respetado la participación de los usuarios o consumidores.

Bibliografía

1. Cassagne, Juan Carlos, «El contrato administrativo», Abeledo Perrot, 1991.
2. Farrando, Ismael (Director), «Contratos Administrativos», Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002.
3. Diez, Manuel María, «Derecho Administrativo», Bibliográfica Omeba, 1967.
4. Dromi, José Roberto, «Reforma del Estado y privatizaciones», Astrea, 1991.
5. Berçaitz, Miguel Ángel, «Teoría general de los contratos administrativos», Depalma, 1980.
6. Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Abeledo Perrot, 1970.
7. Cassese, Sabino, Revista «Actualidad en el Derecho Público» N° 8, pág. 19 Set/dic 98.
8. Chase Plate, Luis E. y otros, «Contratos Administrativos. Contratos especiales», Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Astrea, 1982.

CAPÍTULO X: Responsabilidad del Estado

Carrera de Licenciatura en Administración Programa de Derecho III. Módulo I - Tema IX

Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Clases o especies de responsabilidad. Actividad lícita o ilícita del Estado. Responsabilidad por acto judicial, por acto legislativo y por actos y hechos de la Administración. Límites o alcance de la responsabilidad.

Carrera de Contador Público Nacional Programa de Derecho Público. Módulo II - Tema VIII

Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Clases o especies de responsabilidad. Actividad lícita o ilícita del Estado. Responsabilidad por acto judicial, por acto legislativo y por actos y hechos de la Administración. Límites o alcance de la responsabilidad.

1.- Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Clases o especies de responsabilidad. Actividad lícita o ilícita del Estado

Sobre el término «responsabilidad»

El tema de la responsabilidad está siempre ligado a la actividad del hombre. Toda actividad del hombre y su propia existencia se encuentran expuestas a los riesgos creados por el medio natural, social y técnico que lo rodea. Desde ya que cuando la persona cumple funciones en un órgano estatal, el mero ejercicio de las competencias en cumplimiento de sus funciones puede llegar a lesionar a los particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ello surgirá la responsabilidad del Estado²⁵⁷.

La palabra ‘responsabilidad’ sugiere distintos significados, según cual sea el sentido con que se la utilice. Etimológicamente es originaria del latín (*res*, cosa y *pondere*, devolver) y refiere a «estar obligado»²⁵⁸. También es posible se proyecte a diferentes ámbitos y actividades; podrá haber así responsabilidad administrativa, civil, penal, por causa de delito, contractual, extracontractual, judicial, ministerial, objetiva, política, por el hecho ajeno y por el hecho propio, solidaria, subsidiaria, etc. Todas ellas tienen diferentes matices y consecuencias jurídicas específicas.

En lo que aquí interesa, responsabilidad importa una obligación moral o jurídica de hacerse cargo de algo propio o ajeno, pues responder es corresponder o asegurar el cumplimiento de una obligación. El responsable es aquel que debe cumplir con lo que se ha comprometido y también el que responde de alguna cosa o persona que tiene a su cargo, o bajo su guarda, o de la que es responsable por un deber jurídico. Responsabilidad, en definitiva, constituye un término que sirve para indicar la situación especial de quien por cualquier título, debe cargar con las consecuencias de un hecho dañoso.

El tema se vincula también con la idea que atribuye al Estado una personalidad moral o jurídica, como así con las reglas y principios que rigen los modos de actuación estatal y las consecuencias que se desprenden de ellos, tanto ante los administrados como respecto de los mismos agentes públicos²⁵⁹.

Ahora bien, en un Estado de Derecho no podría hablarse de reconocimiento alguno de derechos individuales inherentes a los ciudadanos sino se concibiera un

²⁵⁷ Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo IV, pág. 690, Abeledo Perrot, 1973.

²⁵⁸ Vázquez, Adolfo Roberto, «Responsabilidad aquiliana del Estado y sus Funcionarios», pág. 37, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1990.

²⁵⁹ Conf. Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 479, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002.

sistema de limitación del poder que impida que el Estado dañe impunemente, y sin admitir consecuentemente su responsabilidad plena por ello ante los integrantes de la comunidad. Solo habrá seguridad jurídica en un marco en donde se admita la responsabilidad del Estado por su actividad u omisión de la actividad debida²⁶⁰.

Un sistema de derecho administrativo no será entonces completo sino cuando el ciudadano tenga el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado, pues desde el momento en que se reconoce la responsabilidad por los actos estatales existe también limitación del poder y responsabilidad del funcionario que provoca el daño; de allí lo imperativo de que el sistema de responsabilidad sea expresamente acogido desde el punto de vista del derecho positivo.

Al respecto, mucho se ha escrito por los autores sobre la responsabilidad del Estado, a pesar de lo cual todavía no existe un criterio unívoco respecto a las normas aplicables. La situación se agrava por la tendencia judicial a aprovechar las soluciones provenientes del derecho privado, a pesar que en el ámbito administrativo, sobre todo por jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se fortalece el camino de sustentar dicha responsabilidad en normas y principios propios del derecho público²⁶¹.

Aunque pueda resultar controvertido en doctrina, aparece conveniente afirmar, como lo hacen distintos autores, que para determinar el régimen aplicable considerando la actividad de la Administración en el campo del derecho privado, se deberá acudir a la aplicación de normas del Derecho Civil, aunque no exclusivamente en tanto debe ser tenida siempre en cuenta la diferencia de fines que separan al Estado de los particulares y que lo ponen a este en una situación que no es equiparable a la de aquellos²⁶². Asimismo, la responsabilidad derivada por su actuación en el campo del derecho público pertenece específicamente al Derecho Administrativo, aunque no es posible descartar en el caso la contribución que proviene del Derecho de Daños²⁶³ en orden a atender el alcance del daño producido a la víctima y su reparación.

En síntesis, no significa el razonamiento anterior que las soluciones del Derecho Civil no se apliquen en ningún caso a la actuación del Estado o de sus entidades descentralizadas, sino simplemente se trata de delimitar los ámbitos en donde prevalece uno de estos sistemas que, en caso necesario, acudirá a la analogía para completar el razonamiento jurídico al que compete ingresar para resolver el alcance de la responsabilidad, con la «idea perenne de la justicia»²⁶⁴.

Breve referencia al origen de la responsabilidad estatal

Aunque no condice con el avance pasmoso de la civilización y la tecnología, todavía hay países que hacen soportar a la víctima las consecuencias del daño que produce el mismo Estado, que no repara o lo hace muy parcialmente. Lo cierto es que la responsabilidad del Estado se fue abriendo camino lentamente, no a partir de una regulación legal sistemática sino desde la jurisprudencia, de las enseñanzas de la doctrina científica y de normas positivas dispersas y parciales. Tal es igualmente la situación de la mayoría de los países.

La admisión de la responsabilidad del Estado cuando este desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público fue de tardía aparición en la historia, pues antiguamente el principio fue el de su «irresponsabilidad», lo que hoy constituiría una verdadera contradicción en el imperio del Estado de Derecho.

El concepto de soberanía fue determinante para que durante siglos prevaleciera el citado principio de la irresponsabilidad, el que recién en el siglo XIX empieza a mutar para reconocerse la responsabilidad del Estado aún cuando pudiera actuar en

²⁶⁰ Débora Abrevaya, Alejandra, «Responsabilidad del Estado», pág. 51, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2003.

²⁶¹ Altamira Gigena, Julio Isidro, «Lecciones de Derecho Administrativo», pág. 365, Advocatus, 2005; también Cassagne, op. cit., pág. 477.

²⁶² Abrevaya, op. cit., pág. 56.

²⁶³ Abrevaya, op. cit., pág. 57, cita de fallo de Sup. Corte de Mendoza, L.L., 1989-D-544.

²⁶⁴ Cassagne, op. cit., pág. 478; Altamira Gigena, op. cit., pág. 366.

ejercicio de sus prerrogativas de poder público²⁶⁵. La prevalencia de este concepto fue aprovechada durante mucho tiempo por los gobernantes, en toda forma de gobierno, desde que por esta vía eludían cualquier limitación a su poder e incluso la responsabilidad plena por las consecuencias de las actividades que impulsaban desde el Estado.

Lo concreto es que en la antigüedad no se admitía ningún tipo de responsabilidad pública, ni del Estado ni de gobernantes o funcionarios o agentes públicos. Incipientemente se introdujo la idea de la responsabilidad extracontractual del Estado cuando actuaba en el campo del derecho privado, pero no se reconocía responsabilidad alguna cuando lo hacía en el ámbito del derecho público por cuanto aquí se entendía que intervenía sólo en interés del pueblo y, por ende, no podía dañar. Aforismos como el antiguo *the king can do no wrong* - el rey no puede equivocarse, originado en Inglaterra- o posteriores como *L'Etat se moi*, -el estado soy yo, atribuido a Luis XIV de Francia-, entroncados con la idea del origen divino del poder de los monarcas, de los cuales deriva el conocido principio de «inmunidad soberana», aún vigente con matices en el campo internacional (construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos precisamente a partir de la idea de que el Estado no debía responder cuando actuaba en su carácter público), sustentaron mucho tiempo el dogma de la irresponsabilidad.

En el tiempo fue admitida primero la responsabilidad directa de los funcionarios antes que la del Estado. Ello tenía como fundamento, por una parte, el razonamiento de que si el Estado no se podía equivocar el daño solo era posible atribuírselo al funcionario y, por otra, que el agente público, considerado mandatario del Estado, debía garantizar la eficacia de su función tanto al pueblo como al ciudadano a quién eventualmente le ocasionara un daño, lo que importaba consecuentemente que toda acción antijurídica que lo involucrara se entendía como extralimitación del mandato cuyas consecuencias solo pueden recaer en quién lo cometió²⁶⁶. Lo cierto es que en los hechos, si bien el ciudadano tenía a quién demandar por el daño que le fuera infringido, no podría las mas de las veces ser satisfecho, pues en la mayoría de los casos, por la entidad del reclamo o la cuantía indemnizatoria, no alcanzaba el patrimonio del agente culpable para afrontar el pago al que se lo condenaba.

Superado en los tiempos modernos el uso de la fuerza y la venganza privada como actividad reparatoria del daño causado, atenuada esa acción primitiva por la «composición voluntaria» y la admisión de reglas a respetar ante la existencia de daños que deben ser resarcidos, concebida la responsabilidad estatal aún incipiente a partir del reconocimiento de dos patrimonios (el erario o bienes del emperador y el fisco o bienes particulares del Estado²⁶⁷), es a partir de la revolución francesa (1789) en que la idea de la responsabilidad estatal comienza a adquirir su propia fisonomía.

En Francia, hasta 1870, la Constitución impuso que los agentes del gobierno, fuera de los ministros, no podían ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado, siendo que la acción consecuente al daño solo podría tener lugar ante los tribunales ordinarios. Este criterio implicó admitir, aunque condicionada a una autorización previa, la responsabilidad pública. Luego, con la reforma de dicha legislación se reconoce como plenamente responsables tanto a los funcionarios como al Estado, distinguiéndose así entre: a) faltas de servicio o administrativas y, b) faltas personales. De las primeras será responsable la Administración; de las otras, única y personalmente quienes las cometen.

En ese orden de ideas se pensaba que el Estado tenía una doble personalidad, lo que le permitía desenvolverse en el campo del derecho público y en el privado (esto es, cuando el Estado actuaba en los asuntos del derecho civil concernientes al

²⁶⁵ Cassagne, op. cit., tomo I, pág. 479.

²⁶⁶ Vázquez, op. cit., pág. 71.

²⁶⁷ Vázquez, op. cit., pág. 69.

patrimonio público) con procesos y regulaciones jurídicas diferentes, situación que producía que su actividad diera lugar a dos tipos de actos: *iure imperii* y *iure gestionis*. Sobre las consecuencias producidas por los primeros no cabía reparación alguna, pues el Estado actuaba en el campo del derecho público y lo hacía como corolario de su «soberanía»; en cambio al originarse los daños producidos como consecuencia de la mera gestión administrativa (actos de gestión, considerados de naturaleza civil), estaba obligado a reparar. Este razonamiento dio lugar a la exigencia, para poder demandar al Estado cuando este invocaba su actuación como poder público, de una «venia» legislativa, requisito que rigió en nuestro país por imperio de la ley 3952 (de octubre del año 1900) y que fue derogado a partir de 1932.

También hoy se admite a la par de la responsabilidad estatal, basada en los principios del Estado de Derecho, la del agente o funcionario en tanto órgano persona que expresa la competencia administrativa y cuya actividad ilícita o lícita obliga al órgano institución al que titulariza. Pero esta involucra a la del Estado cuando la conducta irregular del funcionario es consecuencia directa de la competencia que ejerce el órgano del que es titular.

Debe comprenderse finalmente que aún en el presente, aunque con evidentes diferencias con el pasado, la responsabilidad estatal está imbuida no ya de un equilibrio entre iguales, sino de la supremacía de un sujeto sobre otro. Esta subordinación según las épocas, idiosincrasia y cultura de los pueblos y lugares, puede variar entre la sumisión y total indefensión del hombre ante el Estado, hasta un acabado respeto de los derechos subjetivos e intereses del individuo, que es la tendencia que se va consolidando modernamente.

Fundamento de la responsabilidad del Estado

No hay en la Constitución Nacional una norma concreta que imponga al Estado el deber de reparar por el daño ocasionado. No obstante, ella contiene principios generales que consagran la reparación de los derechos ofendidos. Al respecto es posible señalar la tutela que dicha Carta fundamental hace de ciertos derechos, como el de propiedad, cuya expropiación por utilidad pública exige indemnización previa (art. 17); la directiva sobre igualdad ante las cargas públicas (art. 16); el énfasis sobre la seguridad y las garantías individuales (art. 18); la garantía a la libertad (arts. 15 y 19); la protección que las autoridades deben proveer al medio ambiente y a los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios (arts. 41 y 42); la demandabilidad judicial del Estado (art. 116), entre otros y sin perjuicio de los derechos y garantías no enumerados «...pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno» (art. 33).

Correlativamente en la Constitución de Salta, además de la recepción de garantías y derechos similares a los apuntados, la responsabilidad del Estado está expresamente consagrada en el art. 5: «El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales...El Estado provincial es plenamente justiciable...».

La necesidad de fundamentar adecuadamente la responsabilidad estatal en el derecho público, distinguiéndola de los 'genes civiles' que marcan claramente aún este tema, dio lugar a un esfuerzo de los autores por sintetizar las múltiples e importantes teorías elaboradas al respecto. Estas han sido sistematizadas en distintos trabajos²⁶⁸, pero entre todas adoptamos la que entendemos más expresiva y sintética, como es la expuesta por Marienhoff. Este distingue los siguientes criterios²⁶⁹:

a) El que considera que la responsabilidad por los daños que el Estado ocasione en el ejercicio de sus funciones halla fundamento en los 'riesgos sociales', lo que importa excluir la culpa como sustento del deber de resarcir. La realidad es que los

²⁶⁸ Reiriz, María Graciela, «Responsabilidad del Estado», pág. 26 (Buenos Aires, 1969); Vázquez, op. cit., pág. 141 y sgtes.; Altamira Gigena, op. cit., pág. 366 y sgtes..

²⁶⁹ Marienhoff, op. cit., Tomo IV, pág. 695.

riesgos sociales constituyen la 'causa' del problema más no el fundamento del deber de resarcir, dado que la intensidad de la intervención estatal en todos los ámbitos de la actividad humana coloca al ciudadano en situación de riesgo permanente por los actos de aquel.

b) Otra perspectiva es la de exigir la 'existencia de una ley formal' expresa que admita dicha responsabilidad. Esto importa reconocer que la responsabilidad del Estado carece de fundamento jurídico propio y que por ello requiere de una legislación que la sustente.

c) Hay quienes consideran que aceptar la responsabilidad estatal se impone como consecuencia de una 'regla implícita de lógica jurídica', pues no hay razón alguna para sostener que la responsabilidad de la Administración sea distinta de la responsabilidad de las personas privadas, y que desde este punto de vista sería preciso, en todo caso, justificar la solución contraria. El autor español García de Enterría decía que la razón que justifica una responsabilidad de la administración no es distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas.

d) Para Marienhoff ninguno de los criterios precedentes es suficiente, pues entiende que el fundamento de la responsabilidad del Estado no puede encontrarse en otro lugar que no sea en el 'Estado de Derecho y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho'. Estos constituyen un complejo que tiende a dar seguridad jurídica y respeto a los derechos de los administrados, lo que lleva a su vez a ubicar el fundamento de esta cuestión en el campo del derecho público. Esta postura parte de la Constitución, su Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho que por cierto integran el bloque de legalidad que nos rige (derecho a la vida y a la integridad física del hombre; respeto a los derechos adquiridos; igualdad ante las cargas públicas; afianzamiento de la justicia; garantías a la libertad; la demandabilidad del Estado, entre otras) y, por cierto, también de los tratados internacionales de derechos humanos. No es concebible un Estado de Derecho irresponsable, pues ello constituiría un contrasentido.

No obstante lo dicho, la jurisprudencia y distintos autores mantienen la distinción en cuanto a que la reparación que debe satisfacer el Estado, responsable de un acto o hecho dañoso al patrimonio de los particulares, o del incumplimiento de un contrato, obedecerá a una relación de derecho civil o de derecho público administrativo según sea que los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil, o de su actuación en ejercicio de la función administrativa o en ocasión de la misma²⁷⁰; todo lo cual indica que la cuestión de la responsabilidad no debe ser analizada desde una única concepción, pública o privada, sino desde un entrecruzamiento y aporte mutuo que permite brindar las soluciones más equitativas y abarcadoras²⁷¹.

Lo concreto es que hay coincidencia en doctrina y jurisprudencia, en cuanto a que la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado y la correlativa obligación de indemnizar procederá, exista o no culpa que le sea imputable²⁷²; vale decir, se acepta que tal responsabilidad es procedente se trate de perjuicios o menoscabos ocasionados por el Estado en ejercicio de una actividad o comportamiento lícito, como de una actividad o comportamiento ilícito²⁷³.

Clases o especies de Responsabilidad

Aunque existen modernas tendencias a promover un sistema unitario de responsabilidad sin distinguir entre los campos contractual y extracontractual, lo cierto es que las situaciones que se ubican en uno u otro campo no son iguales, y resulta claro que la existencia de una obligación preexistente determinada no puede nunca llevar a un mismo análisis que aquel que se requiere cuando se trata de la obligación

²⁷⁰ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 485; igualmente CJS, Tomo 69:725, caso «Manjares de Acosta».

²⁷¹ Abrevaya, op. cit., pág. 66.

²⁷² CJS, Tomo 74:039.

²⁷³ CSJN, Fallos 245:146, «Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c/ Nación Argentina», del 9/11/59.

genérica de no dañar, aunque estén sometidas a un mismo régimen jurídico en ciertos aspectos²⁷⁴. Cabe entonces mantener, por su gran arraigo en el derecho civil y también en el administrativo, la difundida división entre ‘responsabilidad contractual’ y responsabilidad extracontractual²⁷⁵.

Para Cassagne²⁷⁶ esta clasificación responde también a fines didácticos, en tanto si la reparación constituye siempre un acto de justicia conmutativa o particular -que obliga a resarcir en proporción del perjuicio producido, restableciendo así la igualdad alterada por el daño-, la reparación debida deberá guardar conformidad con un principio de justicia general en cuyo mérito el deber del administrado de soportar las cargas públicas exige que todo sacrificio que se le imponga lo sea en forma igualitaria, pues resultaría injusto que deba soportar, de modo desigual, la actividad administrativa que lo perjudica.

Al respecto Marienhoff señala que la responsabilidad del Estado puede ser de dos tipos esenciales: a) contractual; b) extracontractual, según que ella, respectivamente, obedezca o no al incumplimiento de obligaciones convenidas. Estos dos tipos pueden, a su vez, regirse por el derecho público o por el derecho privado, lo que dependerá de la índole de la cuestión que la promueva²⁷⁷.

En cuanto a la responsabilidad contractual, es claro que el incumplimiento de una convención que impone obligaciones a las partes tiene consecuencias jurídicas contenidas en el marco de la regulación normativa de los contratos civiles y comerciales.

En el mismo sentido, desde antiguo se admite sin discusión que cuando el incumplimiento contractual proviene del Estado, en tanto este sea una de las partes en el contrato, habrá responsabilidad por las consecuencias de su incumplimiento, se trate de contratos típicos del derecho administrativo o de aquellos que contengan cláusulas exorbitantes expresas o implícitas. En este particular punto es posible, dada la distinta posición jurídica que detentan las partes en el contrato de derecho público sustentada en la diferente finalidad que persiguen, que la extensión del resarcimiento no sea igual a la originada en el derecho privado, pero se trata en todo caso de una cuestión que evoluciona progresivamente en la doctrina y jurisprudencia. Constituye este un punto que cabe estudiar en el marco de los contratos administrativos.

En cuanto la responsabilidad extracontractual (conocida también como responsabilidad aquiliana²⁷⁸), y dentro de ella la originada en la esfera del derecho público, constituye un punto esencial del derecho administrativo, sobre todo durante el siglo XX.

Al respecto, Gordillo²⁷⁹ recuerda que Maurice Hauriou, el célebre administrativista francés, afirmó que «No hay apenas materias de derecho público más importantes que estas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los

²⁷⁴ Abrevaya, op. cit., pág. 68.

²⁷⁵ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 486.

²⁷⁶ Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 486.

²⁷⁷ Marienhoff, op. cit., Tomo IV, pág. 690.

²⁷⁸ La Ley Aquilia –citada por Ulpiano-, originada en la República romana, promueve reemplazar las penas fijas impuestas a quién producía un daño, por una reparación pecuniaria (ver Vázquez, op. cit., pág. 46 y sgtes.).

²⁷⁹ Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 2, XIX-1, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

funcionarios».

La responsabilidad extracontractual tanto puede originarse o surgir de un comportamiento del órgano ejecutivo de gobierno, como del órgano legislativo o del judicial. La actuación de cualquiera de ellos debe siempre imputarse al Estado, pues en cada caso concreto debe verse a este actuando específicamente a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno.

El reconocimiento de la responsabilidad estatal constituyó un proceso evolutivo en donde si bien se admitía en principio en los supuestos de incumplimiento de obligaciones convencionales y por los actos llamados de gestión o servicio, no era reconocida cuando la actividad del Estado tenía origen en actos denominados de imperio o de autoridad, en donde prevalecía el principio de la irresponsabilidad.

Es por ello que el precedente del 'caso S.A. Tomás Devoto' (1933), a quién se le reconoció su derecho a ser indemnizado por los daños que había producido en su campo de Entre Ríos un incendio originado por empleados del Telégrafo Nacional, constituyó un precedente significativo que introdujo la responsabilidad por la actividad del Estado como poder público, a pesar de la crítica que valió el haber utilizado como fundamento los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, inaplicables al derecho administrativo. Posteriormente ello fue enmendado en el caso «Ferrocarril Oeste» (1938), en el que la provincia de Buenos Aires fue obligada a indemnizar los perjuicios ocasionados por la prestación defectuosa de los servicios de expedición de certificados registrales, indispensables para escriturar un inmueble, en donde el fallo correctamente se apoya en el art. 1112 del Código Civil²⁸⁰.

A título simplemente ejemplificativo y para mejor comprensión del tema, es posible enumerar algunos supuestos en los cuales se pueden verificar casos de responsabilidad extracontractual del Estado²⁸¹: 1) ley formal que provoque una lesión en el patrimonio de los administrados (ley que declara de dominio público bienes hasta entonces en el dominio privado; o determine la prohibición de importación de bienes antes autorizados); 2) sentencia judicial que por error, condene a un inocente; 3) lesiones o muerte producidas por automotores del Estado (patrullero, ambulancia); 4) daños ocasionados por negligencia en la guarda, conservación o custodia de cosas estatales (persona fallecida por la caída de un ascensor de un edificio público); 5) hechos ilícitos causados por empleados públicos (sustracción de bienes en depósitos fiscales); 6) informes erróneos del registro de la propiedad (cancelación anómala de una hipoteca en el registro de la propiedad); 7) extralimitación reglamentaria (prohibición ilegal de extraer ganado vacuno del territorio de una provincia, violando el derecho a comerciar y transitar); 8) omisión de cumplir un deber legalmente impuesto; 9) los llamados 'hechos del Príncipe' (devaluación, guerra); 9) disminución del valor de un bien por causa de una actividad lícita estatal (construcción de una obra: puentes o calles que alteran los niveles existentes o aíslan una propiedad); 10) daños producidos por una cesantía irregularmente dispuesta.

Actividad lícita o ilícita del Estado

Ahora bien, no toda la responsabilidad extracontractual tiene idéntica naturaleza, siendo necesario distinguir la actividad legítima del Estado de los supuestos en que ella derive de intervenciones irregulares, lo que indica que la responsabilidad estatal puede resultar tanto de su actividad lícita o legal como de una actividad ilícita.

Si bien la jurisprudencia adopta para dicho análisis una perspectiva civilista, analizando los supuestos donde haya o no culpa en la producción del daño que se debe reparar, en realidad ambos tipos de responsabilidad, tanto la que proviene de una actividad o comportamiento lícito y la que proviene de una actividad o comporta-

²⁸⁰Art. 1112 del Código Civil: «Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título» (ndr.: se refiere al título 9 de ese Código).

²⁸¹ Marienhoff, op. cit., Tomo IV, pág. 703.

miento ilícito, deben ser estudiadas en común, pues habrá responsabilidad estatal con total prescindencia de la licitud o ilicitud de la respectiva actividad o comportamiento públicos.

Ello es así por cuanto el concepto de ilegitimidad (o ilicitud) –que comprende la ilegalidad objetiva como la irrazonabilidad o injusticia- no lleva como presupuesto la noción de culpa o riesgo, sino la situación de la víctima en el momento de producirse el daño, lo que importa analizar el incumplimiento irregular de la función administrativa. Se sustituye el dato de la culpa por el relativo al funcionamiento defectuoso del servicio, juzgado de acuerdo a preceptos y normas administrativas²⁸².

Distinta a la situación precedente de ilicitud o ilegitimidad es la del Estado cuando ocasione daños por su actividad legítima, es decir la realizada sin culpa ni falta o defecto en el servicio brindado, ni actuación irregular que se le pueda imputar, en tanto se trata de actividad destinada a satisfacer el interés general. En algún supuesto ese daño deberá ser soportado por el ciudadano por haber recaído sobre su persona un deber jurídico que no puede eludir o que lo beneficia; pero en otros esa carga no existirá, y se verificará a su respecto un ‘sacrificio especial’ por el cual deberá ser indemnizado.

Esta problemática de la responsabilidad por actividad lícita del Estado presenta también dificultades de importante tenor que han sido analizadas por distintos autores, pues «La responsabilidad estatal –en el amplio espectro que comprende- constituye una materia sumamente delicada que impone una consideración y tratamiento muy prudentes, puesto que los extremos –por exceso o por defecto- en las soluciones que a todo nivel se adopten pueden aparejar, en definitiva, graves perjuicios tanto para los administrados como para el propio patrimonio estatal»²⁸³. Como es reiteradamente señalado, «En nuestro país se han dado soluciones, aún cuando fragmentarias y a veces discontinuas. Falta un sistema totalmente estructurado de responsabilidad, pero seguramente los progresos del pasado han de garantizar los del mañana»²⁸⁴.

Al respecto y en cuanto a la normativa aplicable, hay coincidencia en cuanto a que la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas del derecho privado, pues ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos, por lo que la solución solo puede deducirse de los principios que conforman el derecho público, tal como en definitiva fue determinado en el conocido ‘caso Vadell’, en donde se señala que «En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas»²⁸⁵. Se trate de asimilar la cuestión a una situación de expropiación, o explicarla por una concepción específica de responsabilidad estatal por actividad legítima, todas ellas operan en el campo del derecho administrativo en tanto se persiguen finalidades que involucran intereses públicos, aspectos ausentes de los preceptos del derecho común.

Ejemplo de responsabilidad por actividad lícita es por ejemplo el caso de la condena a la Provincia de Buenos Aires por los daños ocasionados a los propietarios de un establecimiento agropecuario a raíz de una obra hidráulica –la regulación y control de aguas-, que terminó anegando la propiedad; o el juicio por la indemniza-

²⁸² Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 486; Altamira Gigena, op. cit., pág. 379.

²⁸³ Comadira, Julio Rodolfo, «Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación», en «Derecho Administrativo – Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff», pág. 461, Abeledo Perrot, 1998; Coviello, Pedro, «El Caso Columbia: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos», Revista de Derecho Administrativo N° 9/10, pág. 139.

²⁸⁴ Palazzo, José Luis, «Responsabilidad Extracontractual del Estado», pág. 85, (Buenos Aires, 1995).

²⁸⁵ CSJN, Fallos, 300:2036.

ción finalmente reconocida al propietario de un hotel cuya actividad se vio afectada por el crecimiento de un lago –Epecuén- originado en una obra hidráulica²⁸⁶; o cuando el Estado altera los términos de un empréstito público invocando su prerrogativa de poder en un supuesto de emergencia económica, y tiene que hacerse cargo de los perjuicios patrimoniales que ello provoque al suscriptor²⁸⁷ con fundamento en la tutela del derecho de propiedad. Asimismo, algunos de los muchos casos relevantes en los que al respecto se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es posible citar: «Corporación Inversora Los Pinos c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios» (Fallos 293:617, de 1.975); «Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional s/ ordinario» (Fallos 301:403, de 1.979); «Eduardo Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad» (Fallos 306:1409, de 1.984); «Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires» (Fallos 312:649, de 1.989); «Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires» (Fallos 312:2266, de 1.989), todos los que fueron brindando distintas pautas directrices de los criterios que sustentan tanto la obligación de indemnizar, sus requisitos como el alcance de la reparación debida.

En el contexto apuntado debe adicionarse el hecho trascendental de la intervención internacional en los supuestos de violación de derechos humanos, aspecto que sin duda incrementa la responsabilidad estatal en un ámbito en donde no la había, aún supliendo la inexistencia de preceptos de derecho interno²⁸⁸. Ello implica la posible intervención tutelar sobre tales derechos no solo ante la violación de las propias leyes de un país, sino cuando su cumplimiento resulte contraria al orden jurídico supranacional, que en Argentina está, en esta materia, perfectamente definido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Requisitos o presupuestos para configurar la responsabilidad estatal

Ahora bien, para que proceda la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público deberán verificarse antes ciertos requisitos: 1) la existencia de un hecho que cause daño; 2) que este produzca un perjuicio concreto y verificable; 3) que haya adecuada relación de causalidad entre el hecho y el daño o perjuicio invocado y, 4) que el mismo sea imputable al Estado. Los caracteres del perjuicio son en general los mismos, cualquiera sea la especie del daño y su origen (provenga tanto de la actividad legislativa, como judicial y administrativa).

El daño constituye la condición necesaria para que surja la responsabilidad y es la exigencia común de toda pretensión indemnizatoria. No habrá obligación de reparar si no existe daño como lesión a un derecho o interés jurídicamente protegido, sea este de naturaleza material o moral. Ello es corolario del precepto contenido en el art. 1067 del Código Civil, que dice que «No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...». Como reza un viejo aforismo jurídico, «el interés es la medida de las acciones», por lo que la víctima solo tendrá acción cuando pueda invocar un daño cierto y actual que le interese reparar.

El daño debe ser actual, también debe ser cierto, pues el daño futuro solo puede ser admitido cuando resulta inevitable y predecible en su producción, excluyéndose de tal modo los daños meramente eventuales. Es decir claramente individualizado en tanto no afecta por igual a todos a quienes se proyectan los actos o hechos de la Administración.

Ahora bien, el daño producido debe proyectarse en un perjuicio o menoscabo concreto en el patrimonio de la víctima. Entonces, quien sufra el daño deberá acreditar la existencia de un perjuicio que deba ser reparado (indemnizado o resarcido), en tanto el art. 1068 Código Civil, que brinda la noción de daño, expresa que «Habr

²⁸⁶ Galdós, op. cit., pág. 54.

²⁸⁷ CJS, Tomo 73:563.

²⁸⁸ Gordillo, op. cit., Tomo 2, XIX-5.

daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades». Sin la existencia de ese deterioro o disminución patrimonial, la responsabilidad no se pone en movimiento. El perjuicio constituye así elemento esencial de la responsabilidad, pues como bien se ha dicho sin su presencia esta no existe.

En tal orden de ideas el acto o hecho que origina el daño debe ser atribuible o imputable jurídicamente a un órgano del Estado, y provenir de actos o hechos de la Administración y de sus funcionarios o agentes. Dicha imputación constituye un dato objetivo, es decir debe surgir del acto o hecho mismo y no de la voluntad de la persona que titulariza el órgano, aspecto del que debe prescindirse en el caso (tal circunstancia determina, por ejemplo, que sea posible condenar por la responsabilidad que acarrear los hechos producidos por un funcionario demente; o cuando se trate de un daño que se origina en el Estado pero que no pueda individualizarse con precisión al responsable). Es así entonces que el Estado responderá siempre que el daño provenga de una falta de servicio determinada por no cumplir de una manera regular los deberes que tengan a cargo sus dependencias y órganos, o simplemente por el funcionamiento irregular del servicio.

La cuestión de la imputabilidad resulta clara cuando el acto que produce el daño proviene de un órgano típicamente estatal, sea de la Administración centralizada o descentralizada. Pero ello no resulta así en el supuesto de la actividad concesionada, producto fundamentalmente del proceso de Reforma del Estado, que ha producido una traslación masiva de actividades y funciones que antes se realizaban en el ámbito público, hacia el sector privado. Ello sin duda impacta en la responsabilidad estatal, atenuándola en su alcance.

En efecto, ante el proceso de transferencia por concesión al ámbito privado de la operación de ciertos servicios públicos antes prestados por el Estado, algunos autores plantean que los daños originados en la gestión de los concesionarios se traducen, por lo menos, con sustento en el clásico principio de la culpa *in vigilando e in eligendo* (cuando se responde del daño cometido por otro por cuanto no se han tomado las medidas necesarias para evitar su producción; o porque el principal de quién depende el agente ha sido, a su vez, culpable²⁸⁹) en la responsabilidad indirecta del Estado por los hechos dañosos que produzca de la concesión²⁹⁰. Sin embargo la jurisprudencia ha razonado en forma diferente, pues además de que los mismos contratos de concesión expresamente establecen que el concesionario asume la obligación de afrontar cualquier planteo de responsabilidad que pudiere ocasionar el cumplimiento del contrato, se ha dicho que «...el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte —el caso refería a un accidente de tránsito producido por un animal suelto en una ruta concesionada—, pues su responsabilidad, en orden a la prevención de delitos, no puede llegar a ser involucrada en las consecuencias dañosas que aquellos producen con motivo de hechos extraños a su intervención directa»²⁹¹.

Por último el presupuesto, que determina la responsabilidad extracontractual del Estado constituye la necesidad de la existencia de una relación de causalidad entre el hecho o acto administrativo y el daño causado al particular; en otras palabras, entre el daño alegado y la conducta estatal debe haber una relación directa e inmediata de causa a efecto²⁹².

Debe entonces indagarse si el daño producido es la consecuencia necesaria de un obrar antijurídico originado en la acción u omisión de un órgano o ente estatal,

²⁸⁹ Vázquez, op. cit., pág. 209.

²⁹⁰ Gordillo, op. cit., Tomo 2, XIX-11.

²⁹¹ CSJN, caso Colavita, L.L. del 10 de mayo de 2000.

²⁹² Marianhoff, op. cit., Tomo IV, pág. 709; Cassagne, op. cit., Tomo I, pág. 504.

se trate de la actividad centralizada como descentralizada, pues si hubiere algún factor que interrumpe esa acción o se presentan elementos extraños que alteren dicha vinculación causal, podrá no haber responsabilidad pública. Desde ya la situación es clara cuando la actividad que produce daño es consecuencia de un obrar estatal directo, pero aparece más compleja cuando el perjuicio producido proviene de una omisión a un deber legal o conducta exigible legalmente al Estado, aún cuando la ley o el reglamento no consideren dicha omisión.

En el supuesto de la responsabilidad por omisión, la obligación cuyo incumplimiento se le achaca al Estado debe resultar de un deber concreto, no genérico o difuso, lo que importa la existencia de una carga por la que la Administración podría ser incluso compelida por vía judicial, dado que se trata de una acción fundamentalmente tutelar de los derechos de las personas que hacen un planteo concreto ante la actitud omisiva.

Este tipo de omisiones generalmente se vincula a los servicios públicos y al ejercicio por el Estado de su poder de policía (habilitación a la autoridad para restringir ciertos derechos de los ciudadanos con fines de garantizar la realización del bien común, y que se traduce en limitaciones y también en acciones positivas), configurándose cuando este omite tomar medidas adecuadas por ejemplo, para garantizar la seguridad en la vía pública, o en instalaciones deportivas, o en el ámbito de la salud, aunque también se vincula a actividades de promoción del interés general.

2.- Responsabilidad por acto judicial, por acto legislativo y por actos o hechos de la Administración

Responsabilidad por acto judicial: antecedentes históricos. Principio y excepciones (error judicial).

El Estado también responde con motivo de los daños ocasionados a los particulares por el ejercicio de la función judicial, lo que es conocido en doctrina también como la 'responsabilidad del Estado-Juez'. Ello refiere específicamente a los daños que puede producir a los administrados el ejercicio de la función de administrar justicia cuando en ese ejercicio se cometen 'errores judiciales'. La experiencia indica que estos, mayoritariamente, aunque desde ya no exclusivamente, ocurren en el ámbito de lo penal, siendo que traen aparejada siempre la obligación de reparación.

Al respecto²⁹³, los autores destacan que la responsabilidad del Estado-Juez, que siempre es extracontractual, se presenta cuando el Poder Judicial incurre en error por 'acto judicial', es decir por la actividad que le es propia y que es consecuencia del ejercicio de la 'función jurisdiccional'. En tal sentido debe recordarse la distinción entre 'actos judiciales' o actos emitidos en ejercicio de la función jurisdiccional, actividad típica y exclusiva del Poder Judicial, de los actos que este emite en ejercicio de la función administrativa, pues aquí el fundamento y alcance de su responsabilidad será idéntica a la que en supuestos similares provoquen los actos administrativos de los otros poderes.

En el ámbito de lo penal el concepto de 'error judicial' refiere en general al hecho de haberse condenado a un inocente mediante una sentencia que tiene el carácter de cosa juzgada, con lo cual este se ha visto privado de su libertad; aunque desde ya no se trata de los únicos supuestos, pues se han juzgado actividades o decisiones que producen daño originadas en el ámbito de lo civil, comercial, laboral o contencioso administrativo, como es el caso por ejemplo, del tribunal que no adoptó las medidas necesarias para evitar el deterioro de una garantía representada por ciertos valores depositados a su orden y que produjo responsabilidad extracontractual (CSJN, Fallos 311:1220).

²⁹³ Marienhoff, op. cit., Tomo IV, pág. 759 y siguientes.

En tal sentido, el tema de la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales ofrece un matiz distinto si se considera a ésa responsabilidad en el marco de un proceso civil o en un proceso penal. En el ámbito civil aparece más atenuada, pues allí el magistrado actúa como un tercero que dirige una contienda patrimonial entre partes adversas, siendo precisamente estas a quienes corresponde llevar el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones, que constituyen derechos libremente disponibles (principio dispositivo del proceso acción civil). En cambio en el fuero penal, el control del proceso está a cargo del Estado y no del imputado; de allí que la responsabilidad estatal tenga mayor trascendencia.

Respecto a los supuestos en que se reconoce responsabilidad del Estado-Juez en el proceso penal cabe distinguir dos posiciones: amplia, de quienes la extienden considerablemente a supuestos en que el Estado se encontraría en la obligación de responder e indemnizar a los administrados a raíz de los daños y perjuicios que éstos reciban con motivo del ejercicio de la función judicial, y restringida, de Marienhoff, quien disintiendo con tal tesis entiende que debe evitarse su exagerada aplicación, pues ello colisiona con principios de derecho. Este autor²⁹⁴ entiende que en el ámbito penal, la responsabilidad del Estado por actos judiciales y su correlativo deber de indemnizar al agraviado, nace en el supuesto específico y clásico del error judicial por condena a quien resulte inocente, es decir cuando alguien fue efectivamente condenado, sufrió prisión y más adelante, al «revisarse» la sentencia condenatoria a partir de nuevos elementos o pruebas, se advierte la tragedia de haber impuesto una pena efectiva a un inocente, quien recién entonces es liberado o a quien recién entonces se le reconoce la corrección de su conducta rehabilitándolo moralmente.

Sin embargo, desde esta perspectiva no cabría admitir responsabilidad estatal alguna cuando el ciudadano haya estado preventivamente privado de su libertad durante la substanciación del proceso y sea finalmente puesto en libertad, ya sea por sobreseimiento o absolucón. Ello, por cuanto el lapso en el que una persona se encuentra detenida por encontrarse involucrada en un proceso penal no constituye más que el tributo debido por todos los integrantes de la comunidad a la institución judicial, que está habilitada para decidir, preliminarmente, la restricción de la libertad de un individuo cuando existe prueba suficiente que permita presumir, antes de su condena, su eventual responsabilidad penal, o cuando se advierta que este pueda eludir la acción de la justicia (Ej.: art. 19 Constitución de Salta). Este criterio, sostenido por no poca jurisprudencia y doctrina, ha sido observado con reparos por cierta doctrina y jurisprudencia que admite que la sola privación preventiva de la libertad, de quién posteriormente en una causa penal ha sido declarado inocente, ha recibido perjuicios de difícil o imposible reparación que deben ser resarcidos²⁹⁵.

Hallándose el fundamento de la responsabilidad del Estado-Juez en la misma Constitución y los principios que la fundan, es de recordar que ésta tiene operatividad por sí misma y no requiere de ley alguna para que sus preceptos o principios sean aplicados. Esta afirmación confirma que para responsabilizar al Estado por sus actos judiciales, en modo alguno se requiere de una ley que lo admita, sino solo que un acto jurisdiccional deje sin efecto el acto de condena a un inocente.

Hay en distintas constituciones provinciales (Vg.: La Pampa, Chaco, Formosa, Neuquén, entre otras) un expreso reconocimiento a la responsabilidad del Estado Juez. También algunos códigos de procedimientos en lo penal fijan la obligación de indemnizar en caso de error judicial, exigiendo para ello: 1) que se introduzca un planteo o supuesto de revisión judicial; 2) que el reconocimiento de la indemnización se supedite a la petición de las partes afectadas, sin que proceda de oficio; 3) que se trate de una condena privativa de la libertad por más de tres meses como mínimo (no procede en caso de inhabilitación, multa o privación menor a tres meses) y, 4) que la víctima no haya contribuido al error judicial con su dolo o su culpa.

²⁹⁴ Marienhoff, op. cit., Tomo IV.

²⁹⁵ Altamira Gigena, op. cit., pág. 382.

En la Constitución de la Provincia de Salta (según texto 1998), el artículo 5 contempla la responsabilidad del Estado Juez al disponer que; «El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales».

Ahora bien, para que además de la responsabilidad del Estado pueda atribuirse también responsabilidad personal al magistrado por el error judicial, este debió haber actuado con culpa, la que debe ser valuada según las circunstancias ocurridas en el proceso²⁹⁶, pues no podrá imputarse al juez un resultado dañoso cuando las dificultades para conocer la verdad surjan del propio proceso o de los medios con que el Estado lo ha dotado para conocerla. Deberá entonces acreditarse una negligencia inexcusable o una notoria irregularidad en el ejercicio de la función.

Responsabilidad por acto legislativo: principio. Sistemas. Excepciones.

El ejercicio de los poderes de «legislación» que detenta el Estado puede producir daños en los derechos de los ciudadanos. Se menciona aquí la «responsabilidad del Estado–Legislador», o bien la responsabilidad del Estado por sus ‘actos legislativos’.

Existe una posición consolidada en doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que cabe admitirse plenamente la existencia de este tipo de responsabilidad estatal por la actividad de legislar, máxime cuando está definitivamente abandonada la tesis de la irresponsabilidad extracontractual del Estado cuando su actuación es consecuencia del ejercicio de su soberanía. Al respecto cabe recordar que la actividad legislativa es expresión típica del poder soberano.

El razonamiento que negaba responsabilidad al Estado por sus actos legislativos se sustentaba precisamente en que la actividad de legislar respondía al ejercicio de poderes soberanos, y por ello los agravios a los particulares no eran susceptibles de reparación pues la ley que causa el perjuicio, al ser la expresión de la voluntad general, también constituye la expresión de aquellos a quienes se afectaba y que por lo tanto el sacrificio individual debía tolerarse en interés de la generalidad. Gordillo señala que se fundaba tal posición en el obvio principio de que el Estado no debe indemnización alguna por la privación de propiedad que realiza por el cobro de impuestos, siempre que fueren legítimos, dado que ello traduce el ejercicio de un poder legal por el que nada cabe reparar²⁹⁷, pero desde ya tal razonamiento no es posible de ser sostenido con semejante extensión ante un daño objetivo producido al particular derivado de una ley formal.

Ahora bien, el daño que el Estado ocasione en ejercicio de su función legislativa puede resultar tanto de una ley «válida» como de una ley «inválida»; es decir cuando el daño lo produzca la aplicación de una ley luego invalidada por haber sido declarada inconstitucional, o de una ley que sea consecuencia del ejercicio normal de las potestades legislativas.

El caso de una ley que genere un perjuicio general, es decir que abarque un gran número de personas y resulte en oposición o en violación a una declaración, derecho o garantía constitucional, y dicha ley es declarada inconstitucional, importa admitir la responsabilidad del Estado por el daño que su aplicación ocasione en el patrimonio de los administrados. Desde ya es muy difícil que el perjuicio patrimonial ocasionado por una ley sea efectivamente general, pues nunca estos efectos incidirán sobre todos los habitantes de un país de la misma forma o proporción; a lo sumo gravitarán sobre un número determinado de ellos. Desde ya dicha ley que provoque tal perjuicio o daño sería entonces írrita por inconstitucional; y si fuere aplicada antes de que se produzca su declaración de inconstitucionalidad el Estado deberá ser responsabilizado en la medida de los daños que produzca, condenándose a satis-

²⁹⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, «El deber de los jueces de reparar el daño causado», pág. 120 (Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2000).

²⁹⁷ Gordillo, op. cit., Tomo 2, XIX-41.

facen la indemnización correspondiente a la persona que invoca y acredita el perjuicio.

Esto último indica que para que el daño ocasionado por una ley sea resarcible debe ser individualizado respecto a una persona o grupo de ellas, es decir que el daño debe ser especial, particular o singular y no universal o general, lo cual ha sido afirmado por nuestra Corte Suprema que afirmó que el demandante: «...no reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de responsabilidad...»²⁹⁸. En otro caso se sostuvo «...que si bien la ley misma no generaba responsabilidad del Estado por el hecho de causar un daño, existía de todos modos responsabilidad del Estado si a consecuencia de ella se producía un enriquecimiento sin causa de la administración»²⁹⁹. Otro ejemplo es el supuesto de una modificación a un régimen existente, en donde se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado por un obrar, si bien lícito, que afectó derechos adquiridos al amparo de una norma vigente que menoscabó en definitiva el patrimonio del administrado³⁰⁰.

Entonces y por lo dicho, el control realizado sobre una ley que produzca perjuicios en los administrados podrá producir dos tipos de consecuencias: a) por un lado, la simple declaración de inconstitucionalidad de una norma, aspecto que no habilita el derecho a reclamar indemnización alguna si ella aún no hubiera causado un perjuicio material por no haber sido puesta efectivamente en práctica; b) la condena al pago de perjuicios producidos si se ha acreditado un concreto daño patrimonial como consecuencia de su aplicación. Para que proceda el resarcimiento habrán de verificarse las condiciones que constituyen el presupuesto de toda responsabilidad: lesión o daño cierto, perjuicio acreditado, imputación al Estado y relación de causalidad.

Contrariamente, la prohibición de la fabricación o restricción de la venta de productos objetivamente nocivos para la salud, así dispuesto por un órgano competente, aún cuando no hubiera una disposición específica anterior que aludiera a ello, no habilita el derecho de reclamar por resarcimiento alguno al particular que se hubiera aprovechado de dicha posibilidad económica que la falta de una norma expresa le permitiera. Tampoco cabe indemnización cuando se decomisa o destruyen cosas muebles peligrosas para la salud o seguridad de los habitantes si, dada la condición en que se encuentran, no constituyen una propiedad que se halle en «estado legal» y por lo tanto no poseen protección del orden jurídico (Ej.: sacrificio de perros hidrófobos; productos alimenticios vencidos, etc.).

Así como se admite uniformemente la responsabilidad del Estado legislador, no es posible en cambio responsabilizar personalmente a los miembros del Poder Legislativo (diputados y senadores) por las normas que sancionan y provocan perjuicio especial a los particulares, en tanto sus opiniones, vertidas con motivo de su función en las reuniones o sesiones que dan lugar a la sanción de esas leyes, trasuntan el ejercicio efectivo de poderes inherentes a la «soberanía» y se encuentran amparadas por expresas cláusulas constitucionales (art. 68 CN y 120 C. Salta).

El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legislativa es el mismo que el de la responsabilidad extracontractual por hechos o actos de la Administración Pública, es decir los principios del derecho público integrantes del complejo de principios inherentes al Estado de Derecho, aunque Duguit, un brillante jurista francés, en una tesis ya superada, partiendo de que respecto a los administrados el Estado actúa como asegurador de todo riesgo resultante de su actividad general, sostuvo que dicho seguro cubre también el riesgo que resultaba de la aplicación de una ley³⁰¹.

²⁹⁸ CSJN, 'caso Gatry', Fallos180:107.

²⁹⁹ CSJN, 'caso Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano', Fallos 245:246, citada por Gordillo, tomo 2, pág. XIX-43.

³⁰⁰ CSJN, 'caso Motor Once SA', Fallos, 310:943.

³⁰¹ Marienhoff, op. cit., Tomo IV, pág. 735.

Responsabilidad del Estado por hechos o actos de la Administración Pública

Tal como lo señala Marienhoff³⁰², de todos los tipos de responsabilidad en que puede incurrir el Estado este es, desde el punto de vista cuantitativo, la fuente más importante, pues la actividad administrativa que llevan a cabo los órganos de la Administración, a diferencia de la legislativa y judicial, es actividad inmediata, concreta, práctica, permanente y continua. Los órganos de gobierno y la índole de las funciones y actividades que ejercen, producen un permanente contacto con los administrados y de ello pueden producirse daños resarcibles.

Tal como fue apuntado más arriba, en la actualidad de la jurisprudencia y la doctrina la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público prescinde de que los daños deriven de un comportamiento lícito o ilegítimo, pues tanto admite esa posible responsabilidad en el supuesto de daños derivados de una conducta ilícita como del ejercicio legal de sus prerrogativas o potestades públicas (Fallos 190:457; 247:607; 274:432, entre muchos otros).

Gordillo³⁰³ señala la importancia de que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores, y genera responsabilidad social, sufra también las consecuencias de su hecho dañoso, en tanto constituye ello un aspecto decisivo para fijar límites a la negligencia y arbitrariedad de autoridades o de quienes por delegación ejercen funciones administrativas. Aunque como ya fue aludido, la actividad de los funcionarios genera una responsabilidad objetiva del Estado, en tanto estos integran sus órganos y ejercitan sus competencias, salvo el supuesto de una actividad ajena a su competencia o función³⁰⁴.

No obstante, el art. 36 la Constitución Nacional (reformada en 1994), dejó sentado que «Atentará asimismo contra el sistema democrático quién incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función» (cabe señalar que esta ley ya fue dictada y es la n° 25188).

Al respecto el mismo Gordillo recuerda la vigencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que incorpora algunos elementos de jurisdicción extranjera que pueden servir en la lucha constante contra la misma; pues ahora se reconoce que la corrupción tiene, como primera cara visible, la dilapidación de fondos públicos, la generación de responsabilidades estatales que serán sociales y el enriquecimiento injustificado, entre otras lacras. La Constitución de Salta también en su art. 4 refiere al tema, cuando afirma que: «El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen....El Estado Provincial es plenamente justiciable...».

Lo cierto también es que la responsabilidad de los agentes públicos ha sido establecida a partir del art. 1112 del Código Civil³⁰⁵, pero en realidad no es posible encontrar, salvo excepciones, casos de fallos en donde tal responsabilidad se haga efectiva de manera concomitante con la de la Administración. Desde ya esta podrá, posteriormente, si se comprobare que el desempeño del agente fue imprudente, negligente o gravemente inconveniente, repetir lo que hubiere abonado por daños y perjuicios a los terceros³⁰⁶.

Las normas en cuestión comprenden a todo tipo de agente estatal, sin distinción en cuanto a su jerarquía o de si son temporarios, contratados o permanentes. Es decir que la norma es abarcativa de situaciones en donde el agente, permanente o accidental, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal y actúa, consecuentemente, en su nombre en ejercicio de sus competencias.

³⁰² Marienhoff, op. cit., Tomo IV, pág. 725.

³⁰³ Gordillo, op. cit., Tomo 2, XVIII-1.

³⁰⁴ CJS, Tomo 78:1018.

³⁰⁵ Art. 1112 C. Civil: «Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título».

³⁰⁶ CJS, Tomo 78:1009.

La cuestión de lograr que junto al Estado también pueda atribuirse responsabilidad directa al funcionario que actuó en la producción del daño no es cuestión en donde haya acuerdo en doctrina ni en la jurisprudencia. Autores como Linares afirman que, «Si el Estado es siempre solvente, siempre también el particular está protegido contra los daños que sufra por incumplimiento ilegítimo de sus funciones, con falta personal, por parte del empleado público. La posibilidad de responsabilizar directamente a éste, solidaria o mancomunadamente con el Estado, por actos ilegítimos que no sean actos inexistentes, es decir, vías de hecho o por delitos criminales, tiene más la característica de una venganza o revancha que la de una distribución de justicia... Nuestra idiosincrasia política no lo tolera sin grave riesgo para el buen funcionamiento de la Administración pública y de la organización de justicia»³⁰⁷.

3.- Límites o alcance de la responsabilidad

Atendiendo a los distintos tipos de responsabilidad que debe afrontar como persona jurídica pública, el Estado tomará a su cargo solo la correspondiente a la responsabilidad civil patrimonial, que es la única en la que puede incurrir, pues las restantes (política, penal y disciplinaria) solo son propias de los funcionarios. La cuestión que se aborda entonces se vincula a los alcances de la reparación que el Estado debe reconocer por los daños que produzca o, como lo expresan Farrando y Martínez³⁰⁸, a la obligación jurídica de restitución o indemnización que asume como consecuencia de haber provocado, con su actividad, un daño injusto en el patrimonio o las afecciones legítimas de otro sujeto.

Se admite al respecto que los daños que comprende la reparación por responsabilidad extracontractual del Estado se integran tanto con el daño material o patrimonial, como el daño moral, pues muchas veces este último es el único verificable.

Ahora bien, no resulta similar el alcance de la indemnización en los supuestos de actividad lícita como ilícita del Estado, pues en esta última es aplicable el principio de raíz constitucional de 'reparación integral' de los daños provocados a la víctima o damnificado, lo cual no tiene el mismo alcance en la reparación admitida por los daños producidos por una actividad lícita.

El concepto de reparación integral implica colocar al damnificado en una situación igual o similar a la que tenía antes del hecho dañoso, tal como lo expone el art. 1083 Código Civil: «El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero». Es decir, se procura revertir una situación disvaliosa para la víctima, en cuanto ello sea posible, dado el injusto daño provocado en sus derechos o bienes; caso contrario la reparación se traducirá en el pago de una suma de dinero que deberá valorarse como equivalente al daño sufrido.

Hay autores que sin embargo se preguntan si en verdad existe el principio de la «reparación integral», pues dicha expresión «... no quiere decir nada. Solo tiene sentido hablar de 'reparación plena': se entiende por tal la que condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo que cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño. Eso, y nada más». Consecuencia de ello es que en el ámbito del derecho público, como en la órbita del derecho privado, la conducta legítima que origina daños no da lugar a una reparación integral, sino acotada³⁰⁹.

Si bien la medición del daño constituye una circunstancia esencial en el proce-

³⁰⁷ Linares, Juan Francisco, «En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público», La Ley 153-1974, pág. 601.

³⁰⁸ Farrando, Ismael y Martínez, Patricia R., «Manual de Derecho Administrativo», pág. 550, Depalma, 1996.

³⁰⁹ «Derecho de Obligaciones», de Alterini, Ameal y López Cabana, pág. 257.

so resarcitorio, es sin duda compleja, pues no resulta similar el proceso para valorizar un automóvil dañado en una colisión en el que intervino, por ejemplo, un patrullero policial en operaciones, que considerar el impacto que podría tener un daño ambiental como el que resultaría de una deforestación irregular, o una contaminación en aguas de consumo.

El daño comprenderá tanto el aspecto 'material' o patrimonial, como los producidos en la persona del damnificado y el 'daño moral' (agravios a la reputación de la persona; perjuicio estético; padecimientos derivados de las heridas infringidas, etc.), incluyéndose también el llamado 'lucro cesante', es decir la pérdida de ganancias a las que el titular tenía derecho, lo que no constituye una mera probabilidad sino una expectativa cierta que deberá ser acreditada en particular. Hay en este último una frustración o pérdida de chance, lo que importa una perspectiva con la que la víctima contaba para lograr ciertos y determinados objetivos, aunque más no sea el de la renta misma. En este punto, el sistema de reparación en el ámbito público como en el privado no tienen mayores diferencias.

No resulta similar la situación cuando se trata de daño producido por la actividad lícita del Estado, en donde las pretensiones resarcitorias tienen otra configuración en cuanto no se admite, en principio, en estos supuestos, la reparación por 'lucro cesante'. El criterio en cuestión no es unánime, ni siquiera en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en donde en un caso conocido como 'Motor Once' afirmó que «...tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita, no procede el resarcimiento del lucro cesante» (L.L., 1989-D-25); y en otros como 'Juncalán' expresó que «...tratándose de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que causan perjuicios a particulares, no cabe omitir la reparación del lucro cesante...» (Fallos, 312:2267). En general la Corte Suprema Nacional ha precisado que la indemnización solo se extiende al valor objetivo del derecho sacrificado y demás daños que sean consecuencia directa e inmediata del acto o hecho generante de la responsabilidad por la actividad lícita, con exclusión de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas; por lo que la indemnización solo comprende el daño patrimonial emergente, sin alcanzar al lucro cesante ni los valores afectivos. Ello, consecuencia de la aplicación analógica de la normativa sobre expropiación y siempre que el caso no tuviera una solución legal específica.

Los precedentes judiciales diferencian según el origen de la pretensión, siendo que, por lo menos en lo referido a obras públicas, la tendencia dominante aplica el principio de la 'reparación integral', es decir atiende a la inclusión de todos los perjuicios incluido el lucro cesante³¹⁰, no así en otros supuestos por ejemplo, de actividad omisiva o producida por actos lícitos en general. Lo cierto es que debiera prevalecer en definitiva la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, cuya vulneración debiera determinar la integralidad del resarcimiento tanto en la licitud como en la ilicitud del obrar administrativo.

También son resarcibles los daños originados en la actitud omisiva del Estado (actitud de omisión o abstención de actuar ante un deber jurídico de hacer), aspecto que si bien no tiene receptividad en normas positivas es incluido normalmente por la jurisprudencia recurriendo a normas analógicas y a principios generales del derecho contenidos en el Código Civil, como el art. 1074³¹¹. La obligación legal de cumplir el hecho omitido puede estar expresa o implícitamente establecida, dependiendo del caso concreto, constituyendo en todo caso, tal omisión, una actividad ilícita, siendo que la responsabilidad consecuencia de ese hecho resultará siempre objetiva, es decir independientemente de la voluntad, culpa o dolo del funcionario.

Finalmente, cabe destacar nuevamente que bajo el fundamento actual de la

³¹⁰ Galdós, op. cit., pág. 64; Altamira Giena, op. cit., pag. 385.

³¹¹ Art. 1074: «Toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido».

responsabilidad estatal sustentado en el Estado de Derecho, todo comportamiento o conducta estatal es obra de un funcionario o empleado público, sin que por ello el Estado pueda excusar su deber de resarcir. Esta responsabilidad entonces será directa y no indirecta, pues se considera proveniente de un hecho propiamente suyo (del Estado) no obstante que el perjuicio haya sido producido por la actuación regular o irregular de un agente público obrando en el marco de sus funciones.

En cuanto a la responsabilidad indirecta, solo es posible referir a ella cuando a un sujeto de derecho le sean imputables las consecuencias de hechos o actos que realizó otro sujeto de derecho. Esta referencia aparece ociosa hoy en el ámbito nacional, pues a partir de la ley 24.624 de 1996 el Estado no responde por sus entidades descentralizadas, en tanto y en cuanto estas tienen patrimonio propio y conforman una persona diferente de este al reconocérseles personalidad jurídica. También la jurisprudencia local ha marcado esta distinción.

Bibliografía sugerida

- 1) «Derecho de Obligaciones», de Alterini, Ameal y López Cabana.
- 2) Abrevaya, Alejandra Débora, «Responsabilidad del Estado», LexisNexis, Abeledo Perrot, 2003).
- 3) Altamira Gigena, Julio I., «Responsabilidad extracontractual del Estado», en XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ediciones R.A.P., 2004.
- 4) Altamira Gigena, Julio Isidro, «Lecciones de Derecho Administrativo», Advocatus, 2005.
- 5) Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo I, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2002.
- 6) Chibán, Nora, «Responsabilidad del Estado en la provincia de Salta», obra colectiva, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII-326, pág. 503, Ediciones Rap S.A, 2005.
- 7) Colautti, Carlos E., «Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales», Rubinzal Culzoni, 1995.
- 8) Comadira, Julio Rodolfo, «Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación», en «Derecho Administrativo – Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff», Abeledo Perrot, 1998.
- 9) Coviello, Pedro, «El Caso Columbia: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos», Revista de Derecho Administrativo N° 9/10.
- 10) Constitución de la Nación y Constitución de la Provincia de Salta.
- 11) Diez, Manuel María, «Manual de Derecho Administrativo», Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.
- 12) Dromi, Roberto, «Derecho Administrativo», Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- 13) Elías, José Sebastián, «Responsabilidad del Estado», La Ley Gran Cuyo, 2002.
- 14) Farrando, Ismael y Martínez, Patricia R., «Manual de Derecho Administrativo», Depalma, 1996.
- 15) Galdós, Jorge Mario, «Responsabilidad extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación», Revista de Derecho de Daños N° 9, Rubinzal Culzoni, 2000.
- 16) Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- 17) Kemelmajer de Carlucci, Aída, «El deber de los jueces de reparar el daño causado», pág. 120, Revista de Derecho de Daños N° 9, Rubinzal Culzoni, 2000.
- 18) Linares, Juan Francisco, «En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público», La Ley 153-1974, pág. 601.

- 19) Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Abeledo Perrot, 1997.
- 20) Palazzo, José Luis, «Responsabilidad Extracontractual del Estado», pág. 85, Buenos Aires, 1995.
- 21) Reiriz, María Graciela, «Responsabilidad del Estado», Buenos Aires, 1969.
- 22) Vázquez, Adolfo Roberto, «Responsabilidad aquiliana del Estado y sus Funcionarios», Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1990.
- 23) Vázquez, Adolfo Roberto, «Responsabilidad aquiliana del Estado y sus Funcionarios», Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1990.

CAPÍTULO XI: Procedimiento Administrativo

Carrera de Licenciatura en Administración Programa de Derecho III. Módulo I – Tema X

Procedimiento administrativo: noción y finalidad. Principios jurídicos (legalidad objetiva, verdad material, oficialidad, informalismo, debido proceso, eficacia, gratuidad). Las partes. Los plazos: obligatoriedad e irretroactividad. Caducidad del procedimiento La reclamación administrativa previa. Recursos, reclamaciones y denuncias. Recursos administrativos en particular: concepto y plazo para interponer cada uno de ellos (reconsideración, jerárquico,alzada, revisión). Denuncia de ilegitimidad. Recursos ante los entes reguladores de servicios públicos. Derechos de incidencia colectiva: noción (art. 42 CN). Alcance. Acción: ¿Quiénes pueden interponerla? Efectos de la sentencia

Carrera de Contador Público Nacional Programa de Derecho Público. Módulo II – Tema IX

Procedimiento administrativo: noción y finalidad. Principios jurídicos (legalidad objetiva, verdad material, oficialidad, informalismo, debido proceso, eficacia, gratuidad). Las partes. Los plazos: obligatoriedad e irretroactividad. Caducidad del procedimiento La reclamación administrativa previa. Recursos, reclamaciones y denuncias. Recursos administrativos en particular: concepto y plazo para interponer cada uno de ellos (reconsideración, jerárquico,alzada, revisión). Denuncia de ilegitimidad. Recursos ante los entes reguladores de servicios públicos.

1.- Procedimiento administrativo: noción y finalidad

La función administrativa, caracterizada por su exorbitancia del derecho privado, impregna prácticamente toda la actividad del Estado, incluida la que realizan el Poder Legislativo y el Judicial que no sean específicamente legislativa o jurisdiccional, configurando su contenido de prerrogativas y garantías y su carácter de derecho común de la Administración Pública, en tanto comprende contenidos que le son propios y que no confrontan con el sistema del derecho privado.

Lo expuesto importa que el Derecho Público constituye una categoría histórica de naturaleza peculiar, cuya finalidad no es otra que la persecución del bien común y cuyo beneficiario es el sujeto particular integrante de la comunidad que recibe los servicios de esa Administración³¹². Incluido en ese régimen o sistema administrativo se encuentra el ‘procedimiento administrativo’, que se instala como un instrumento jurídico para el control público que además de la defensa del interés público, y de la legalidad del accionar de la Administración, garantiza la plena vigencia del principio republicano de gobierno en cuya virtud se impone al funcionario «sujeción al orden jurídico y publicidad de normas y actos» (art. 61 Const. Salta)

La aparición del procedimiento administrativo, en tanto cuerpo ordenatorio de la actividad de la Administración pública, fue de tardía aparición en el tiempo pues a principios del siglo XX no se encontraba regulación específica aunque había, dispersos, algunos preceptos relativos a recursos administrativos. Recién en 1972 es dictada la ley de facto 19.549 - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y su decreto reglamentario nº 1759/72, que detallan los distintos aspectos o partes del procedimiento que cabe observar ante la Administración, e incluso contiene disposiciones vinculadas al proceso judicial administrativo.

En la Provincia de Salta el régimen procedimental fue aprobado en diciembre de 1978, con la ley 5348. Ambas leyes mencionadas rigen hasta la fecha con muy pocas modificaciones y, al igual que otras similares que se aplican en otras provincias,

³¹² Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo, Tomo II, pág. 16 y sgtes., LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002.

constituyen un cuerpo legal que contiene dispositivos relativos a la actuación de los funcionarios en el trámite (expediente) que se sigue ante la Administración pública, el modo de su compaginación u ordenamiento, los recursos o remedios que el particular puede interponer ante una decisión que lo afecte y también disposiciones de fondo concernientes a la formación y contenido del acto administrativo (competencia, objeto, voluntad y forma –según art. 26 LPAS-).

Las leyes señaladas vinieron a cumplir una sentida necesidad no sólo jurídica sino puntualmente administrativa y social, al ordenar la actividad interna de la Administración, traer certidumbre al letrado, facilitar al ciudadano conocer el modo de sostener sus pretensiones ante la administración y definir los límites en cuyo interior se desarrollan la función y la actividad administrativas.

Se instaló definitivamente a partir de su sanción la regla de sumisión de la Administración al Derecho, tornándose operativo el principio de legalidad que gobierna toda la actividad administrativa en tanto, desde el procedimiento administrativo, se impuso a la Administración ajustar su proceder a un camino predeterminado como condición mínima para que esa actividad pueda ser calificada de legítima, pues tal como lo afirman García de Enterría y Ramón Fernández³¹³, el procedimiento, en general, «se singularizaría, en el mundo del Derecho Administrativo, como *el modo de producción de los actos administrativos*». Enfatizando lo expuesto, Sagüés dice que es posible afirmar que además del derecho a un ‘debido proceso’ sustentado en el art. 18 CN (igual norma en la Constitución de Salta), la «garantía a la existencia previa de un procedimiento cierto en el ámbito administrativo» constituye también uno de los derechos de incidencia colectiva en general a que alude el art. 43 de la Constitución Nacional.

En el ámbito administrativo es necesario distinguir entre proceso y procedimiento administrativo, pues el uso indiscriminado de ambos vocablos produce una confusión no solo terminológica sino también conceptual.

Por *proceso* cabe entender una pluralidad de actos característicamente coordinados a través de su recíproca interdependencia, en donde un órgano neutral, carente de todo interés en el pleito, preside una contienda entre dos partes que ha de desarrollarse a través de un *iter* (repetición de acciones o pasos predeterminados) formal. La referencia a ‘proceso’ remite a la actividad que realizan, en cumplimiento de su fin específico de dictar sentencias, los magistrados del Poder judicial. En cambio el *procedimiento* administrativo, aunque es también un *iter* no pretende garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la misma Administración con arreglo a reglas que le son propias³¹⁴, siendo su finalidad la emisión de un acto administrativo³¹⁵.

Las normas que regulan el procedimiento administrativo, si bien constituyen como antes fuera advertido una garantía para el administrado en tanto sus normas tienden a proteger o tutelar sus derechos e intereses particulares, tienen carácter meramente instrumental en relación a la realización del fin propio de la función administrativa que es la satisfacción del bien común e importa la realización de los intereses colectivos generales, lo que no excluye desde ya el reconocer a los administrados el carácter de auténticos colaboradores en la búsqueda de ese interés que tiñe toda la actividad de la Administración³¹⁶.

No es posible dejar de señalar que el procedimiento administrativo es parte también de las prerrogativas de la Administración, pues impone al administrado o particular recorrer un camino predeterminado con la finalidad de ‘agotar la instancia administrativa’, extremo que además constituye requisito imperativo en la Constitu-

³¹³ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, «Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, pág. 436, Civitas, Madrid, 2000

³¹⁴ Hutchinson, Tomás, «Ley nacional de procedimientos administrativos», Tomo 1, pág. 1, Astrea, 1985.

³¹⁵ Aberastury, Cilurzo, op. cit., pág. 18.

³¹⁶ Comadira, Julio R., «Derecho Administrativo», pág. 125, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2003.

ción de Salta, que en su Cláusula Transitoria Cuarta expresa que: «Es condición de admisibilidad de la demanda o acción, la previa denegación expresa o tácita por parte de la autoridad administrativa, de la pretensión...».

La exigencia apuntada, en la sistematización que realiza la doctrina, tiene como función brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus decisiones a partir de los planteos que realicen los particulares damnificados en sus intereses o derechos de naturaleza administrativa, buscando impedir una posterior confrontación judicial que redundaría en mayor tiempo y costos para las partes. También se ha dicho que con el 'agotamiento de la instancia administrativa' se instituye una etapa previa de conciliación o composición de sus intereses entre la Administración y el administrado³¹⁷, pudiendo durante su transcurso controlarse la legalidad del proceder administrativo y permitir una mejor defensa del interés público.

La existencia de un procedimiento administrativo no constituye en forma alguna una afectación al principio de la división de poderes, pues la imposición de agotar la instancia administrativa no obstaculiza en forma alguna el acceso a la instancia judicial y por ende, a la revisión judicial de la decisión administrativa. En el famoso *leading case* «Fernández Arias»³¹⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que era perfectamente compatible la instalación de órganos, procedimientos y jurisdicciones de índole administrativa destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones de la Administración, lo que no excluye un control judicial suficiente a fin de impedir el ejercicio de un poder absolutamente discrecional por la Administración sustraído de toda revisión ulterior³¹⁹. Lo expuesto, además, está hoy claramente garantizado en preceptos contenidos en tratados de derechos humanos, como el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 8 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluidos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, que garantizan una 'tutela judicial efectiva'.

2.- Principios jurídicos (legalidad objetiva, verdad material, oficialidad, informalismo, debido proceso, eficacia, gratuidad)

Para que el ordenamiento jurídico procedimental administrativo no afecte garantías consagradas constitucionalmente en su etapa preparatoria, o en la correspondiente a la decisión que le cabe tomar al funcionario en cada oportunidad, como asimismo en orden a lograr un adecuado equilibrio de las relaciones que se manifiestan entre el particular y la Administración, resulta necesario reconocer una serie de principios que informarán los distintos aspectos o etapas del procedimiento, y que tienen por función el que dentro del menor tiempo posible y garantizando las reglas del debido proceso, sea posible declarar la voluntad administrativa respecto de la pretensión expuesta por el particular, o fundar la decisión que adopte la Administración cuando deba actuar de oficio sobre una cuestión que la afecta y que se proyecta sobre los intereses de los administrados.

No todos estos principios tienen la misma entidad, no obstante el de legalidad objetiva y el debido proceso constituyen garantías esenciales del procedimiento administrativo del cual derivan los restantes³²⁰ y que completan el mecanismo que produce la decisión administrativa.

Legalidad objetiva

Este principio se sustenta en la idea de que la actuación de la Administración se realiza de conformidad con el ordenamiento jurídico positivo³²¹, es decir constitu-

³¹⁷ CJS, Tomo 64:695; 88:965.

³¹⁸ CSJN, Fallos, 237:636.

³¹⁹ Aberastury y Cilurzo, op. cit., pág. 21.

³²⁰ Aberastury y Cilurzo, op. cit., pág. 28.

³²¹ Hutchinson, op. cit., Tomo 1, pág. 24.

ye un imperativo el que el accionar público se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico vigente, pues la sujeción de la Administración a la ley constituye un principio capital del Estado de Derecho.

Tal como lo afirma un importante doctrinario, en una expresión realmente exacta, «Si el bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones de individuos el logro más fácil y más pleno de su propia perfección, no es dudoso que una de esas condiciones es la vigencia irrestricta del orden jurídico. Y si la Administración, dentro del Estado, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquel bien, no es tampoco dubitable que ella debe actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico»³²².

En el mismo sentido la Corte Nacional dijo que «...es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que esta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de Derecho...», agregando que «...el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita...»³²³.

Esta sujeción al ordenamiento jurídico es lo que se expresa como 'legalidad objetiva', y tiende no solo a la protección del administrado o a la determinación de sus derechos, sino que tutela también la misma norma jurídica objetiva, pues en el Estado de Derecho debe mantenerse el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo.

Por orden jurídico (o bloque de legalidad) debe entenderse todo el sistema normativo, desde la Constitución hasta las disposiciones administrativas y reglamentarias, incluyendo por supuesto los principios generales del derecho y los tratados internacionales. En el concepto de legalidad se encuentra implícito el de jerarquía normativa, es decir el de la prelación en la aplicación de las normas donde unas prevalecen sobre otras (art. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Verdad material

También conocido como 'verdad jurídica objetiva', instala el precepto de que el procedimiento administrativo opera hacia la búsqueda de la verdad material, de la realidad concreta de lo ocurrido y de sus circunstancias, tal cual aquella se produjo o verificó en los hechos exteriorizados, independientemente que haya o no sido invocada o acreditada por el administrado o interesado en el procedimiento.

Esta garantía exige que cuando se dicte el acto administrativo que decida sobre los derechos o intereses de naturaleza administrativa del interesado, la Administración haya agotado la investigación de los hechos relacionados con las pretensiones en juego, y que esos hechos sean el reflejo de lo que verdaderamente aconteció objetivamente, sin sujeción a la rigurosidad de la 'verdad formal', que solo admite se decida sobre lo que está documentado en el expediente.

Lo expuesto implica que no obstante que las partes en el expediente administrativo hayan propuesto determinados hechos y prueba, la Administración tiene la potestad de superar ese límite y actuar de oficio para avanzar hacia la determinación de la verdad (*veritas*, lo exacto, riguroso), proponiendo medidas y actuaciones que conduzcan a ella. Una situación semejante nunca podría verificarse en un proceso judicial civil o comercial, en donde rige el principio de la 'verdad formal' que le impide al juez alterar el principio de igualdad de las partes en juicio, circunscribiéndolo a decidir solo con la base de lo incorporado al expediente.

Este principio está contenido en el art. 1º inc. f apartado 2º LPAN (*idem* art. 163 LPAS) y en su Reglamento (art. 48), y se ejercita con el contralor de las partes interesadas, quienes podrán hacer consideraciones sobre lo actuado.

³²² Comadira, op. cit., pág. 130.

³²³ CSJN, Fallos, 315:1361.

Oficialidad

La impulsión e instrucción de oficio (oficialidad) significa que corresponde a la autoridad administrativa adoptar todos los mecanismos conducentes a que el procedimiento avance hacia el dictado del acto administrativo que le ponga fin, como así también reunir todos los elementos de prueba que justifiquen esa decisión.

Este precepto constituye una peculiaridad propia del procedimiento administrativo (solo comparable en tal sentido con el proceso judicial penal al que también se le aplica el mismo principio de oficialidad), y no excluye desde ya la colaboración activa del administrado.

Lo expuesto indica que la Administración está obligada, conforme al art. 1º inc. a) LPAN (*idem* art. 142 LPAS), a impulsar e instruir el expediente de oficio, para que en este se expresen los hechos y pruebas que le permitan adoptar una decisión razonable y justa.

Pero ello no significa que en todos los casos deba hacerlo de ese modo, pues hay supuestos en que el trámite responderá solo al interés del particular. Cuando ello sucede y no concurren simultáneamente circunstancias que involucren un interés público concreto, será el interesado el que deberá impulsar el proceso so pena de ser declarada su caducidad, es decir de extinguirse el expediente sin resolverse la cuestión planteada por desidia, inactividad o abandono de quién debía contribuir a ello.

La impulsión de oficio involucra la dirección del proceso por parte de la Administración, el ordenar la incorporación de prueba y la práctica de toda diligencia que tienda al esclarecimiento de la verdad objetiva, de tal modo que la decisión a adoptar sea justa y fundada.

Informalismo

Todo proceso y procedimiento constituye una construcción sujeta a ciertas formas y reglas que las partes deben observar, pues en ello se sustenta la certidumbre de que la decisión que se adopte será fruto previsible del resultado de la averiguación de los hechos, la participación de los interesados y de los preceptos que impiden a la Administración adoptar medidas arbitrarias que afecten o desnaturalicen los intereses del administrado.

Antes incluso de la sanción de la LPAN, la doctrina y la jurisprudencia habían adoptado el criterio de que el trámite de las actuaciones administrativas debía juzgarse con amplitud de criterio a favor del administrado, principio que ahora está expresamente consagrado en el art. 1º inc. c) LPAN (*idem* art. 143 LPAS), que expresamente reconoce la «Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente»³²⁴.

La ley entonces ha instituido como principio en el procedimiento administrativo el 'informalismo a favor del administrado', dispensándolo del cumplimiento de exigencias no trascendentes, accidentales o accesorias. No es pues el informalismo inexigibilidad de formas, sino solo relativización de ellas en beneficio del administrado, siempre y cuando no resulten esenciales, o afecten al interés público o administrativo o derechos de terceros³²⁵.

Es decir, el procedimiento es informal solo para el particular y con el limitado alcance expuesto, quién podrá invocar en su beneficio algunas flexibilidades del trámite; pero no lo es para la Administración, que no podrá invocarlo para eludir por ejemplo el cumplimiento de atribuciones regladas.

El fundamento de esta garantía tiene que ver con la naturaleza del procedimiento administrativo, en el que prevalece el interés público y en donde el particular resulta, a pesar de estar en juego una pretensión que le da calidad de parte, un colabora-

³²⁴ CJS, tomo 85:727.

³²⁵ Comadira, op. cit., pág. 139.

dor en la realización de esa finalidad. El administrado no es un litigante ni la Administración es un tercero imparcial respecto de los derechos en juego.

La ley de procedimientos administrativos de Salta, sin que constituya una referencia taxativa, señala algunos supuestos de inobservancia de requisitos formales que es posible excusar al administrado. Así se considera que se verifica este supuesto cuando se ha calificado erróneamente a un recurso administrativo, cuestión que obliga a la Administración a corregir de oficio el error (interposición de un recurso jerárquico cuando corresponde reconsideración); la interpretación de la voluntad del recurrente cuando la presentación no contenga expresamente su voluntad de recurrir pero ello pueda ser inferido; la presentación de un escrito ante funcionario incompetente, que obliga al funcionario a remitirlo a quién compete.

Debido proceso

El art. 1º inc. f) LPAN expresamente contiene el «Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo...» (*idem* art. 31 LPAS), lo que constituye un principio fundamental del procedimiento administrativo; en tanto el acto administrativo decisorio que pone fin al procedimiento, para ser considerado válido, debe haber reunido como requisito esencial el cumplimiento de «...los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico...».

Esto es así pues resulta inherente al acto administrativo el estar fundado, y para que ello ocurra deben haberse considerado previamente las principales cuestiones propuestas por el particular conducentes a la decisión, lo que implica haberle dado oportunidad de ofrecer y producir prueba y haber respetado la garantía de defensa en juicio; es decir, debe rodearse al procedimiento administrativo de las mayores garantías para obtener de él una decisión justa y motivada.

El debido proceso adjetivo previo al acto administrativo constituye una derivación de la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 Constitución Nacional), y fue receptado por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la LPAN no solo como defensa del interés privado del particular, sino como una garantía del interés público y de la legalidad, que es lo que en definitiva debe satisfacer el procedimiento administrativo³²⁵.

Hay entonces en el fundamento de este principio o garantía una concurrencia tanto del interés público como del interés privado, y la consecuencia de su omisión podrá determinar la nulidad del acto administrativo pertinente. No obstante, la jurisprudencia no es uniforme en torno al carácter de la nulidad que cabe al acto que no respete el debido proceso, pues gravita una línea conocida como 'teoría de la subsanación, por la cual se considera que la violación en sede administrativa de las exigencias del procedimiento adjetivo previo son subsanables (o corregibles) en sede judicial, e incluso en la misma sede administrativa (por vía de recursos), con lo cual la eventual nulidad no resultaría absoluta sino relativa³²⁷.

Comadira, en la obra citada, menciona distintos fallos de la Corte Nacional y dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que decidieron en ambos sentidos: tanto en sancionar con la nulidad absoluta el haber prescindido de cumplir previamente con el debido proceso, como entender que las omisiones a su respecto habían quedado convalidadas con la participación posterior del interesado en el proceso judicial, en donde pudo ofrecer pruebas y argumentar en su defensa³²⁸, posición esta que el autor considera una 'lamentable' orientación de la jurisprudencia.

No obstante, lo concreto es que una decisión administrativa que haya prescindido de esta garantía es posible sea considerada —en principio— arbitraria, tal como lo será una sentencia judicial que no decida cuestiones sustanciales, prescinda del texto legal aplicable sin dar razón plausible de ello, o sustente la decisión en afirmaciones

³²⁶ Comadira, op. cit., pág. 142; Hutchinson, op. cit., Tomo 1 pág. 30.

³²⁷ Comadira, op. cit., pág. 146.

³²⁸ CSJN, Fallos 295:726, 302:283; y JA, 1988-II-290, entre otros; también CJS, Tomo 77:721, 85:237, 84:371.

dogmáticas o con fundamentos solo aparentes. Lo planteado remite al elemento motivación, en tanto un acto será motivado cuando lo preceda una exposición de las razones o fundamentos que justifican la decisión³²⁹, lo que implica en definitiva cumplir con el debido proceso adjetivo.

El debido proceso adjetivo comprende los siguientes derechos:

Derecho a ser oído, refiere al concreto conocimiento de las actuaciones administrativas por quién es parte en ellas; a la posibilidad de que pueda exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes que sea emitido el acto; y a la posibilidad cierta de interponer recursos administrativos y reclamos correspondientes, y hacerse patrocinar o representar por un abogado³³⁰.

El art. 1º inc. f) apartado 1º LPAN expresamente reconoce el derecho del particular a exponer las razones de sus pretensiones y defensas 'antes' de la emisión de actos que refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, habilitación que incluye el acceso al expediente, tomar vista de su contenido (art. 139 LPAS) e interponer los recursos que correspondan, todo lo cual integra el derecho de defensa de la persona y sus derechos.

El incumplimiento de esta garantía condiciona la validez del acto, en tanto este adolecerá de un vicio esencial que se proyectará sobre la legalidad del proceder de la Administración. La gravedad de la sanción dependerá de la entidad del vicio, por lo que en el criterio de la jurisprudencia que va consolidándose progresivamente podrá subsanarse la omisión en la etapa judicial posterior.

Derecho a ofrecer y producir pruebas. El ofrecimiento de pruebas de descargo y que ellas sean efectivamente producidas en forma previa a la decisión, constituye un derecho del administrado, cuyo ejercicio no obsta a la circunstancia de que sea la Administración la que requiera y realice las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con fundamento en los principios de instrucción de oficio y verdad material. Promueve esta garantía no solo el derecho de defensa del particular, sino también a ubicar su aporte o colaboración con la Administración en la realización del interés público.

A ella se refiere el art. 1º inc. f) apartado 2º LNPA (*idem* art. 125, 163 y cc LPAS), que señala que la prueba debe producirse dentro del plazo que se haya fijado en cada caso atendiendo a la complejidad del asunto y la naturaleza de la que deba diligenciarse. No habrá decisión fundada en prueba si esta no se produce previamente, por lo que el acto así dictado contendrá un vicio que condicionará su validez futura.

Derecho a una decisión fundada. La necesidad de fundamentar los actos administrativos fue expuesta al analizar su motivación y voluntad, y a ella refiere el art. 1º inc. f) apartado 3º LNPA (*idem* art. 35, 42 y cc LPAS).

Esta exigencia comprende la consideración expresa de todas y cada una de las cuestiones propuestas, y de los argumentos principales planteados por la parte conducentes a la emisión de una decisión razonable o proporcionada al fin perseguido. Es decir, lo resuelto no solo debe estar fundado sino que tal fundamento debe serlo expresamente sobre las cuestiones propuestas, pues ello es corolario del 'principio de congruencia' que refiere a que lo decidido debe estar acorde con los acontecimientos o cuestiones que determinan o dan lugar a esa decisión.

La elección de los argumentos que se utilicen para la resolución administrativa, deberá ser producto de la razonabilidad. Esta otorga legitimidad al acto cuando su contenido se ajusta al derecho aplicable; un obrar contrario a derecho, parcial, injusto, infundado, arbitrario, afecta la validez del acto administrativo.

Eficacia. Otros principios como celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, contenidos en el art. 1º inc. b) LNPA (*idem* art. 109 LPAS), tienen aplicación

³²⁹ Art. 42 LPAS, art. 1 inc. f ap. 3 LPAN.

³³⁰ Hutchinson, op. cit., Tomo 1, pág. 30.

en tanto se busca evitar complicados, costosos o lentos procedimientos que dificulten el desarrollo de la gestión administrativa.

Aunque celeridad no debe confundirse con apresuramiento ni sencillez con simplificación, es posible, en general, resumir todas estas directivas en el concepto de 'racionalidad' en el empleo de los medios, tiempo y configuración de las formas en el procedimiento. Asimismo, la eficacia denota que el procedimiento administrativo no puede ser un obstáculo a la realización del bien común³³¹.

Estas pautas generales son aplicables a todo procedimiento administrativo, de cualquier especie de que se trate y cualquiera sea el órgano que ejercite la función administrativa.

Gratuidad. A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil que tiene costos para quién lo tramita (a excepción del supuesto de obtener el limitado beneficio de litigar sin gastos), en el procedimiento administrativo se garantiza la gratuidad de la participación del particular en el trámite, pues se busca que este colabore con la Administración en el control del ejercicio de la función administrativa y en la realización del interés general.

Esta regla tiene excepciones, como por ejemplo es el caso de una licitación pública, en donde se imponen algunos costos para acceder a participar en el procedimiento (compra de los pliegos, depósitos de garantía), lo que no desnaturaliza el principio antes referido. Tampoco altera dicho principio la imposición de una 'tasa de servicios' de naturaleza tributaria, pues en la medida en que ello comprende a todos los ciudadanos por igual y contenga excepciones respecto de ciertas situaciones objetivas que impidan a las personas abonarla, no habrá afectación de la garantía constitucional de peticionar³³².

La gratuidad entonces constituye un principio del procedimiento administrativo, y las excepciones a ello deben estar razonablemente motivadas para evitar se impida al particular un ejercicio amplio de su derecho de defensa o el reconocimiento de sus legítimas pretensiones o derechos.

3.- Las partes

El título lleva a la pregunta de ¿quienes pueden ser parte en el procedimiento administrativo?

La respuesta es que todos los sujetos de derecho (sean personas físicas, asociaciones, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles y comerciales, etc., de carácter público o privado), en la medida en que tengan capacidad civil, pueden ser parte o intervenir en el procedimiento administrativo.

Esto es, cuando una persona tuviere capacidad para actuar y obrar reconocida por el ordenamiento jurídico dispone del derecho de ser tenido como parte en un procedimiento administrativo. No interesa tampoco al respecto el género, nacionalidad o domicilio de la persona que peticona; todo el que lo haga teniendo capacidad jurídica para obrar debe ser admitido.

Las reglas que rigen la capacidad de las personas pertenecen al Código Civil, sin perjuicio de que ellas puedan ser ampliadas en beneficio –nunca en perjuicio– de los administrados por las disposiciones locales del derecho administrativo³³³.

El art. 3º del Reglamento Nacional de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1759/72) (*idem* art. 113 y sgtes. LPAS) reconoce como parte a «...cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo...», lo que lleva a que el sujeto peticionante no solo posea personalidad jurídica, sino también una cualidad especial que se denomina 'legitimidad'.

³³¹ Hutchinson, op. cit., Tomo 1, pág. 32; Comadira, op. cit., pág. 148.

³³² Aberastury y Cilurzo, op. cit., pág. 39.

³³³ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 537.

Debe diferenciarse entonces la 'aptitud legal para ser parte' en el procedimiento administrativo, de la 'admisibilidad de la pretensión de fondo'³³⁴ que constituye cosa distinta. La condición de ser parte en el procedimiento no prejuzga ni anticipa el resultado final de la controversia o planteo que se realice ante la Administración. Asimismo, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, en el lenguaje de la jurisprudencia y doctrina modernos, se entienden comprendidos en un concepto más abarcativo como lo es el que la pretensión trate de una situación jurídica subjetiva de carácter administrativo (en ella cabe incluir temas de medio ambiente, consumo, competencia, cualquier forma de discriminación, servicios públicos, al Defensor del Pueblo cuando defiende a la comunidad ante la afectación de derechos de incidencia colectiva, entre muchos otros supuestos). De lo que se trata en definitiva es que los sujetos tenga una protección amplia.

Desde el punto de vista de la Administración, será parte de las actuaciones el órgano administrativo que interviene en la decisión de una petición o recurso, el que debe pertenecer a una determinada área de poder y tener competencia suficiente para decidir (art. 3 LPAN y arts. 4 y 75 RLPAN, que refieren a 'órgano competente'; también art. 109 y sges. LPAS). No podría válidamente plantearse, por ejemplo, una pretensión administrativa en una dependencia interna del Ministerio de Gobierno y recurrir, frente una decisión adversa, ante la Cámara de Diputados de la Provincia.

Desde la posición del particular, quién peticiona o recurre debe ser quién tenga una situación subjetiva de naturaleza administrativa por la cual resulte indispensable participe en la formación del acto administrativo, aunque también puede intervenir con posterioridad un tercero (interesado) que no haya actuado directamente en la formación del acto pero tenga en él un interés específico, o por cuanto el mismo puede afectar sus derechos (art. 74 RLPAN; art. 113 LPAS), en cuyo caso estará habilitado a interponer recursos en defensa de sus concretos intereses.

Menores. La capacidad de actuar ante la administración tiene mayor extensión que la capacidad civil en tanto permite, por ejemplo, la participación en el procedimiento de 'menores adultos' (de 18 a 21 años), a quienes se reconoce intervención y legitimidad plena (art. 3 RLPAN; art. 115 LPAS), pues lo pueden hacer, tal como lo señala la legislación y doctrina incluso anteriores a la ley, sin la presencia o autorización de sus padres o dispensa administrativa especial. Ello tiene absoluta lógica si además se considera la plena capacidad laboral de los menores mayores de 18 años en virtud del art. 35 de la ley de contrato de trabajo, que los habilita además a la plena disponibilidad de los ingresos que obtengan por tal motivo; como así el art. 283 Código Civil que presume autorizado para todo acto o contrato al menor adulto que ejerce empleo, profesión o industria³³⁵.

Sordomudos. También constituye un supuesto especial, conforme al art. 153 del Código Civil, el del sordomudo, a quién si le es posible darse a entender por escrito tendrá plena capacidad civil y podrá ser parte en un procedimiento administrativo. Debe darse a entender por escrito o de otra manera equivalente a través de cualquiera de los procedimientos técnicos existentes, pues su limitación se vincula solo con un aspecto existencial, cual es la de comunicarse, y no con sus aptitudes mentales. Podrá en todo caso hacerse representar por un tercero quién actuará en su nombre; con lo cual no intervendrá directamente en el trámite pero será parte en él.

Demencia e inhabilidad. En el caso de las enfermedades mentales habrá de distinguirse, según el art. 143 Código Civil, entre quienes padezcan una demencia en tanto carencia de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 141 CC), de quienes padeciendo una afección de tal naturaleza (manía, art. 143 CC) no estén impedidos de hacerlo, situación que deberá ser informada por profesionales

³³⁴ Gordillo, Agustín, «Procedimiento Administrativo», pág 335, LexisNexis Depalma, 2003.

³³⁵ Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 4, I-4.

médicos especializados y declarada por juez competente. Desde ya la persona no deberá estar internada, y en todo caso podrá intervenir en el procedimiento administrativo en defensa de sus derechos un representante suyo, legalmente habilitado.

Hay supuestos de personas mencionadas en el art. 152 bis Código Civil en que, sin llegar a la demencia, padecen de una inhabilitación que los disminuye en sus facultades mentales (embriaguez habitual, adictos a estupefacientes, disminuidos en sus facultades sin ser dementes, pródigos). En estos casos la ley los inhabilita para disponer de sus bienes por actos entre vivos, asumiendo su representación un 'curador'. Sin perjuicio de ello, en la medida en que la sentencia judicial que los declara inhábiles no lo disponga expresamente, pueden realizar por sí solos actos de administración, lo que implica que es posible sean parte en procedimientos administrativos aunque no puedan disponer de sus bienes.

Personas públicas estatales. En cuanto a las personas públicas estatales, tengan o no personalidad jurídica propia, en el orden nacional –y también provincial– impera el principio de que están excluidas de la posibilidad de interponer recursos contra actos administrativos y reglamentarios que pudieren afectar su esfera de derechos, intereses o competencias.

Ello no significa que les esté impedido plantear la cuestión mediante notas al superior jerárquico o ante el órgano controlante, que decidirá en el marco amplio de discrecionalidad que le reconozca la función. Admitir la mera posibilidad de que pudieran controvertir mediante recursos los actos de un superior en orden al ejercicio de sus específicas competencias, constituye un supuesto que conspira contra el principio de unidad de acción que en virtud de la jerarquía, rige el conjunto de la actividad administrativa. Al respecto, el art. 74 RLPAN expresamente alude a los organismos subordinados por la relación jerárquica, sin perjuicio desde ya de los agentes administrativos, quienes sí pueden hacer uso de recursos administrativos en defensa de sus propios derechos.

Terceros. El concepto de «tercero» en el procedimiento administrativo es sumamente amplio, en tanto su intervención en el trámite no tiene el carácter restrictivo que impone el proceso civil. Comprende a todos aquellos a quienes el acto pudiere afectar, y que se hubieren presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente (conf. art. 3 RLPAN). Son en principio todos quienes, teniendo legitimación para ser tenidos por parte en el procedimiento administrativo, no intervienen ni participan en él³³⁶.

La admisión de su participación en el expediente no puede serles negada por la Administración cuando los terceros invoquen derechos de carácter administrativo, pues no se trata de personas ajenas a la relación jurídica expresada en el trámite, siendo que los actos dictados sin su intervención, cuando hayan solicitado participar, carecerán de legitimidad y no podrán producir efectos contra ellos. La introducción del tercero en el expediente no hace retroceder el trámite, salvo que así sea expresamente ordenado por la autoridad administrativa.

En suma, terceros son quienes pudieren resultar, actual o potencialmente, afectados por el acto administrativo a dictarse en una actuación administrativa, y que están habilitados a intervenir en ella en defensa de sus derechos³³⁷.

Representación. Ahora bien, todo administrado o interesado en ser parte en un procedimiento administrativo posee la facultad de hacerse representar ante la Administración en la gestión de sus intereses. El art. 34 RLPAN (*idem* art. 115 a 120 LPAS) alude a que la persona que se presente en las actuaciones administrativas por un derecho o interés que no sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de representación legal, deberá acompañar los documentos que acrediten la calidad invocada, exigencia de la que están exentos los padres en relación a sus hijos, y el cónyuge que lo haga en nombre del otro.

³³⁶ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 541.

³³⁷ Aberastury y Cilurzo, op. cit., pág. 67.

La representación puede serlo de cualquier persona física o jurídica, por cualquier persona física o jurídica, no exigiéndose que sea abogado (art. 1º inc. f ap. 1º), salvo que se planteen o debatan cuestiones jurídicas, en cuyo caso la representación legal será obligatoria. Se puede acreditar con poder otorgado a través de escritura pública, con 'carta poder' suscrita por el interesado y firma autenticada por autoridad policial, judicial o escribano público, o poder otorgado ante autoridad administrativa.

La representación cesará cuando se revoque el poder por quién lo otorgó, por renuncia, fallecimiento o inhabilidad del mandatario, por incapacidad o muerte del poderdante.

4.- Los Plazos: obligatoriedad e irretroactividad. Caducidad del Procedimiento.

Resulta indudable la importancia que tiene el tiempo en el derecho administrativo, desde que a partir de su devenir se producirán o modificarán distintas situaciones jurídicas existentes y, fundamentalmente, se computarán los plazos que obligatoriamente observarán tanto el administrado como la Administración en las diferentes etapas del procedimiento. Cabe entender por plazo el período de tiempo en que un acto se realiza o debe necesariamente ser realizado.

El plazo, o término como se lo suele mencionar también, aunque no haya unanimidad en identificar con el mismo significado ambos vocablos³³⁸, determina los lapsos que median entre la celebración de un acto y la realización de un hecho o producción de otro acto que permitirá el ejercicio o la eliminación de un derecho, cuestión que involucra especialmente el tiempo para impugnar y recurrir en sede administrativa los actos que afecten derechos administrativos de los particulares.

Su finalidad no es idéntica a la que gobierna los plazos en el derecho procesal, en donde el vencimiento de un plazo determina la 'preclusión' de una etapa del trámite, es decir impide que pueda reeditarse la acción que en ese lapso debía producirse perdiéndose de tal modo el derecho que correspondía ejercitar en ese momento.

En el ámbito del procedimiento administrativo, no obstante la previsión contenida en el art. 1º inc. e apartado 8 LPAN, en cuanto a que «La Administración podrá dar por decaído el derecho dejado de usar dentro del plazo correspondiente, sin perjuicio de la prosecución de los procedimientos según su estado y sin retrotraer etapas...», no es posible proceder con el mismo rigor formal que en el derecho procesal.

Ello es así en tanto rigen en el derecho administrativo los principios de colaboración, verdad material u objetiva, eficacia en el trámite e informalismo en favor del administrado, que indican que independientemente de la controversia que se verifica entre las partes en el expediente y de la necesidad de respetar las distintas etapas del procedimiento, la Administración no debiera actuar como un oponente sino como gestora del bien común³³⁹, habilitando, cuando resultare indispensable para la realización del interés público, la posibilidad de cumplir el acto omitido o no ejercitado en cierta etapa ya vencida.

Los plazos son obligatorios tanto para los interesados cuanto para la Administración y sus agentes (art. 1º inc. e apartado 1º LPAN; art. 153 LPAS). Obligatoriedad implica la posibilidad de exigir el cumplimiento del plazo y el deber de cumplirlos.

No debe confundirse obligación con perentoriedad; esto último supone que el derecho no utilizado caduca o se extingue por el simple cumplimiento del plazo sin que ninguna autoridad así lo declare. La perentoriedad es propia del derecho procesal, en donde los plazos pueden prorrogarse solo en supuestos especiales y previa decisión del juez de la causa, siendo en principio perentorios o fatales. Es, sin duda,

³³⁸ Hutchinson, op. cit., Tomo 1, pág. 35; Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 547.

³³⁹ Posición de Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 548; en contra Hutchinson, op. cit., Tomo 1, pág. 35.

una sanción para el litigante negligente y permite avanzar el trámite judicial. Tampoco obligatoriedad es igual a improrrogabilidad, que implica la imposibilidad de extender o ampliar los plazos fijados.

Ahora bien, según el precepto contenido en el art. 1º inc. e) apartado 5º LPAN (*idem* art. 155 LPAS), los plazos en el procedimiento administrativo pueden ser prorrogados o ampliados cuando ello se solicite antes de su vencimiento, lo cual podrá suceder tanto de oficio como a petición del interesado y mediante decisión fundada, extendiéndoselo por un 'tiempo razonable' a criterio de la Administración. Una cuestión inherente al plazo es que este consiste por su naturaleza en un hecho futuro, lo que determina que en definitiva sean irretroactivos y que no se puedan retrotraer etapas, avanzándose hacia el momento de la decisión final en forma continua.

Ahora bien los plazos en el procedimiento administrativo se cuentan en días y horas hábiles, es decir en el horario de funcionamiento de la administración (art. 1º inc. e ap. 3º LPAN; y art. 152 LPAS)³⁴⁰. En la ley procedimental no estaban regulado el llamado «plazo de gracia», que rige en el Derecho Civil, por el cual, teniendo en cuenta que los tiempos en el Derecho se cuentan por días completos es decir hasta las 24 horas del día del vencimiento, y que el sistema judicial o la administración pública no atienden hasta ese horario, se considera que las presentaciones están oportunamente realizadas si se concretan dentro de las dos primeras horas hábiles del día siguiente al de su vencimiento.

El plazo de gracia, inserto en el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (*idem* art. 124 Cód. Proc. Civil y Comercial de Salta), fue considerado aplicable al procedimiento administrativo por la Corte de Justicia de la Nación en el caso «Fundación Universidad Belgrano», que admitió por vía supletoria su vigencia en el ámbito administrativo. Luego, dicho criterio fue recogido expresamente en el art. 25 RLPAN, y también por la jurisprudencia contencioso administrativa de Salta.

De acuerdo al art. 1º inc. e) ap. 3 de la LPAN, los plazos deben computarse a partir del día siguiente al de su notificación. El precepto indica que el día en que el acto administrativo es notificado no puede contarse como integrando el plazo fijado para recurrirlo o para ejercitar derechos, según la etapa del procedimiento de que se trate. Ese día siguiente debe ser día hábil administrativo, por cuanto si fuere feriado se entenderá que el tiempo comienza a contarse desde el primer día hábil inmediato siguiente.

Los actos que deben ser publicados en el Boletín Oficial o por cualquier otro medio de difusión masiva, tales como los reglamentos, serán obligatorios y producirán efectos de acuerdo a lo previsto en el art. 2 del Código Civil, que establece que «Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designa tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial».

El art. 1 inc. e) ap. 4 LPAN establece que cuando no hubiere establecido un plazo especial para la realización de algún trámite, notificación, intimación, vista o informe, aquel será de 10 días. El señalado constituye un plazo general para los supuestos en que ciertos actos no tengan fijado un plazo particular.

En el procedimiento de Salta, los arts. 158 a 160 refieren ya no a un solo plazo como general para los actos que no lo tengan establecido, sino a distintos tiempos máximos según sean los trámites que allí se señalan. Así, para el dictado de providencias de mero trámite se fijan 3 días; para notificar 5 días, los dictámenes e informes técnicos deben emitirse en un plazo máximo de 30 días o las decisiones sobre cuestiones de fondo en 20 días.

En cuanto a los recursos administrativos, el tiempo fijado para interponerlos es fatal, es decir que una vez vencido el plazo establecido se pierde el derecho a articularlos (art. 1º inc. e ap. 6º LPAN y 156 LPAS). Este precepto implica una excepción a

³⁴⁰ CJS, Tomo 48:381.

la posibilidad de que los plazos administrativos puedan ser prorrogados a que habilita el apartado precedente.

Interpuesto el recurso se interrumpen los plazos del procedimiento (art. 1º inc. e ap. 7 LPAN; art. 157 LPAS), aún cuando hubiere sido mal calificado, adolezca de defectos formales no sustanciales o fuere presentado por error ante una autoridad incompetente.

El concepto de interrupción no se distingue del de suspensión, tal como sucede respecto de los plazos de prescripción legislados en el Código Civil, en que ambos supuestos tienen efectos diferentes. No ocurre así en el procedimiento administrativo, por cuanto el art. 1º inc. e) ap. 9 LPAN refiere a que los plazos suspendidos «se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme al auto declarativo de la caducidad», lo que indica que el plazo debe contarse de nuevo sin tomar en cuenta el tiempo transcurrido hasta el momento de la suspensión o interrupción³⁴¹.

5.- Caducidad

La caducidad constituye una de las formas anormales en que puede terminar el procedimiento administrativo. A ella se refiere el art. 1 inc. e) ap. 9 LPAN y el art. 99 y 100 LPAS.

Se trata de una sanción o pena administrativa que determina la extinción del procedimiento administrativo sin necesidad de una declaración expresa de la Administración, cuando se verifican los supuestos que la ley establece. Ello se justifica en la idea de que no resulta razonable que los trámites permanezcan indefinidamente abiertos y paralizados por una inercia atribuible a una parte.

Su existencia no contradice el principio de impulsión o instrucción de oficio que gobierna las actuaciones administrativas, en tanto la caducidad está específicamente vinculada a la inactividad del administrado cuando este tiene a su cargo la obligación de impulsar el procedimiento, o su marcha dependa de un decisivo aporte o prueba que esté obligado a producir o realizar. En consecuencia no es cualquier paralización del expediente la que produce la caducidad, sino solo aquella en la que la actividad del interesado sea absolutamente imprescindible para la prosecución del trámite³⁴².

Por lo común, para que se produzca la caducidad de instancia, deben darse básicamente dos condiciones: el transcurso del tiempo especialmente fijado por la ley, y la paralización del procedimiento administrativo durante ese plazo por causas imputables exclusivamente al interesado.

En general se considera que la paralización se debe atribuir a la parte interesada cuando esta deba aportar algún elemento a las actuaciones y no lo haga, y ese 'no aporte' no pueda ser suplido en forma alguna por la misma Administración. La norma no exige que el impulso del procedimiento sea necesariamente en forma escrita, lo que habilita a hacerlo oralmente ante la autoridad administrativa que tenga a su cargo el trámite, tal como lo ha reconocido la Procuración del Tesoro de la Nación en distintos precedentes³⁴³.

Existen discrepancias sobre la eficacia de la aplicación de este instituto, por cuanto considerando que la impulsión del procedimiento corresponde en todo caso a la Administración, en tanto con ello se trata de satisfacer no solo un interés individual sino fundamentalmente un interés colectivo, no debieran darse supuestos de paralización en tanto el silencio, es decir la inactividad en el trámite, constituye una facultad en beneficio del administrado y no una carga de él, por lo que no podrían derivarse de tal situación perjuicios para el mismo. Sin embargo, otros autores, aún admitiendo que el expediente administrativo es instado de oficio por la Administración, no

³⁴¹ Cassagne, op.cit., Tomo II, pág. 554.

³⁴² Gordillo, op.cit. pág. 38.

³⁴³ PTN, Dictámenes, 191:132.

descartan los casos en que su prosecución dependa solo de actos que deba cumplir el recurrente, y sin los cuales las actuaciones no puedan seguir³⁴⁴.

Ahora bien, la ley de procedimientos nacional exige que la Administración debe, cuando se paraliza el procedimiento, transcurridos 60 días de tal situación, intimar al administrado para que produzca la actividad de impulso procesal que corresponda a la etapa del trámite, en el término de 30 días, vencido el cual sin que hubiere actividad alguna recién estará habilitada a declarar la caducidad del procedimiento. Decretada la caducidad se archiva el expediente, pero en forma alguna quedan cercenados los derechos e intereses que le dieron origen. Se entiende que los plazos se cuentan en días hábiles administrativos.

Al declararse la caducidad, ha concluido el procedimiento administrativo de un modo anómalo, con lo cual se pone fin a la instancia administrativa. Pero ello no impide al particular hacer valer en un procedimiento posterior los actos incluidos en el procedimiento que ha caducado, lo cual se acomoda mejor con los principios de economía, celeridad y eficacia que rigen en el procedimiento administrativo³⁴⁵.

Puede ocurrir que en el procedimiento hubieren varios interesados, lo que implica admitir que en tanto se trate de partes diferentes que actúan en un mismo trámite los actos que perjudiquen a una de ellas no podrán afectar a los demás, por lo que nada obsta a decretar la caducidad parcial del procedimiento, salvo que el trámite que motivó la paralización del expediente sea indivisible respecto a los interesados.

La ley exceptúa de la caducidad los trámites relativos a la previsión social y aquellos que la Administración entienda que deben continuar por sus particulares circunstancias, o por estar comprometido el interés público.

6.- La reclamación administrativa previa.

Antes del año 1900 era necesario, para poder demandar al Estado Nacional, obtener «venia legislativa», esto es una ley especial del Congreso que habilitara reclamar contra el Estado. En ese año se dicta la Ley 3952, que suprimió dicho requisito y lo sustituyó por un previo reclamo administrativo de los derechos por los que se pretende hacer juicio a la Nación. En un contexto en el que prevalecía la irresponsabilidad del Estado cuando actuaba como poder público, la ley fue interpretada restrictivamente, por lo que muy pocos podían verdaderamente ser habilitados a confrontar judicialmente con el Estado.

Tal situación tornó necesario dictar otra ley, la 11.634, que aclarara definitivamente la cuestión, y estableciera que no hacía falta aquella venia para hacer juicio al sector público, y que solo era exigible la aludida reclamación previa.

La LPAN ha legislado ahora sobre esta cuestión, a partir del art. 30, habiéndolo hecho el texto original de la ley 19.549, modificada por la ley 21.688, dado que el anterior había dado lugar a distintas interpretaciones que afectaban el ejercicio pleno de este derecho.

La ley 25.344, en su art. 12, reformó recientemente los arts. 30 y 32 LPAN, eliminando gran parte de las excepciones que consagraba su art. 32, incluyendo la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 para demandar judicialmente ante la denegatoria del reclamo administrativo. Ahora se incorpora también, expresamente, la necesidad de articular el reclamo previo al demandar a entidades autárquicas, antes no exigido, y se impone a los jueces la obligación de constatar, antes de dar curso a la demanda, el cumplimiento de los recaudos que contienen los arts. 23, 24 y 30 LPAN y de los plazos de los arts. 25 y 31, haciéndolo de oficio³⁴⁶. Dichas reformas han sido entendidas como un importante retroceso en el procedimiento administrativo, que afectan la plenitud del ejercicio del derecho de demandar al Estado por

³⁴⁴ Escola, Héctor Jorge, «Tratado General de Procedimiento Administrativo», pág. 239 (Depalma, 1973); Gordillo op. cit., pág. 39; Hutchinson, op. cit., Tomo 1, pág. 57; Comadira, op. cit., pág. 194.

³⁴⁵ Hutchinson, op. cit., Tomo 1, pág. 58.

³⁴⁶ Gordillo, op. cit., pág. 305.

los particulares, reinstalándose debates que ya habían sido largamente superados por la doctrina y la jurisprudencia.

Se considera, en general, reclamo o reclamación, cualquier petición a la Administración que realiza un particular que invoque legitimación suficiente para peticionar, en la medida que su pretensión consista en requerir se corrija un hecho producido por la Administración que lo afecta, o una conducta que por omisiva también le resulte disvaliosa³⁴⁷. La presentación que se realice ajustará su contenido a las formalidades que sean propias de cualquier presentación administrativa, y deberá deducirse ante el órgano superior del ente del que provenga el hecho o conducta que se intenta suprimir o modificar, o autoridad que tenga competencia para resolver y agotar la instancia administrativa.

El reclamo administrativo previo constituye un presupuesto procesal para iniciar una demanda judicial y, a la vez, un medio para satisfacer las pretensiones planteadas por el administrado. Ello es así en tanto el art. 30 LPAN, expresamente dice que el Estado Nacional no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo.

El régimen vigente, a los efectos de cumplimentar la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para poder acceder al control judicial, establece dos vías alternativas: A.- la de la Ley 3952, del año 1900, que rige con sus modificaciones para las acciones civiles planteadas contra el Estado (hechos, actos o contratos civiles, como pudieran ser la acción reivindicatoria, usucapión, una acción declarativa); B.- las que introduce la LPAN, que refiere a acciones y recursos administrativos, sin perjuicio de las leyes especiales que hubiere. Esta última ley nos orienta a su vez, hacia dos alternativas: 1) la recursiva o de los recursos administrativos y regímenes especiales (art. 23 y 24) y, 2) el reclamo administrativo previo (art. 30 y 31)³⁴⁸.

La exigencia del reclamo previo, cuyo sentido de existir está identificado con el de sustraer a los entes estatales de la instancia judicial, en una medida compatible con la integridad de los derechos de los particulares, evitando juicios innecesarios a la Administración, se ha visto desvirtuado en la realidad por la práctica administrativa que lo ha tornado en un instrumento de dilación de la decisión sobre las pretensiones del particular³⁴⁹. La Corte Nacional ha expresado «que los requisitos que condicionan la admisibilidad de la pretensión son presupuestos procesales regidos por normas de ese carácter» (CSJN, Fallos 322:73), lo que impone el criterio de que no se trata de regulaciones del procedimiento administrativo sino del derecho procesal, que serán verificadas al momento en que se interponga la demanda judicial.

El reclamo que se formule, respetando los requisitos para las presentaciones administrativas, debe contener los mismos hechos y derechos que se invocarán luego en la demanda judicial, lo que constituye la aplicación del tradicional principio de congruencia reiteradamente referido en la jurisprudencia³⁵⁰. Este principio de ajustar el planteo administrativo a la demanda judicial en función de los mismos derechos que constituyen su objeto, debe ser analizado a la luz del principio del informalismo, la instrucción de oficio y la búsqueda de la verdad material, en tanto se interpreta que deberá haber coincidencia o identidad en el contenido de la pretensión articulada de tal modo que no dificulte el acceso a la jurisdicción y menos aún el principio de tutela judicial efectiva, garantizado por los tratados internacionales incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Antes de la reforma de la Ley 25.344, la LPAN no incluía la necesidad del reclamo previo cuando se tratara de demandar a los entes autárquicos y empresas y sociedades del Estado, criterio que había sido impuesto por una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional. La modificación introducida los incluye nueva-

³⁴⁷ Aberastury y Cilurzo, op. cit., pág. 169.

³⁴⁸ Hutchinson, op. cit. Tomo I, pág. 534.

³⁴⁹ Gordillo, op. cit., pág. 305; CJS, Tomo 64:695, 65:591, 84:207.

³⁵⁰ CSJN, Fallos, 214:569, 276:46, entre otros.

mente, lo que importa un retroceso en orden a la celeridad con que debieran ser atendidos los reclamos de los particulares ante estos entes, que son establecimientos con funciones de servicios limitados, cuya prestación aparece sustancial para los administrados. Cabe aclarar, que la mención a entidades autárquicas, por otra parte, no alcanza a otras formas de descentralización administrativas, respecto de las cuales no será exigible el reclamo previo.

El 'reclamo administrativo previo' constituye un remedio que se reconoce al particular, «distinto pero semejante al de los recursos administrativos»³⁵¹, que plantea, entre otras cuestiones, reestablecer la juridicidad alterada por la Administración en perjuicio del administrado a través de una prerrogativa que le permite reconsiderar las conductas disvaliosas de sus funcionarios. No procede contra actos administrativos, ante los cuales la LPAN contempla una serie de recursos nominados, pero sí contra otro tipo de actos, hechos u omisiones de la Administración.

En Salta, la vía impugnatoria es la contenida en la ley 5348 de procedimientos administrativos, y la reclamatoria por la Ley 5018, modificada por la 5095, que exige a los jueces que conozcan en acciones civiles promovidas contra el Estado provincial, municipios o reparticiones autárquicas, no darles curso hasta que no se acredite haber, el particular, reclamado por los derechos controvertidos y que se hubiera producido la denegación de tal reconocimiento.

Quien plantea un reclamo debe ser titular de un derecho o interés, tal como sucede en cualquier tipo de petición que se formula ante la Administración por quien invoque una pretensión en su favor, siendo que el sistema legal no limita la legitimación para reclamar, imperando al respecto un criterio amplio. Ante ello, debe la Administración analizar y pronunciarse sobre todas las cuestiones que introduzca el administrado legitimado para participar en el trámite.

Como sucede con los recursos, también en el reclamo el órgano ante quien fuere presentado deberá pronunciarse en un plazo no superior a los 90 días, vencido el cual el interesado podrá requerir «pronto despacho»; y si transcurrieren a partir de dicho momento otros 45 días sin que ocurriera la decisión administrativa, quedará habilitado para iniciar la demanda judicial. Si el reclamo es denegado, no habrá necesidad de plantear un nuevo recurso y quedará igualmente habilitada la acción judicial. Los mismos plazos contiene la legislación de Salta.

Ahora bien, la ley 25.344 introduce una reforma en perjuicio del administrado de dudosa constitucionalidad, en el decir de Gordillo. A diferencia de los recursos administrativos, ante cuya denegatoria se establece un plazo para promover la demanda judicial vencido el cual se opera la caducidad, la denegatoria del reclamo en el régimen anterior no producía la obligación de plantear la demanda de manera inmediata, y esta quedaba librada a la prescripción del derecho. La reforma introduce el requisito de que cumplido el trámite del reclamo previo, sea que se venzan los plazos para que la Administración se pronuncie o que se haya denegado la pretensión, deben cumplirse los recaudos del art. 25 de la LPAN; lo cual quiere decir que se considera agotada la vía administrativa aún en el supuesto de silencio de la Administración, encontrándose obligado el interesado a deducir la demanda en el plazo de 90 días hábiles judiciales de verificado tal momento y, no haciéndolo, pierde el derecho a hacerlo, sanción que no tiene justificación alguna.

Para el autor citado el plazo del art. 25 debe comenzar a correr solo cuando hay denegatoria expresa³⁵², por cuanto el silencio de la Administración nunca puede redundar en perjuicio del particular y constituye un derecho de éste el decidir cuando, ante la omisión de pronunciarse por la Administración, debe presentar la demanda judicial. Ello es así en tanto la Corte Suprema Nacional ha sostenido reiteradamente que es inconstitucional la aplicación de los plazos de caducidad a partir del

³⁵¹ Hutchinson, op. cit. Tomo I, pág. 534.

³⁵² Gordillo, op.cit., pág. 319.

silencio administrativo³⁵³, por cuanto la denegación por silencio es una herramienta que utiliza el ordenamiento para que el particular pueda accionar judicialmente ante el incumplimiento de la Administración, pero en modo alguno transforma ese silencio en una manifestación de voluntad, simplemente porque aquella nada hace y dice, sino que, sencillamente no actúa, es decir, deja transcurrir el plazo sin resolver³⁵⁴.

El reclamo administrativo previo no será necesario, de acuerdo al art. 32 LPAN, cuando una norma expresa así lo establezca, o cuando: a) se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución, o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) se reclamaren daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual. Este artículo también fue modificado por la ley 25.344 en cuanto a su alcance, pues incluía otros supuestos que antes habían sido largamente elaborados por la jurisprudencia como excluyentes del reclamo previo, y que en el decir de los autores mantendrá su vigencia a pesar de la reforma, como es el caso de los reclamos contra reglamentos de necesidad de urgencia, o cuando se pide la inconstitucionalidad de una norma, o cuando se trate de impugnar actos administrativos de alcance particular o general.

Así, cuando se trate de repetición de gravámenes, debe entenderse que el planteo puede comprender todo tipo de pago que se haya realizado al Estado por cualquier título que fuere; es decir, lo expuesto no refiere sólo a la posibilidad de recuperar impuestos y tributos regularmente abonados, sino cualquier otro tipo de crédito que se tenga con el Estado como podrían ser tasas, derechos, patentes, aportes previsionales, multas, intereses, etc. Los reclamos por daños y perjuicios alcanzan los que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte empleados o agentes estatales, y aquellos que hayan acaecido en circunstancias en que éstos realizan funciones o tareas específicas de su cargo. En este caso la Administración no tiene facultades para justipreciar razonablemente la cuantía del daño, por lo que necesariamente deberá acudir a su determinación judicial.

Aunque el art. 32 LPAN no lo diga la doctrina entiende que se mantiene la vigencia del principio contenido en su texto anterior, sostenido sistemáticamente por la doctrina, en cuanto a que cabe prescindir del reclamo previo cuando pueda presumirse la ineficacia cierta de éste, lo que se verifica cuando media una clara conducta del Estado que haga presumir que el reclamo constituye un ritualismo inútil que solamente entorpecerá el ejercicio de la acción judicial por el particular. Ello es así en tanto el exceso de rigor formal en la exigencia de requisitos administrativos o meramente burocráticos, no se compadece con un adecuado acceso al servicio de justicia y la tutela judicial efectiva que se reconoce a los particulares.

7.- Recursos, reclamaciones y denuncias.

Recursos administrativos

Desde una perspectiva conceptual, el término recurso comprende tanto el proceso judicial como los procesos estrictamente administrativos. Es posible distinguir así entre: a) el recurso interpuesto contra la sentencia judicial referida a una pretensión contencioso administrativa que tiene como causa un acto administrativo (arts. 25 y 26 LPAN); b) el llamado recurso judicial directo (previsto en normas especiales); c) el recurso interpuesto ante el Tribunal Fiscal de la Nación, al que los autores le reconocen una actividad jurisdiccional no obstante tratarse de un órgano creado en el ámbito de la Administración (art. 99 RLPAN); d) los distintos tipos de reclamaciones y denuncias, tanto, i) los que se presentan contra actos, hechos u omisiones de la administración (art. 23 LPA), ii) el llamado reclamo impropio que se interpone contra los reglamentos (art. 24.a LPA), y iii) el reclamo administrativo pre-

³⁵³ CSJN, Fallos 318:1349, 300:1292, entre otros.

³⁵⁴ CSJN, Fallo 3/4/01, citado por Gordillo, Procedimiento..., pág. 320.

vio contemplado en el art. 30 LPA, sobre el que muchos autores coinciden que ha quedado reducido a unos pocos casos.

Ahora bien, el art. 73 RLPAN menciona los recursos administrativos como medio de impugnación de actos administrativos a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, por lo que, en sentido amplio, recurso es un remedio o un medio de protección de toda persona física o jurídica para impugnar (atacar, rebatir, objetar, controvertir) los actos y hechos administrativos que la afectan, y defender sus derechos ante o contra la Administración³⁵⁵.

Desde una perspectiva más estricta, recurso administrativo es toda impugnación, en el plazo que la ley determina, de un acto o reglamento administrativo, que se dirige a obtener, del órgano que lo emitió, el superior jerárquico o de la dependencia que ejerza el control de tutela, su revocación, modificación o saneamiento³⁵⁶. El recurso se proyecta no contra cualquier acto o actividad de la administración, sino específicamente contra un acto administrativo o un reglamento administrativo.

Conforme a ello, el recurso administrativo procederá solo contra actos dictados en ejercicio de la función administrativa por cualquier dependencia del Estado -lo que comprende decisiones de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial-, siendo que constituye una impugnación contra el contenido de ese acto y no contra hechos u omisiones de la Administración, los que en su caso podrán ser controvertidos por vía de las reclamaciones. Los recursos son parte inescindible del procedimiento administrativo y en su trámite, el cumplimiento de los plazos resulta esencial. Se interponen ante un órgano administrativo y son resueltos por este, siendo que quién lo presenta debe invocar un derecho jurídicamente protegido afectado por el acto administrativo.

En síntesis y de acuerdo con Canosa³⁵⁷, recurso administrativo es «toda impugnación en término de un acto administrativo, interpuesto por quién sea afectado por él en un derecho jurídicamente protegido, invocando razones de legitimidad o de oportunidad, mérito o conveniencia, con el objeto de que el órgano que lo emitió, un superior jerárquico determinado o el órgano que ejerce el control de tutela, proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado».

La articulación de recursos administrativos tiene como fundamento esencial posibilitar a la Administración el control de los actos administrativos través de su legalidad, oportunidad, mérito o conveniencia (art. 73 RLPAN), lo cual se concreta a partir del control jerárquico de la dependencia centralizada (que verifica tanto la legalidad como el mérito) y el control de tutela sobre los organismos descentralizados (que alcanza, en principio, solo al control de legalidad). La actividad de control se proyecta sobre los órganos de la misma Administración, de tal modo que no solo se atiende el derecho del particular sino al adecuado funcionamiento de la organización administrativa, siendo su finalidad correctiva, pues impone el examen de la actividad del funcionario para decidir si ella es regular y ajustada a derecho.

La articulación del recurso produce distintos efectos, según se considere el momento de su interposición o el de su resolución. Al respecto, la ley nacional contempla que con su presentación se suspende el curso de los plazos del procedimiento (art. 1.e.7 LPAN); también se suspenden los plazos de prescripción (art. 1.e.9 LPAN) y los plazos para la interposición de la acción judicial. No conllevan la suspensión de la ejecución o de los efectos del acto administrativo (art. 12 LPAN), salvo que quién tenga legitimidad para introducir un recurso haya invocado una nulidad absoluta, que la ejecución del acto le irrogará graves perjuicios, cuando se presenten razones objetivas de interés público o cuando la norma misma lo determine.

En cuanto a su resolución, la decisión que se adopte podrá tomar distintos caminos: declarar inadmisibile el recurso (art. 77 RLPAN); desestimar o rechazar la

³⁵⁵ Gordillo, Procedimiento... pág. 509.

³⁵⁶ Cassagne, op.cit., Tomo II, pág. 589 ; Escola, op.cit., pág. 253 y ss.; Hutchinson, op. cit., Tomo 2, pág. 306.

³⁵⁷ Canosa, op. cit., pág. 63.

pretensión del particular (art. 82 RLPAN); ratificar, confirmar o sanear el acto (art. 19 LPAN), o admitir el recurso y, como consecuencia, revocar, modificar o sustituir el acto administrativo (art. 82 RLPAN).

Reclamaciones

El recurso no constituye la única vía de peticionar ante la Administración en defensa de un derecho o interés de carácter administrativo, ni tampoco el único medio de dirigirse a la autoridad Administrativa invocando el derecho a peticionar. Al respecto, Cassagne³⁵⁸ distingue entre simples reclamaciones, reclamaciones regladas y denuncia administrativa.

Según este autor las simples reclamaciones no constituyen medios para impugnar actos administrativos, sino que se trata de planteos que pueden o no tener contenidos jurídicos y que realizan los particulares con sustento en el derecho de peticionar (art. 14 Constitución Nacional). Tienden a obtener la emisión de un acto que lo favorezca o a inducir el ejercicio de la potestad revocatoria por la dependencia competente. Si bien en principio podría no tramitarlas por no contener ellas aspectos jurídicos, el derecho constitucional de peticionar requiere de una respuesta por parte de la Administración que ésta debe brindar con fundamento en el buen orden administrativo.

Las reclamaciones regladas, incluso las que no impugnen actos administrativos, sobre las que se expuso *in extenso* más arriba, obligan a la Administración a pronunciarse, particularmente cuando constituyen un procedimiento previo exigido para la habilitación de la instancia judicial y se reclame por daños a bienes o afectaciones a derechos que sean consecuencia de actos y hechos de la Administración. Constituyen recaudos procesales necesarios de la acción judicial, en tanto cumplimiento del requisito de 'agotamiento de la vía administrativa', tal como lo exigen el art. 30 LPAN, la Cláusula Transitoria Cuarta de la Constitución y ley 5018, estas últimas de Salta.

Los reclamos o reclamaciones administrativas en nuestro derecho positivo, son o medios de impugnación directa de reglamentos (art. 24 inc. a LPAN), o bien instrumentos de cuestionamiento del accionar administrativo que no constituyen, en principio, acto administrativo (art. 30 de LPAN). Comprenden tanto actos, como hechos u omisiones de la Administración que afecten derechos o intereses de carácter administrativo³⁵⁹.

Denuncias

La denuncia administrativa a diferencia de los recursos y reclamaciones, que deben sustentarse en derechos o intereses de quién hace el planteo, la denuncia puede ser formulada por cualquier ciudadano que en conocimiento de la comisión de un hecho irregular o ilícito, cometido por algún funcionario, o proveniente de algún órgano estatal, se lo hace saber a una autoridad administrativa.

Es decir la denuncia constituye un acto por el cual un particular pone en conocimiento de la autoridad administrativa la existencia de comportamientos constitutivos de irregularidades administrativas, portando quien la formula un simple interés que no le confiere la calidad de parte y no genera la obligación de resolución por parte de la Administración³⁶⁰.

La Administración no tiene entonces obligación de tramitar y decidir sobre lo denunciado, ahora bien no hacerlo podría dar lugar que le genere responsabilidad al funcionario que omite investigar un hecho que luego surja perjudicial para el Estado. Pero es posible que el denunciante tenga un interés directo en el resultado de lo denunciado y que requiera que su planteo tramite como recurso, en cuyo caso inter-

³⁵⁸ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 590.

³⁵⁹ Dromi, Manual..., Tomo 2, pág. 326.

³⁶⁰ Comadira, op. cit., pág. 200.

vendrá en el trámite como interesado y la Administración deberá tramitar y decidir lo que corresponda a derecho sobre los planteos efectuados (es el caso de la denuncia de ilegitimidad).

8.- Recursos administrativos en particular.

Distintos son los recursos y vías administrativas que contemplan las respectivas leyes de procedimientos administrativos, nacional o provinciales, que en tanto regulación local, han atendido a sus propias experiencias y realidades, lo que no obsta que hayan utilizado similares criterios para tipificarlos en las normas que las contienen.

Con finalidad ilustrativa es posible individualizar, en lo concerniente a la ley de procedimientos administrativos de la Nación (19.549), entre:

a) Recursos ordinarios contra actos y reglamentos administrativos: 1- reconsideración (arts. 84 a 88 RLPAN); 2- jerárquico (arts. 89 a 93 RLPAN); 3- alzada (arts. 94 a 98 RLPAN y 4° decreto n° 1883/91); 4- el reclamo impropio ante la autoridad que dictó el reglamento administrativo que afecte en forma cierta o inminente los derechos del particular, antes de acudir a sede judicial (art. 24.a LPA); 5- el recurso innominado contra actos definitivos de aplicación del reglamento, antes de acudir a sede judicial (arts. 24.b LPAN y 75 RLPAN).

b) Recursos extraordinarios u otras vías administrativas: 1- revisión (arts. 22 LPAN y 100 RLPAN); 2- denuncia de ilegitimidad (art. 1.e. ap. 6° LPAN); 3- queja (arts. 71 y 72 RLPAN); 4- rectificación de errores materiales (art. 101 RLPAN); 5- aclaratoria (art. 102 RPLA).

En cuanto a la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Salta (ley 5348), esta señala entre recursos y vías administrativas: 1- reconsideración (arts. 177 a 178); 2- jerárquico (arts. 179 a 183); 3- alzada (arts. 184 a 187); 4- aclaratoria (arts. 74.a y 176); 5- denuncia de ilegitimidad (art. 156); 6- denuncias (arts. 167 a 171); 7- revocación por ilegitimidad (art. 94); 8- aclaratoria (arts. 74 inc. a y 176); 9- avocación por alzada (art. 185 2do párrafo).

Recurso de Reconsideración

Es aquel que se deduce ante la propia autoridad que ha dictado el acto administrativo o reglamento a fin de que por contrario imperio, lo revoque, derogue o modifique, según sea el caso.

También es denominado de revocatoria o reposición y tiende a evitar dilaciones innecesarias en el trámite, permitiendo a la misma autoridad que dictó el acto un breve y rápido análisis de su contenido, controvertido por quién resulta lesionado en un derecho o interés de carácter administrativo. Hay autores que dudan de su eficacia por cuanto entienden que en la práctica, es poco común que el funcionario revise su decisión³⁶¹.

Procede contra actos administrativos definitivos (los que se pronuncian sobre el fondo de la cuestión planteada), o aquellos que sin tener ese carácter se les asimilen, en tanto impidan totalmente la prosecución del trámite o lo decidido no pueda modificarse posteriormente³⁶².

El plazo para interponerlo es de 10 días, que se cuentan a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo que se impugna, y debe ser deducido por quién invoque un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por esa decisión. En cuanto a su contenido, se podrá controvertir tanto la legítimidad cuanto la oportunidad, mérito, conveniencia o interés público del acto.

³⁶¹ Gordillo, Procedimiento..., pág. 540.

³⁶² Hutchinson, op. cit., Tomo 2, pág. 385; Cassagne, op. cit., tomo II, pág. 599.

En el régimen nacional (arts. 84 a 88 RLPAN) el recurso de reconsideración es optativo, es decir que el particular puede elegir interponer directamente un recurso jerárquico ante la autoridad superior y omitir el de reconsideración, sin que por ello le esté impedida la habilitación de la instancia contencioso administrativo.

En la ley de Salta (arts. 177 y 178) su interposición es obligatoria y resulta necesaria para agotar la vía administrativa, pues la omisión de impugnar un acto administrativo en el plazo legal acarrea la caducidad de la acción procesal³⁶³.

Si la reconsideración es rechazada expresamente, el órgano que lo decidió debe elevar de inmediato y sin necesidad de petición del recurrente el expediente a su superior jerárquico, para que sea este en definitiva quién resuelva (art. 88 RLPAN), en tanto en el sistema nacional este remedio lleva implícito el recurso jerárquico en subsidio. No es así en la legislación de Salta en donde ante la denegatoria de la reconsideración, se obliga a la interposición del jerárquico para recorrer la jerarquía administrativa hasta agotar la vía.

Recurso jerárquico

De todos los recursos administrativos este es sin duda el de mayor trascendencia.

Constituye un remedio procedimental que habilita a todo recurrente a dirigirse a los niveles superiores más elevados de la Administración central (presidente, ministros y secretarios de Estado), o descentralizada (directorío, presidente, gerente)³⁶⁴. Los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación han excluido al Jefe de Gabinete de la posibilidad de resolver este recurso³⁶⁵, en tanto este funcionario no sustituye al Presidente ni a los ministros, que son a quienes la ley les ha atribuido competencia específica para tal fin.

En el régimen nacional (arts. 89 a 93 RLPAN) su interposición no está supeditada a la presentación de ningún otro recurso previo, y procede contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo, motivo por el cual no es posible su uso en el caso de actos preparatorios o de los que no posean efectos inmediatos y definitivos, es decir aquellos que no decidan sobre el fondo de la cuestión planteada, ni ocasionen indefensión, o impidan la prosecución del trámite para llegar a la decisión final³⁶⁶.

Se presenta directamente ante el mismo órgano que emitió el acto impugnado, o ante su superior jerárquico, quién en definitiva decidirá previo dictamen de los servicios jurídicos permanentes de la Administración (art. 7 inc. d LPAN), cuestión que constituye un requisito esencial del acto que resuelva el recurso jerárquico. El plazo para su interposición es de 15 días hábiles administrativos desde que fue notificado el acto que se impugna.

Está legitimado para plantearlo quién ve lesionado un derecho subjetivo o interés legítimo; y al hacerlo podrá impugnar el acto administrativo tanto en su legitimidad, cuanto en su mérito, oportunidad, conveniencia o interés público comprometido.

La ley de Salta establece como requisito esencial para la procedencia del recurso jerárquico (art. 179 a 183) la previa interposición y denegación del recurso de reconsideración. Su presentación se puede realizar ante la misma autoridad que resolvió el acto impugnado, o ante el inmediato superior jerárquico, en un plazo máximo de 10 días desde la notificación de la denegatoria o desde el vencimiento del plazo que el funcionario tenga para resolverla.

A diferencia del régimen nacional que fija sea resuelto por la máxima autoridad en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto impugnado, el régimen salteño (art. 182) otorga opción al administrado para, o recorrer sucesivamente todos los

³⁶³ CJS, Tomo 66:949, 73:019.

³⁶⁴ Hutchinson, op. cit, Tomo 2, pág. 440; Gordillo, Procedimiento..., pág. 544; Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 602.

³⁶⁵ PTN, Dictámenes, 222:53, 233:173 y 175, entre muchos.

³⁶⁶ Gordillo, Agustín, Procedimiento ..., pág. 546.

grados de la línea jerárquica hasta llegar al Gobernador, o hacer su planteo directamente ante la autoridad superior del órgano o ente de que se trate.

Recurso de Alzada

La 'alzada' constituye un medio jurídico para impugnar, ante el ministro o secretario de estado en cuya jurisdicción se encuentre funcionando, un acto emanado del órgano superior de una entidad descentralizada. Antiguamente en el ámbito nacional se lo conocía como 'recurso jerárquico impropio' y se presentaba directamente ante el Poder Ejecutivo.

El que la entidad autárquica o descentralizada se encuentre fuera de la relación jerárquica y por ende, no tenga subordinación directa con el Poder Ejecutivo, en tanto ha sido constituida como un ente diferente con personalidad jurídica y patrimonio propios, no importa el que sus decisiones resulten irrevisables³⁶⁷, máxime que dicho ente es estatal y es parte en la realización de los fines de la organización administrativa.

Cassagne señala que el fundamento de este recurso radica en el poder de tutela administrativa, cuestión indiscutible –dice- cuando se trata de personas jurídicas públicas estatales, pero dada la complejidad y diferente modalidad de organización de estas (empresas del estado, sociedades del estado, sociedades anónimas estatales, etc.), el alcance de dicho control tendrá peculiaridades y condicionamientos según los casos.

La tutela implica un poder de revisión sobre actos de los órganos que conducen las entidades descentralizadas, y puede tener alcance preventivo (cuando la entidad requiere autorización previa para llevar adelante una acción o emitir un acto) como represivo (cuando en el mismo caso requiere de la aprobación posterior por el Poder Ejecutivo). El decreto nacional N° 1883/91 establece que el recurso de alzada no procederá contra «los actos inherentes a la actividad privada» de las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional, aunque es procedente contra los actos administrativos de estos entes cuyo contenido fuere ajeno a esa actividad y propio del derecho público (art. 4)³⁶⁸.

Al igual que en el jerárquico, el recuso de alzada procede contra actos administrativos definitivos o asimilables a ellos, originados en la autoridad u órgano superior de un ente descentralizado, y puede impugnarse, en principio, cualquier aspecto de la decisión recurrida (art. 73 RLPAN). No obstante, el art. 97 RLPAN distingue el supuesto de si la entidad descentralizada fue creada por el Congreso Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales, en cuyo caso el recurso de alzada solo importará el análisis de la legitimidad del acto impugnado (salvo que la ley autorice un control más extenso), de los entes instituidos en ejercicio de facultades concurrentes en donde el control será amplio y abarcará también lo concerniente al mérito, oportunidad, conveniencia e interés público. El Poder Ejecutivo o el ministro competente podrán, en este último caso, revocar, modificar o sustituir el acto impugnado.

Se trata de un recurso optativo o voluntario, es decir que su no articulación no constituye obstáculo para la promoción de la acción judicial pertinente. Incluso a pesar de haber sido planteado, es posible desistirlo y acudir directamente a la vía judicial.

Si bien su normativa no contiene expresamente el plazo para interponerlo, remite (art. 98) expresamente al recurso jerárquico (art. 90), con lo cual será de 15 días a partir del día siguiente de notificado el acto administrativo que produce la lesión.

En el régimen de Salta (arts. 184 a 187), si bien en un comienzo se entendió que su interposición constituía una condición para habilitar la vía del control judicial, posteriormente se consideró que se trataba de un recurso optativo que en nada impedía acudir directamente al proceso judicial³⁶⁹.

³⁶⁷ Hutchinson, op. cit., Tomo 2, pág. 459; Gordillo, Procedimiento..., pág. 554.

³⁶⁸ Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 608.

³⁶⁹ CJS, Tomo 73:857.

Revisión

Aun antes de que fuera incluido en la redacción de la LPAN, la doctrina y la jurisprudencia habían admitido la revisión o recurso de revisión, que posee un carácter extraordinario por cuanto pone en duda el principio de estabilidad del acto administrativo, que constituye un aspecto sustancial de la seguridad jurídica que traduce el régimen procedimental de la Administración pública.

Constituye un remedio que se concede excepcionalmente al administrado para solicitar la revocación de actos firmes que fueron emitidos por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del particular³⁷⁰, cuya acreditación se desprende de documentos o hechos nuevos o desconocidos al momento de resolver.

La LPAN no dice que se trate de un recurso, como que tampoco establece quién lo resuelve, aunque se ha interpretado que constituye un recurso autónomo y diverso de los demás existentes, de carácter limitado y excepcional en tanto implica un reexamen de un acto firme y consentido. Es acto firme aquel que el particular no puede discutir más ante la Administración, sea porque agotó la vía administrativa sea porque no caben más recursos administrativos contra el mismo o por que ellos no se plantearon en plazo.

El art. 22 LPAN enumera una serie de supuestos por los que se habilita atender la revisión del acto firme en sede administrativa:

- a) Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración.
- b) Cuando después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como prueba por fuerza mayor o por obra de tercero.
- c) Cuando hubiere sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de emanado el acto.
- d) Cuando hubiere sido dictado mediante cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada.

Los plazos para su presentación varían según los casos: de 10 días por el inciso a) contados a partir de que se haya notificado el acto; en los demás supuestos es de 30 días de recobrada o hallada la documentación, o de cesada la fuerza mayor u obra del tercero, o de comprobados los hechos que señalan los incisos c) y d).

Queja

Esta vía administrativa se dirige a corregir los defectos de tramitación y, particularmente, el incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios del procedimiento administrativo (art. 71 RLPAN). En virtud de ella se concede al administrado la potestad de acudir ante el superior jerárquico inmediato, a fin que este disponga las medidas necesarias para subsanar las anomalías incurridas en las actuaciones y que se modifique, de tal modo, la conducta administrativa irregular.

No constituye en verdad un recurso, pues no se busca impugnar ningún acto administrativo, sino que su fundamento se encuentra en el contenido del art. 1º inc. b) LPAN, en cuanto a la necesidad de que los procedimientos tramiten con celeridad, sencillez, economía y eficacia.

Conforme su régimen legal debe resolverse el planteo de la queja en un plazo de cinco días, sin más trámite que el informe que deberá elevar, si fuere necesario, el funcionario o agente contumaz.

La interpondrá todo aquel que participe de un procedimiento administrativo, sea como parte o tercero interesado, y busque se rectifique la conducta lesiva u omisiva evidenciada en el expediente por parte de la Administración. Si bien la ley no fija plazo, el principio es que no cabe retrotraer las etapas administrativas cumplidas;

³⁷⁰ Gordillo, Agustín, Procedimiento ..., pág. 228; Cassagne, op. cit., Tomo II, pág. 612.

aunque algunos autores entienden que debe plantearse en el plazo genérico de 10 días (art. 1º, inc. e, ap. 4 LPAN).

Este remedio no está contemplado en la ley de Salta, aunque siempre le quedará al particular el derecho de peticionar con el mismo fundamento de la celeridad y eficacia.

Aclaratoria

El art. 102 RLPAN establece que podrá pedirse aclaratoria cuando exista contradicción en la parte dispositiva del acto administrativo, o entre su motivación y la parte dispositiva o para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas.

No se trata en realidad de un recurso administrativo (aunque es denominado indistintamente como aclaratoria o recurso de aclaratoria), pero constituye un remedio contra la imprecisión, oscuridad o contradicción sustancial de la que puede adolecer un acto administrativo.

Es el interesado quién tiene la potestad de solicitar se aclare el sentido de la decisión o se precisen sus fundamentos, debiéndolo hacer en el plazo de 5 días de notificado el acto definitivo

El art. 101 RLPAN también refiere a que el administrado, en cualquier momento, podrá solicitar se corrijan errores materiales, de hecho, incluso aritméticos incurridos por el órgano administrativo, en la medida en que no alteren lo sustancial de la decisión.

La ley de Salta contiene la aclaratoria en los arts. 74 inc. a) y 176 LPAS, fijando como plazo de su interposición el de 3 días posteriores a la notificación del acto que se pretende aclarar o corregir. Conforme dicho régimen legal, su interposición suspende el cómputo de los plazos para los recursos y acciones que procedan³⁷¹.

9.- Denuncia de ilegitimidad

Tal como fuera antes expuesto al analizar los plazos, estos resultan perentorios respecto de la interposición de los recursos administrativos (art. 1.e ap. 6 LPAN), vale decir que si el recurso no fue presentado en el tiempo previsto en la norma se pierde el derecho a articularlo posteriormente.

No obstante tan enfática definición, el Estado tiene el deber y también el interés de velar por el principio de legitimidad de sus propios actos, lo que constituye una directiva por la cual la Administración deberá proceder, con los medios a su alcance, al adecuado esclarecimiento de la situación irregular que se origine en un acto administrativo. Dicha circunstancia impone que deba admitir y tramitar como 'denuncia de ilegitimidad' el recurso interpuesto fuera de término. Tales fueron los fundamentos de la Procuración del Tesoro de la Nación en los dictámenes que dieron origen a éste recurso innominado o extemporáneo, que constituye, en el decir de Hutchinson, una ponderable conquista del derecho administrativo³⁷².

La preceptiva del art. 1º inc. e) ap. 6 LPAN establece que, «una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho» (*idem* art. 156 LPAS).

Según la doctrina de la Procuración, la denuncia de ilegitimidad implica un modo de subsanar la presentación de un recurso fuera del plazo previsto en la ley, de lo

³⁷¹ CJS, Tomo 79:273

³⁷² PTN, Dictámenes 163: 358, 192:24, 211.470, entre otros; Gordillo, Procedimiento..., pág. 30; Aberastury y Cilorzo, op. cit., pág. 162; Comadira, op.cit., pág. 199.

que se sigue que será competente para decidirlo el órgano administrativo que hubiera debido resolver el recurso. Por su intermedio se busca asegurar la vigencia de la juridicidad y proteger simultáneamente los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. Ello es así por cuanto cada vez que un particular objeta una actuación estatal que lo afecta, pone en movimiento un mecanismo que además de atender a la satisfacción de sus pretensiones, constituye un instrumento de control de la actividad administrativa. Es decir: legalidad y eficacia de la actividad administrativa por un lado y respeto de los derechos o intereses del administrado por el otro.

Para que proceda la denuncia de ilegitimidad habrá en primer lugar, un acto administrativo que proyecte sus efectos hacia el recurrente que invoca la lesión a sus derechos o intereses de carácter administrativo, y habrá también un recurso administrativo nominado cuyo plazo ha vencido. No se admite que hubiera denuncia de ilegitimidad cuando el objeto de la impugnación sea un acto de alcance general de carácter normativo; solo se habilita contra actos administrativos individuales susceptibles de recursos administrativos.

La normativa analizada contiene restricciones para su procedencia. La primera de ellas es que no se afecte la seguridad jurídica, cuyo alcance o naturaleza indeterminada o imprecisa es necesario sea esclarecida en cada oportunidad, atendiendo los hechos de cada situación jurídica³⁷³. La seguridad jurídica constituye un valor esencial en el Estado de Derecho asociada, indudablemente, con el principio de legalidad, que impone a la Administración la observación estricta del ordenamiento jurídico positivo, cuestión que se proyecta a la circunstancia de habilitar la extinción de los actos manifiestamente irregulares.

La expresión 'razonables pautas temporales' que contiene la norma, no fija un plazo concreto para que se entienda producido el abandono voluntario del derecho, razón por la cual la Procuración del Tesoro, reconociendo que no se puede establecer una regla general e invariable, afirma que la solución dependerá de las circunstancias de cada caso, llevando tal razonamiento a establecer que el factor temporal no es el único elemento a considerar pues este, necesariamente juega en relación con los hechos de que se trate y de cuya concomitancia pueda surgir eventualmente tal abandono voluntario del derecho³⁷⁴.

Comadira³⁷⁵ dice que la autoridad administrativa puede valorar el supuesto de improcedencia de la denuncia de ilegitimidad cuando ha transcurrido un tiempo posterior al vencimiento del recurso que parece irrazonable, pero si la impugnación pone en evidencia la existencia de una nulidad absoluta, la Administración no puede dejar de cumplir con lo previsto en el art. 17 de la LPAN, que le manda revocar o sustituir el acto administrativo afectado de nulidad absoluta, ya lo haga por sí misma ya sea acudiendo a la justicia tal como lo establece la norma.

Si la denuncia de ilegitimidad es desestimada, la decisión adoptada resulta en principio irrecurrible, aunque al respecto la jurisprudencia ha distinguido dos supuestos:

a) cuando el rechazo se justifica simplemente en la extemporaneidad del recurso, el interesado no podrá plantear nuevo recurso administrativo ni tampoco podrá reeditar la cuestión por vía judicial, por cuanto la decisión administrativa que desestima un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, «...no es susceptible de ser impugnada en sede judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial»³⁷⁶;

b) cuando la autoridad rechaza la denuncia de ilegitimidad pero ingresa a conocer el fondo de la cuestión, se ha dicho que «El acto administrativo que resuelve la

³⁷³ Gordillo, op. cit., pág. 32.

³⁷⁴ PTN, Dictámenes, 176:155.

³⁷⁵ Comadira, op. cit., pág. 207.

³⁷⁶ CSJN, «Caso Gorordo», La Ley, 1999-E-186; CJS, Tomo 63:583.

denuncia de ilegitimidad debe considerarse el acto causatorio de estado a los fines de la habilitación de la instancia judicial –no obstante asimilarse la denuncia a un recurso extemporáneo–, cuando la autoridad entra a conocer el fondo de la cuestión en virtud del deber de ejercer el control de legitimidad de los actos administrativos»³⁷⁷, razonamiento justificado en virtud del principio *in dubio pro admissione processu*, que impide poner vallas meramente formales para el acceso al control judicial suficiente.

10.- Recursos ante los entes reguladores de servicios públicos

El art. 42 CN, en orden a establecer un procedimiento eficaz para la prevención y solución de conflictos en los servicios públicos de competencia nacional y la aprobación de los marcos reguladores, exige la instalación de ‘organismos de control’. Estos son los que se conocen como entes reguladores independientes, que en su organización y procedimientos según la directiva constitucional, deben otorgar participación decisoria a las provincias y a los usuarios.

La instalación de estos entes es una consecuencia del fenómeno de la transferencia al sector privado de distintos servicios públicos que antes eran de gestión estatal, lo que dio lugar a su vez a la necesidad de regular estas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad³⁷⁸, dado que antes era el mismo Estado el que prestaba y regulaba la actividad.

Los entes o agencias reguladores son entes públicos estatales que tienen personalidad jurídica propia, autonomía funcional y autarquía financiera, y en la Nación están creados en el ámbito del Poder Ejecutivo, reciben el control de la Auditoría General de la Nación, de la Sindicatura General y del Defensor del Pueblo³⁷⁹.

Sus competencias están vinculadas con cometidos de interés general, en tanto su actividad se proyecta sobre los servicios públicos privatizados, hoy regulados por disposiciones de orden público. En cuanto a sus funciones, hay «opiniones para todos los gustos»³⁸⁰, aunque en general se entiende que ellas son la protección de los derechos de la comunidad que se concreta en la planificación, regulación y ejecución de políticas públicas estatales a través del dictado de reglas complementarias de la regulación, la aplicación del marco de regulación, el control de los agentes del sistema y la protección de los usuarios³⁸¹, es decir en actividades de orden legislativo, administrativo o jurisdiccional (Vg.: funciones reglamentarias, jurisdiccionales, sancionatorias y de fiscalización).

Desde ya las decisiones que adoptan estos entes pueden incidir en forma directa o indirecta sobre los derechos de los usuarios, como sobre los agentes prestadores del servicio y terceros. En tal sentido, las normas regulatorias habilitan vías de impugnación a través de recursos administrativos, y de acciones directas que garantizan la tutela judicial efectiva de quienes resulten damnificados por la acción o la normativa reglamentaria emitida por estos entes.

En ámbito nacional, ante las decisiones de los entes que adoptan formas interjurisdiccionales, como por ejemplo el ETOSS (o también el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, entre otros), procede la ‘alzada’ o ‘recurso de alzada’ a resolver por el Poder Ejecutivo, en tanto se considera se trata de decisiones originadas en una dependencia descentralizada³⁸². Constituye, como es connatural a este recurso, una vía optativa que puede abandonarse para dirigir el reclamo el administrado directamente ante el Poder Judicial.

³⁷⁷ CJS, Tomo 86:621.

³⁷⁸ Cassagne, Juan Carlos, «La intervención administrativa», pág. 150 (Abeledo Perrot, 1994).

³⁷⁹ Balbín, Carlos F., «Sobre el control judicial de los entes reguladores de los servicios públicos», en pág. 767 de la obra colectiva «Servicio público, policía y fomento», Ediciones R.A.P.S.A., 2004.

³⁸⁰ Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, VII-8.

³⁸¹ Balbín, op. cit., pág. 768; Nallar, Daniel M., «El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público», pág. 108, Depalma, 1999.

³⁸² Gordillo, Agustín, Procedimiento ..., pág. 557, con cita de dictámenes de la PTN.

En orden a la vía administrativa, el art. 10 inc. k de la ley 6835 de Salta, que crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, habilita a su directorio resolver los reclamos que se le formulen, especialmente por parte de los usuarios, al igual que en los conflictos y cuestiones que le fueren planteadas por concesionarias y licenciatarias, prestadoras, usuarios y terceros que tengan relación directa con la prestación del servicio, como también a aplicar las sanciones que correspondieren. No está previsto en el caso de Salta el control por recurso de alzada ante el Gobernador, sino que el control posterior será exclusivamente judicial (art. 15 ley 6835).

En cuanto al control o tutela judicial suficiente, los regímenes regulatorios como el del gas, electricidad o aeropuertos disponen que antes de acudir al proceso judicial, debe haber una intervención previa y obligatoria de los entes reguladores, de tal modo que ‘toda controversia’ que se suscite entre los sujetos de los servicios regulados o los usuarios y terceros, debe quedar sometida a una instancia administrativa que debe ser primeramente agotada. Ello expone la capacidad jurisdiccional de los entes.

En Salta, el art. 14 de la ley arriba citada habilita un recurso directo ante la Corte de Justicia local (máximo órgano de tutela judicial en la Provincia –arts. 150 a 153 CP). Este precepto fue declarado inconstitucional por dicho tribunal al entender que excede de las competencias que le fueron constitucionalmente conferidas en forma originaria³⁸³, derivando la acción al único tribunal de primera instancia en lo contencioso administrativo cuando se trata de impugnar una decisión de naturaleza administrativa, y a los tribunales civiles, con fundamento en el derecho común (art. 19), cuando se considere un reclamo por daños y perjuicios sufridos por defectos del servicio, reservándose en este caso su intervención por la vía recursiva extraordinaria.

11.- Derechos de incidencia colectiva: noción (art. 42 CN). Alcance. Acción: ¿Quiénes pueden interponerla? Efectos de la sentencia.

Noción. Alcance.

La instalación del Estado de Bienestar implicó para el Estado de Derecho admitir que los derechos civiles (a trabajar, producir, comerciar, circular, navegar, ser propietario, publicar las ideas, profesar un culto, etc.) no solo constituyen un complejo de garantías reconocidas a las personas que estas teóricamente podían ejercitar libre e ilimitadamente, sino su intervención activa para que ante una realidad económica y social que imponía vallas a su ejercicio, se arbitraran las medidas que posibilitaran su goce en plenitud, lo que permite que las personas puedan adquirir un mejor nivel de bienestar en su vida personal. Es decir que entre el reconocimiento del derecho y su ejercicio, la realidad económica producía una brecha que lo tornaba muchas veces irrealizable e imponía la intervención estatal con el sustento del principio de subsidiariedad.

Entonces, a los conocidos derechos civiles que la Constitución Nacional incluye desde su redacción original, se adicionaron los denominados de carácter social (art. 14 bis) y, luego, los conocidos como de tercera generación que incluyen el reconocimiento de derechos a consumidores y usuarios de bienes y servicios, lo relativo al medio ambiente, a la tutela de la diversidad biológica y el patrimonio cultural (arts. 41 a 43), entre otros. Normas de similar contenido han sido incluidas en la Constitución de Salta.

Como lo señala Gordillo, el ‘derecho de incidencia colectiva’ constituye un concepto superador del derecho subjetivo o interés legítimo, resultando comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos, intereses difusos (derecho a la salud y a un ambiente sano), intereses comunitarios, preservación de la legalidad

³⁸³ CJS, caso «Colque, Porfirio vs. EDESA SA – Recurso de apelación directa en contra ENRESP N° 225/04».

urbanística, protección de los derechos de los vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad³⁸⁴.

La cuestión que plantean las acciones judiciales en defensa de los derechos de incidencia colectiva en general de los arts. 41 y 42 CN, está vinculada a aquellos derechos cuya titularidad no corresponde a los individuos (o al menos no solamente a ellos), sino que es ejercida (exclusivamente o en forma compartida con los individuos) por ciertos grupos sociales, más o menos amplios, más o menos difusos, e incluso, por toda la sociedad³⁸⁵. Es decir que la legitimidad que se reconoce a quienes pueden ser parte en una acción judicial en la que se controvierta este tipo de derechos no solo pertenece a quién resulta damnificado directo, sino también a quién tenga un interés en la reparación o demanda de tutela y a organizaciones de consumidores y usuarios cuyo objeto principal sea precisamente abogar y promover la defensa de la relación de consumo, la reparación ambiental y la defensa del patrimonio cultural (conf. art. 43 2do. párrafo CN).

El camino seguido por la jurisprudencia al respecto no fue pacífico, pues a pesar de la reforma constitucional de 1994, de lo ya contenido en la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor (anterior a aquella) y de lo sostenido por la doctrina y algunos fallos, los criterios resultaron al principio restrictivos en orden a la participación de quién no tenía un interés directo e inmediato en el resultado del proceso, aunque hubo decisiones judiciales que entendieron que la cuestión de la legitimación no podía constituir una verdadera denegación de acceso al control judicial de quienes se vieran afectados por una medida estatal.

Ello así por cuanto las disposiciones constitucionales citadas han producido una clara ampliación tanto del concepto como del alcance de la legitimación para estar en juicio, por lo que resultaría incongruente que quién es admitido como parte en un procedimiento administrativo en defensa de un interés legítimo, no sea admitido luego como parte en un proceso judicial cuando su petición sea denegada; lo que lleva a afirmar que basta, para ser parte en un proceso judicial, cuando se invoquen derechos de incidencia colectiva, la existencia de una conducta administrativa –u omisión a los deberes a su cargo– susceptible de generar perjuicios o daños al sujeto³⁸⁶.

Los derechos de incidencia colectiva refieren entonces no solo a los enumerados, como la no discriminación, medio ambiente, competencia, usuario y consumo, sino a cualquier otro no enumerado pero que se relacione con la salud, seguridad, intereses económicos, transparencia en la función pública, derechos humanos, entre otros, de las personas en tanto parte de un grupo o comunidad social. No otra cosa puede deducirse de la expresión «derechos de incidencia colectiva en general» contenido en el segundo párrafo del art. 43 CN.

Acción ¿Quiénes pueden interponerla?

El que el art. 43 establezca como vía para la tutela de los derechos de incidencia colectiva en general la acción 'expedita y rápida de amparo', no implica necesariamente que para su ejercicio y defensa haya que acudir necesariamente a este tipo de proceso, que por su naturaleza resulta una acción breve y estrecha en cuanto al debate de los hechos y la producción de prueba. Tal directiva constitucional constituye en realidad una potestad de quién promueve la acción judicial, el que podrá acudir a otro tipo de procesos, sumarios u ordinarios, descriptos en los sistemas procesales, con la misma finalidad, pues ello le permitirá un mayor debate y prueba de las pretensiones que esgrima o defienda³⁸⁷.

³⁸⁴ Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, II-4.

³⁸⁵ Ekmekdjian, Miguel Ángel, «Tratado de Derecho Constitucional», Tomo I, pág. 102.

³⁸⁶ Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, II-3; Aberastury y Cilurzo, op. cit., pág. 62.

³⁸⁷ CSJN, Fallos, 310:877, 311:810, 313:532, entre muchos.

En cuanto a quienes pueden promover acciones en procura de la defensa o tutela de estos derechos, la Constitución menciona al ‘afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización’ (art. 43 CN).

Afectado, en el sentido de la norma, es toda persona titular de un derecho subjetivo o interés legítimo, e incluso de un interés difuso, lesionado por el acto o la acción –u omisión a un deber legal- arbitraria o injusta de un particular o un ente público. Para verificar el supuesto que establece el precepto constitucional debe haber entonces un sujeto perjudicado; una acción u omisión que afecte sus derechos; estos derechos deben ser de aquellos mencionados como de incidencia colectiva y el perjuicio puede producirse de modo directo o aún de modo indirecto o reflejo, es decir, difuso. Esta es la postura de Morello, que comparte Ekmekdjian, pues es la que mejor consulta con el contenido de los nuevos derechos.

El *ombudsman* o Defensor del Pueblo, fue instituido en el art. 86 por la reforma constitucional de 1994, como un órgano encargado de la ‘defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas’. En general el criterio que orienta la intervención de esta figura en acciones en donde se encuentren en juego derechos de incidencia colectiva es restrictivo, en el sentido que se procura no dilatar la acción de tal modo que permita, por ejemplo, la defensa de la pura legalidad o que sustituya la acción de quién o quienes tengan una legitimidad más específica en promover acciones en ejercicio o defensa de estos derechos³⁸⁸.

En orden a la intervención de entidades o asociaciones de consumidores o usuarios, Gordillo señala que la experiencia indica que los derechos colectivos son más legítimamente defendidos por estas organizaciones no gubernamentales (ONG) que por las dependencias públicas, que la mayor de las veces son agentes del daño y no de protección jurídica.

La Constitución, como en general distintas normas que habilitan la intervención de este tipo de entidades, exigen, como condición esencial, que su legitimación sea concomitante con la del afectado por el acto lesivo y siempre y cuando el objeto estatutario de la entidad se vincule expresamente con el contenido del derecho que se ejercita o tutela, el que debe estar aprobado por la autoridad de aplicación (Vg.: Inspección Nacional de Justicia; Inspección Provincial de Personas Jurídicas, Registro Nacional de Cooperativas). Hay, no obstante las discrepancias que se observan en la doctrina y jurisprudencia³⁸⁹, una tendencia clara a adoptar un criterio amplio en orden a la intervención de las ONG en la defensa y ejercicio de los derechos de incidencia colectiva.

Efectos de la sentencia

Los efectos de la sentencia en causas donde la pretensión procesal se vincula a los derechos de incidencia colectiva, como los de cualquier otra sentencia judicial, dependerán de la naturaleza y alcance de los hechos que configuran la pretensión esgrimida en juicio y los derechos en juego, pero en todo caso solo alcanzarán en principio a quienes fueron parte en la acción judicial.

Seguramente la admisión de la demanda impondrá obligaciones de hacer, no hacer, dejar de hacer e incluso la de omitir alguna acción o acto por el particular o autoridad que resulte condenada. En otros casos se valorará pecuniariamente el alcance del daño producido y se mandará indemnizar o reparar.

En el ámbito del consumo, la ley 24.240, al describir los distintos supuestos que comprende la defensa del consumidor o usuario, habilita implícitamente también los distintos tipos de acciones que pueden promoverse en su tutela (Vg.: suministro de

³⁸⁸ Ekmekdjian, op. cit., Tomo V, pag. 70.

³⁸⁹ Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, II-26 y siguientes.

información adecuada, claridad en la oferta y publicidad, protesta por defectos de las cosas destinadas al uso o consumo, regularidad en la documentación que refleja la operación, garantía contra los defectos o vicios de cosas no consumibles, garantías en la prestación de 'servicios públicos a domicilio', cláusulas abusivas, entre muchos otros supuestos).

Dicha ley establece al respecto que, sin perjuicio de la intervención de la autoridad administrativa de aplicación de la ley, e incluso de la imposición de sanciones administrativas a quién violara sus preceptos, el consumidor o usuario puede promover acción judicial cuando entienda afectados o amenazados sus intereses. En el caso de asociaciones de consumidores, estas podrán intervenir (art. 52) cuando lo hagan como litisconsorte de cualquiera de las partes. Consecuentemente, la sentencia producirá sus efectos respecto de quienes hayan sido parte en el proceso.

En el ámbito del medio ambiente, por ejemplo la ley 7070 de Salta declara (art. 1º) de orden público provincial todas las acciones, actividades, programas y proyectos destinados a preservar, proteger, defender, mejorar y restaurar el medio ambiente, la biodiversidad, el patrimonio genético, los recursos naturales, el patrimonio cultural y los monumentos naturales. Como se advierte, el ámbito a tutelar es de gran amplitud, lo que es enfatizado en el artículo 62 que incluye, entre otros objetos, como materia de la preservación: los ríos y sus márgenes, las aguas subterráneas, lagos, humedales, atmósfera, fauna, paisajes, patrimonio genético y patrimonio cultural y los sitios naturales de especial interés científico, paisajístico o histórico.

La legitimación para ejercer las acciones previstas se reconoce a cualquier persona que haya sufrido un daño actual y directo en su persona o patrimonio y se encuentre de algún modo vinculada a las consecuencias dañosas de los actos u omisiones descriptos (cuando fuere el Estado Provincial tomará intervención la Fiscalía de Estado), a todas las asociaciones abocadas a la defensa del Medio Ambiente registradas conforme a la ley y al Ministerio Público, que por el art. 166 de la Constitución de Salta tiene competencias específicas al respecto. Aunque la ley nada diga expresamente, resulta claro que los efectos de la sentencia están también circunscriptos a quienes hayan intervenido en el proceso judicial.

Sin embargo, no obstante la especificidad del efecto de la sentencia en los casos señalados, existe un creciente esfuerzo en nuestro país por sistematizar la problemática de la legitimación colectiva a gran escala, motivada precisamente por la difusión cada vez más intensa de los derechos de incidencia colectiva, aunque todavía no se ha ubicado un remedio útil, efectivo y seguro que canalice estas tendencias, pues no es sencillo, en el marco de nuestro derecho, establecer quienes son o como se identifican los portadores de derechos de incidencia colectiva, quiénes pueden representar a dicho grupo, cuales efectos tendrá una sentencia destinada a un grupo determinado o indeterminado de individuos y como se hace para remediar decisiones judiciales renuentes a admitir el alcance de estas pretensiones³⁹⁰.

Los autores buscan en la 'acción de clase' (*class action*), originada en el derecho norteamericano, una respuesta a dichos interrogantes, pues en ella las sentencias tienen efectos no solo para quienes han sido parte en el juicio sino que, dada la naturaleza de los derechos en juego, su eficacia se proyecta sobre un número indeterminado de personas, cuestión que determina que la sentencia también producirá efectos en quienes no han sido parte en el proceso judicial.

Estos efectos son controvertidos por la doctrina en tanto se afirma que convierte al juez en legislador, pero lo cierto es que ellos igualmente se producen en acciones planteadas en el marco de nuestro propio sistema judicial cuando quién promueve el juicio es el Defensor del Pueblo, o una asociación de consumidores, por que al hacerlo invocan derechos de una gran masa heterogénea e innominada de indivi-

³⁹⁰ Bianchi, Alberto B., «Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación a gran escala».

duos que, incluso, es posible que ni siquiera estén agrupados por el mismo interés o se hubieran enterado del trámite.

Lo cierto es que la dispersión de criterios y de decisiones judiciales existentes sobre el tema debiera impulsar, por razones de seguridad jurídica, una solución normativa a esta problemática de las acciones vinculadas a derechos de incidencia colectiva, cuando ellos involucran personas a gran escala.

Bibliografía sugerida

- 1) Aberastury (h), Pedro y Cilurzo, María Rosa, «Curso de Procedimiento Administrativo», Abeledo-Perrot, 1998.
- 2) Balbín, Carlos F., «Sobre el control judicial de los entes reguladores de los servicios públicos», en obra colectiva «Servicio público, policía y fomento», Ediciones R.A.P.S.A., 2004.
- 3) Bianchi, Alberto B., «Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación a gran escala».
- 4) Canosa, Armando, «Los recursos administrativos», Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- 5) Cassagne, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo II, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2002.
- 6) Cassagne, Juan Carlos, «La intervención administrativa», Abeledo Perrot, 1994.
- 7) Comadira, Julio R., «Derecho Administrativo», LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003.
- 8) Chibán, Nora, «La legitimación activa en materia ambiental».
- 9) Ekmekdjian, Miguel Ángel, «Tratado de Derecho Constitucional», Depalma, 1993.
- 10) Escola, Héctor Jorge, «Tratado General de Procedimiento Administrativo», Editorial Depalma, 1975.
- 11) García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, «Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, pág. 436, Civitas, Madrid, 2000.
- 12) Gordillo, Agustín, «Procedimiento Administrativo», Lexis Nexis Depalma, 2003.
- 13) Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Editorial de la Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- 14) Hutchinson, Tomás, «Régimen de procedimiento Administrativo – Ley 19549. Revisado, ordenado y comentado», Astrea, 2003.
- 15) Nallar, Daniel M., «El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público», Depalma, 1999.

CAPITULO XII: Dominio Público

Carrera de Contador Público Nacional

Programa de Derecho Público. Módulo II – Tema X

Dominio público: noción; su distinción con el dominio privado. Elementos. Clasificación: a) en razón del origen o formación de la cosa; b) en razón de la jurisdicción. Afectación y desafectación. Caracteres. Uso común y especial. Permiso y concesión de uso. Limitaciones a la propiedad privada en interés público: servidumbres, expropiación, ocupación temporánea

1.- Dominio público: noción; su distinción con el dominio privado. Elementos

Noción

Al Estado le toca atender, entre muchas otras cosas, lo concerniente a la prosperidad del país, al desarrollo humano, el progreso económico y al crecimiento armónico de la Nación, directrices todas que integran el concepto jurídico indeterminado de 'interés general'. Para cumplir tales cometidos requiere disponer de bienes y derechos que conformen el 'patrimonio estatal', que se integra tanto de bienes del dominio público como privado del Estado.

El dominio público constituye un concepto jurídico del derecho administrativo³⁹¹; su existencia depende de la voluntad del legislador y no de un hecho de la naturaleza. Es por tal motivo que una cosa o bien puede revestir carácter público en un país, mientras que en otro esa misma cosa puede integrar un bien privado del Estado.

No hay en realidad un concepto uniforme sobre dominio público, en tanto se trata de un instituto de difícil conceptualización modificable con las cambiantes realidades de la actividad administrativa³⁹². Nuestras leyes tampoco lo definen, limitándose a exponer sus notas más destacadas. No obstante es posible afirmar que, en general, se considera como dominio público al conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico pertenecen al Estado y se hayan destinados al uso público, en forma directa o indirecta³⁹³. Nuestro máximo tribunal nacional ha dicho también que los «...bienes del dominio público, del Estado general, de los Estados particulares y de los municipios, son los de uso público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública, y estos últimos mientras dure esa afectación o destino»³⁹⁴.

El dominio público representa uno de los institutos más antiguos del derecho en general y constituye uno de los aspectos fundamentales de la actividad del Estado. Es posible encontrar referencias al mismo en la antigua Roma y también en la Edad Media, pero su evolución tiene más bien sus raíces en la erudición del siglo XVIII, que debatió las dificultades inherentes en tomar medidas preventivas para el 'bien común' y las diferencias con el dominio privado del Estado, todo lo cual ha dado lugar a una bibliografía vasta que promueve multiplicidad de cuestiones diferentes³⁹⁵.

Debe tenerse presente que el dominio público en cuestión comprende toda clase de objetos, no solo bienes materiales sino también derechos. Su protección alcanza entonces tanto a la estructura física del bien o cosa como a su *status* jurídico;

³⁹¹ Farrando, Ismael y Martínez, Patricia (Directores), «Manual de Derecho Administrativo», pág. 472, Depalma, 1996.

³⁹² Canosa, Armando, «El dominio público», en obra colectiva «Organización Administrativa, función pública y dominio público», pág. 550, Ediciones R.A.P., 2005.

³⁹³ Villegas Basavilbaso, Benjamín, «Derecho Administrativo», Tomo IV, pág. 3, Tipográfica Editora Argentina, 1952; Altamira Gigena, Julio Isidro, «Lecciones de Derecho Administrativo», pág. 389, Advocatus, 2005.

³⁹⁴ CSJN, Fallos, 147:178 y 216.

³⁹⁵ Kaul, Inge; Grunberg, Isabelle y Stern, Marc A., «Bienes públicos mundiales», pág. 4, Oxford.

pudiéndose promover a tal fin tanto acciones sustentadas en el derecho civil como en el criminal, administrativo o político.

Distinción con el dominio privado

La naturaleza pública o privada de los bienes estatales está contenida en el Código Civil, en el capítulo referido a 'las cosas' del libro de los derechos reales, lo que expone que el carácter jurídico público o privado de un bien del Estado solo puede ser establecido por la legislación sustantiva que dicta el Congreso Nacional.

Es en el Código Civil en donde se encuentra la regulación de la dominicalidad pública y privada del Estado. El art. 2339 establece que «Las cosas son bienes públicos del Estado general, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares». Este precepto deja sentado que la dominialidad pública tanto puede serlo del Estado Nacional como de las provincias y municipios.

La norma siguiente, el art. 2340, enumera distintos bienes que se considera pertenecen al dominio público estatal, tales como los mares territoriales y los interiores; los ríos y sus cauces y toda otra agua que tenga la aptitud de satisfacer usos de interés general; las playas del mar y riberas de los ríos; los lagos navegables; las calles, plazas, caminos; documentos oficiales; las ruinas y yacimientos arqueológicos, y «...cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común». Concomitantemente, el art. 2342 enumera los bienes del dominio privado del Estado e incluye, entre otros, las tierras que carezcan de otro dueño ('dominio eminente'); las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles; los bienes vacantes y los de las personas que mueren sin dejar herederos; los muros, las plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha o adquirida por el Estado.

Es entonces el Estado el mismo propietario de las cosas y bienes que integran su patrimonio y que se describen en los arts. 2340 y el 2342, pero entre ellas se distingue en función del distinto tipo de régimen jurídico aplicable: algunas son regidas por el derecho público administrativo en atención al uso público al que están destinados; en el otro supuesto a las cosas propiedad del Estado se les aplicará el derecho civil (salvo algunas excepciones)³⁹⁶, en cuyo caso será posible su apropiación por los particulares por prescripción, o que sean embargados para responder por créditos impagos del Estado el que, en todo caso, podrá venderlos si así es autorizado por una norma especial (ley del Congreso o legislaturas), aunque respetando el procedimiento administrativo establecido para la disposición de bienes por la Administración.

De ello cabe inferir que a los bienes del art. 2342 también se les aplicará el derecho administrativo, como que también es posible que a los bienes allí enumerados se los someta a un régimen de derecho público, lo que ocurrirá cuando se decida destinarlos al uso público o se afecten a la prestación de un servicio público (ferrocarril, correos).

En definitiva, la distinción entre ambos tipos de dominio quedará establecida por el destino o fin que se decida dar a las cosas o bienes propiedad el Estado.

Existe discrepancia en doctrina sobre el alcance de la interpretación que cabe dar cuando la duda se refleja en calificar un bien como del dominio público o privado del Estado. Autores como Bielsa³⁹⁷ señalan que la calificación de un bien en el dominio público es de interpretación restringida o restrictiva, lo que quiere decir que ante la duda razonable sobre cual régimen jurídico aplicar, en ausencia de previsión expresa, o de circunstancias o hechos manifiestos, no es posible extender el régimen

³⁹⁶ Dromi, José Roberto, «Manual de Derecho Administrativo», Tomo 2, pág. 17, Astrea, 1987.

³⁹⁷ Bielsa, Rafael, «Derecho Administrativo», Tomo III, p. 385 y sgtes., Ed. Buenos Aires, 1956.

dominical a otros bienes del Estado que no sean los estrictamente afectados al uso público.

Aunque una lectura estricta de la normativa aplicable del Código Civil hubiera podido llevar a convalidar esa posición³⁹⁸, sin embargo, la interpretación prevaleciente o mayoritaria se orienta en sentido contrario, es decir que se considera bien del dominio público el destinado al uso directo e indirecto de la comunidad, lo cual importa extender la posibilidad de tutela a distintos tipos de bienes sobre los que el Estado proyecta un interés especial por su destino actual o potencial de uso público.

Naturaleza jurídica

Una reseña de las distintas teorías desarrolladas al respecto³⁹⁹ permite señalar, en primer lugar, que se ha intentado justificar la existencia del dominio público en la 'soberanía', en virtud de la cual se sostiene que este constituye una manifestación del derecho de imperio, de alta administración, de tutela y de policía, pero ello no se vincula a la propiedad misma por cuanto el Estado carece de la facultad de gozar y de disponer de la cosa. Para esta concepción los bienes son *res nullius* (cosas que no tienen propietario) y el Estado solo tiene su administración y custodia. Esto es así por cuanto si los caracteres de la propiedad son los de usar, aprovechar y disponer libremente de ella (*ius utendi, ius fruendi y ius abutendi*), ninguna de tales características puede aprovechar al Estado, en tanto este no le da uso a las cosas para sí sino que las administra para el goce de la comunidad.

Otra perspectiva refiere a la idea de que la 'propiedad pública' reconoce al Estado un derecho idéntico al de la propiedad privada, aunque de características peculiares que lo diferencia sustancialmente de aquel, tanto en cuanto al carácter público de su titular cuanto por el régimen legal aplicable a los bienes que lo integran.

La posición con más predicamento sostiene que el dominio público es un 'derecho real administrativo' cuyo titular es el Estado, y su finalidad es que esté consagrado al uso directo o indirecto del público. Al respecto, la normativa vigente permite inferir que se está ante «un concreto hecho real de propiedad caracterizado en razón del sujeto que lo titulariza y la finalidad social que lo adorna».

Su régimen legal es exorbitante al del derecho privado, a lo que en nada obsta que su descripción se encuentre en el Código Civil, que en su art. 2347 establece que las cosas que no fuesen bienes del Estado (nacional, provincial o municipal) son bienes particulares. De ello resulta claro que los particulares no pueden ser titulares de bienes públicos ni puede haber confusión entre bienes del dominio público y privado del Estado y de los particulares.

Elementos

El concepto de dominio público está integrado por cuatro elementos esenciales: subjetivo, objetivo, teleológico y normativo.

a) El elemento subjetivo constituye un aspecto primario, pues refiere a la cuestión de quién es el sujeto titular (propietario, dueño) del dominio público. Si bien la cuestión divide a la doctrina, hay coincidencia plena en cuanto a que las cosas incorporadas al dominio público no solo no son *res nullius* sino que ningún particular puede ser titular de ellas.

Para algunos importantes autores el sujeto titular del dominio público es el pueblo⁴⁰⁰; para otros no menos trascendentes es el Estado⁴⁰¹, o sea la Nación, provincias, municipios, entidades autárquicas como una Universidad nacional, entre otras

³⁹⁸ Mairal, Héctor, «Nuevas ideas en materia de dominio público», en obra colectiva «Organización Administrativa, función pública y dominio público», pág. 103, Ediciones R.A.P., 2005.

³⁹⁹ Altamira Gigena, op. cit., pág. 396.

⁴⁰⁰ Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo V, pág. 57 y sgtes., Abeledo-Perrot, 1988.

⁴⁰¹ Canosa, op. cit., pág. 552; Dromi, Roberto, «Manual...», pág. 19; CSJN, Fallos, 146:304; 182:376; Villegas Basavilbaso, op. cit., Tomo IV, pág.97 y siguientes.

dependencias públicas y a las distintas formas jurídicas que sean consecuencia del proceso de descentralización institucional.

No serán titulares del dominio público, en principio, las personas jurídicas públicas no estatales, salvo atribución o delegación legal expresa que determine que alguno de sus bienes deberá estar afectado a la prestación de un servicio o función pública, en cuyo caso gozarán de una prerrogativa especial que los resguardará en orden a los fines o cometidos por las que fueron constituidas. Tampoco pueden serlo los concesionarios de servicios públicos quienes, en todo caso, además de los bienes que adquieran para el cumplimiento del servicio y que integrarán su patrimonio privado, podrán hacer uso de los bienes dominicales en virtud de alguna norma especial que así lo autorice, en cuyo caso quedará a su cargo su conservación y mantenimiento.

En realidad la cuestión de si el dominio público le corresponde al pueblo o al Estado no modifica la naturaleza pública del bien ni su régimen jurídico, aunque podría tener algunas consecuencias jurídicas diferentes en orden a distinguir dominio y uso.

b) El elemento objetivo lo constituyen los objetos, bienes o cosas que podrán integrar el dominio público.

Al respecto se debe tener en cuenta que el dominio público y el privado se ejercen sobre cosas idénticas, aunque cada uno de ellos esté sometido a un régimen jurídico diferente que impone, en el primero, la necesidad de tutelar el interés general al que se atiende con este tipo de bienes. Es por tal motivo que todo lo que puede ser objeto del derecho de propiedad puede serlo del dominio público. Este comprende entonces todos «los objetos materiales susceptibles de tener un valor», expresión que alcanza a «...la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación» y a «Los objetos inmateriales susceptibles de valor...». Tal la definición de cosas y bienes contenida en los arts. 2311 y 2312 Código Civil.

No habrá duda entonces que al dominio público lo pueden integrar toda clase de cosas corporales e incorporales. Desde ya, los inmuebles, su espacio aéreo y el subsuelo; los inmuebles por accesión y los bienes muebles en general; los objetos inmateriales como lo son los derechos derivados de la propiedad intelectual o industrial, la fuerza hidráulica de un río o las universalidades que forman los semovientes (animales de un jardín zoológico, caballos de la policía, entre muchos otros).

En cuanto a los bienes muebles fungibles la doctrina y jurisprudencia en general consideran que integran el dominio público⁴⁰² (los libros de una biblioteca; la documentación oficial), como también los que forman parte de una universalidad -conjunto de bienes muebles e inmuebles que forman un todo y pertenecen a un solo dueño- como los semovientes (manada de reses, animales de un zoológico, el conjunto de bienes que integra un ferrocarril, obras de arte de un museo). No hay unanimidad en cambio respecto de los bienes muebles consumibles en tanto estos carecen de la necesaria permanencia exigible para integrar la dominialidad pública, aunque es citado sobre el particular el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, que considera a las cuentas públicas destinadas a la ejecución del presupuesto como una universalidad pública y con un fin público, por lo que no constituyen bienes que estén en el comercio y son parte del dominio público⁴⁰³.

c) El elemento normativo refiere a que no hay bienes del dominio público natural, o provenientes de la naturaleza, sino que su existencia depende de la voluntad del legislador, siendo que la norma somete los bienes del dominio público a un régimen especial o estatutario como es el derecho administrativo, excluyéndolos del derecho privado⁴⁰⁴.

⁴⁰² Dromi, op. cit., pág. 19; Farrando y Martínez, op. cit., pág. 474.

⁴⁰³ Canosa, op. cit., pág. 553.

⁴⁰⁴ Farrando y Martínez, pág. 476; Dromi, Tomo 2, pág. 22; Canosa, op. cit., pág. 555; Marienhoff, Tomo V, pág. 137.

Es el legislador quién decidirá, a través del proceso de una ley formal, cuales bienes integrarán el dominio público, lo cual fue establecido de modo general en el Código Civil por el Congreso Nacional, aunque las provincias tienen la atribución de su regulación conforme lo habilitan los arts. 121 (por el que las provincias conservan todo el poder no delegado) y 123 (que las faculta dictar sus propias constituciones y determinar el alcance del régimen de la autonomía municipal) de la Constitución Nacional.

La Constitución de Salta contiene normas específicas vinculadas al dominio público como lo relativo al uso y enajenación de tierras públicas, cuya regulación corresponderá a la Legislatura (art. 127 inc. 12); sobre bienes culturales (art. 52); lo relativo a la actividad económica y distribución de riqueza (art. 71); art. 76 sobre desarrollo económico y social; en cuanto a la protección de los procesos ecológicos esenciales (art. 80); aspectos relativos a la tierra, recursos mineros, aguas, bosques y fuentes de energía (arts. 81 a 85); lo correspondiente a competencias municipales, especialmente en cuanto a calles, cementerios, servicios públicos, preservación del patrimonio arquitectónico e histórico, medio ambiente, paisaje, entre otros aspectos no menos importantes (art. 176).

d) El elemento teleológico o finalista, determina que la inclusión de un bien en el régimen del dominio público es su uso o aprovechamiento directo o indirecto por los particulares o administrados, lo cual se vincula al concepto de utilidad o comodidad común y a su valor social.

Estar consagrados al uso público directo o indirecto importa un modo de satisfacer el interés general. Es directo cuando potencialmente su goce se realiza colectivamente, es decir cuando no hay limitaciones de uso para la generalidad de particulares (como el de una calle o plaza); es indirecto cuando el acceso a tales bienes está condicionado a ciertas circunstancias predeterminadas (bibliotecas públicas especializadas para cuyo acceso se requiere la condición de docente o socio; el uso de las aguas de un dique). Esta distinción surge del mismo texto del art. 2340 Código Civil.

2.-Clasificación: a) en razón del origen o formación de la cosa; b) en razón de la jurisdicción. Afectación y desafectación

Es posible clasificar los bienes del dominio público tanto en razón de su origen como en cuanto a la jurisdicción en la que existen. Al respecto cabe distinguir entre aquellos que son naturales o provenientes de la naturaleza, que son reconocidos como públicos en virtud de texto legal expreso (bienes del dominio natural como las playas, los ríos, los lagos, etc.), y bienes que son construidos por el hombre para utilidad o comodidad común (bienes del dominio artificial), que están destinados o afectados al uso directo o indirecto de la población.

En razón del origen o formación de la cosa

El título hace alusión a la formación y origen del bien dominical. Se distingue así entre 'bienes naturales', es decir los que se hallan en la naturaleza y en cuya creación no intervino la mano del hombre (los ríos, sus cauces y sus costas, los mares y sus costas, las playas, los lagos, etc.), de los 'bienes artificiales' o provenientes de la obra o acción humana (camino, puentes, calles, paseos, plazas, etc.)⁴⁰⁵.

En cuanto a su composición material, los bienes que pueden integrar el dominio público pueden ser cosas u objetos materiales (muebles e inmuebles), como objetos inmateriales (el espacio aéreo) y derechos (derechos intelectuales). En lo que hace a su estructura física serán terrestres, marítimos, fluviales y aéreos.

⁴⁰⁵ Altamira Gigena, op. cit., pág. 399 ; Farrando y Martínez, pág. 477.

En razón de la jurisdicción

La cuestión tiene que ver con 'quién es titular del dominio', en cuyo caso se entiende –como más arriba fuera expuesto– que pueden serlo tanto la Nación, como las provincias y municipios, también los denominados entes autárquicos institucionales como la Universidad pública y toda forma de descentralización institucional pública.

La reforma constitucional de 1994

Según lo señala Dromi, la reforma constitucional de 1994 resultó novedosa en cuanto al dominio público pues incluye el 'dominio originario' de los recursos naturales provinciales, la propiedad comunitaria de las tierras por pueblos indígenas y la preservación de los bienes del dominio público cultural⁴⁰⁶.

Según la Constitución son bienes del dominio público natural y cultural (arts. 41, 75 inc. 19 y 125) los que conforman el patrimonio, la cultura e historia de un pueblo, incluyendo su arte, literatura, los espacios culturales y audiovisuales, invenciones, construcciones, edificios, lugares, entre muchos otros ámbitos. También cabe adicionar lo relativo a lo científico, a la diversidad biológica y a la información y educación ambientales, cuestiones que se agregan a la preservación de ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico mencionados en el art. 2340 inc. 9 Código Civil.

La jerarquía constitucional concedida a dichos principios expone la necesidad de un acentuado nivel de protección, tanto en el aspecto normativo cuanto en las acciones encaradas por el Estado a tal fin en todos los niveles: nacional, provincial y municipal. Ahora bien, aunque el enunciado normativo señalado aparezca generalizado, no todos los bienes en cuestión son asimilables a dominio público, pues algunos podrían pertenecer al dominio privado del Estado e incluso de los particulares, dependiendo de las características que los mismos reúnan (el patrimonio cultural literario puede provenir tanto de colecciones de libros de bibliotecas públicas como privadas, lo cual no contradice el concepto de 'bienes del dominio público cultural').

En cuanto a los recursos naturales, cuestión que fuera materia de larga discusión en orden a su titularidad, la cuestión fue definitivamente zanjada por el art. 124 CN, que dispone que «...corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio». No interesa aquí si el dominio de tales bienes es público o privado del Estado, dependerá de la decisión de autoridad competente en orden a su destino, sino que el sujeto titular es la Provincia que contará con esos recursos como una fuente para su desarrollo económico y social.

Lo relativo al dominio público indígena constituye una incorporación novedosa, pues regula una nueva forma de dominio: la «propiedad comunitaria» de las tierras que tradicionalmente ocupan dichos pueblos argentinos (art. 75 inc. 17 CN). Lo singular lo constituye la excepción a que el dominio pertenezca a una persona en particular o al Estado mismo, sino que su titularidad es reconocida a una comunidad indígena, determinada y geográficamente ubicada. La misma Constitución establece el régimen especial al que están sometidos, calificando estos bienes de inalienables e inembargables, con lo cual se prioriza una protección acentuada de los grupos étnicos que habitan el suelo argentino y se intenta consolidar las áreas territoriales que actualmente poseen, o las que se les conceda en el futuro «aptas y suficientes» para su desarrollo.

Afectación y desafectación

Para que un bien o cosa sea considerado dominio público, es necesario se produzca un hecho o se emita un acto por el cual se imponga su afectación al uso público, pues tal circunstancia otorga a dicho objeto las cualidades establecidas para

⁴⁰⁶ Dromi, Roberto, «Derecho Administrativo», pág. 901, Ciudad Argentina, 2004.

este tipo situación jurídica. Solo después de verificarse tal situación la cosa quedará regida por el Derecho Público.

La 'afectación' constituye tanto un hecho como una manifestación de la voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa o bien queda incorporada al uso y goce de la comunidad. Afectación es equivalente a consagración, y refiere tanto a bienes naturales (de la naturaleza) como artificiales (realizados por la obra humana).

Para que la afectación se concrete es necesario que haya asentimiento de la autoridad competente; que el uso público sea efectivo y actual y que la cosa esté efectivamente en poder del estado⁴⁰⁷. No habrá en cambio necesidad de nueva afectación cuando el destino del bien sea modificado, pero siempre en el marco de estar afectado al uso y goce, directo o indirecto, de la comunidad.

En el mismo sentido, la 'desafectación' pone fin a la existencia o al sometimiento de un bien al régimen de dominio público, pues sustrae esa cosa de su destino de uso público general para ingresarla al dominio privado, sea del Estado o de los administrados. Desafectar es modificar la condición jurídica del bien que deja de ser público porque ya no está sometido al uso directo o indirecto de la comunidad, cesando por consiguiente los caracteres jurídicos que lo destacan como tal.

La desafectación será la consecuencia de un acto de autoridad competente (cambiar de lugar un cementerio; mudar un museo), o de hechos de la naturaleza relevantes jurídicamente para tal fin (un terremoto que destruya un camino o puente; la inundación que hace desaparecer la playa; la evacuación de un edificio público que amenace ruina; el cambio del curso de un río que torna susceptible de apropiación su antiguo cauce).

Cuando se trata de bienes naturales, respecto de los cuales la determinación de su existencia y condición jurídica importa su afectación al dominio público, la autoridad competente para determinar que constituyen dominio público será el Congreso mediante una ley formal. Son bienes naturales los ríos, lagos, cauces y lechos, playas, entre otros. El mismo mecanismo pero en sentido contrario requerirá la desafectación, para cuyo propósito deberá intervenir entonces el Congreso de la Nación.

En el caso de bienes artificiales incluidos en el dominio público, su afectación o desafectación estará vinculada a la naturaleza jurídica de la cosa y será dispuesta por la Nación, las provincias o los municipios. El medio para hacerla efectiva podrá originarse en una ley formal, en un acto administrativo o ser consecuencia de un hecho que determine, en forma manifiesta y clara, la afectación de la cosa al destino de uso comunitario (Vg.: cortar una cinta inaugurando un edificio público constituye una exteriorización de que pertenece al dominio del estado; establecer un hospital en un edificio nuevo es darle, aunque ningún acto lo diga, carácter de dominio público a la nueva construcción).

Hay supuestos de afectación tácita lo que sucede cuando, sin que hubiere un acto de autoridad expreso, se destina cierto bien al servicio de actividades típicamente estatales. También habrá desafectación tácita cuando bienes afectados al dominio público dejen de poseer tal calidad debido a un hecho de la naturaleza, o a una transformación de su estado externo derivada de obras impulsadas por una autoridad competente (un río seco o desecado para ganar tierra; un edificio que ocupaban oficinas públicas que luego el Estado alquila a un particular por no necesitar su uso, deja de estar afectado al uso público).

Desde ya que los actos o actividad de la autoridad que produzcan la desafectación de un bien deben tener origen en actos regulares del funcionario, pues una actividad irregular que prescinda de la legislación aplicable derivará en la invalidez de la decisiones que excluyeron el bien del dominio público (venta de una plaza

⁴⁰⁷ Farrando y Martínez, pág. 479; Canosa, op. cit., pág. 556.

pública sin desafectación previa dispuesta por un funcionario competente; o de una calle)⁴⁰⁸.

3.-Caracteres.

Para que los bienes afectados al dominio público puedan cumplir con su destino de satisfacer el bien común, han sido dotados por el régimen jurídico especial que los rige de caracteres específicos: inalienabilidad, imprescriptibilidad y el ejercicio del poder de policía que sobre él se ejerce con modalidades propias y específicas. Se trata de caracteres inherentes a los bienes públicos, que aunque no resulten exclusivos de ellos (hay numerosos bienes privados que son inalienables o imprescriptibles, como los bienes de incapaces, los inmuebles vendidos por el FONAVI, mientras no estén cancelados), conforman a su misma esencia⁴⁰⁹.

Los bienes son inalienables cuando están fuera del comercio jurídico, lo que quiere decir que no puede disponerse de ellos libremente en el mercado o mejor aún, cuando son indisponibles en lo que respecta a las relaciones de derecho privado. Pero pueden ser motivo de comercialización en la medida en que ello sea contemplado por normas expresas de derecho público, y cuando tal acción sea compatible con la naturaleza y destino del bien⁴¹⁰.

El concepto de inalienabilidad no tiene una regulación expresa, pero es deducible de los arts. 953, 2336 y 2604 del Código Civil. De ellos se desprende que están fuera del comercio las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o que dependan de una autorización pública; como pueden serlo los bienes del dominio público que, al estar consagrados al uso público, no pueden ser vendidos sino son previamente desafectados⁴¹¹, lo que indica que no podrán ser objeto de actos jurídicos por no ser cosas que estén en el comercio. Es así entonces que no podrán ser objeto de compraventa ni de cualquier otro acto jurídico que implique su transferencia o disponibilidad; no podrán ser hipotecados, embargados ni ejecutados judicialmente, ni afectados por servidumbres del derecho privado (sí del derecho administrativo), ni objeto de reivindicaciones ni de acciones reales.

La imprescriptibilidad es una consecuencia del carácter de inalienabilidad. Consiste en la imposibilidad jurídica de invocar el particular la prescripción adquisitiva (*usucapio*) por el transcurso del tiempo (veinteñal, decenal o bianual), por lo que le está impedido iniciar cualquier acción con ese fin respecto de un bien del dominio público. Ello surge implícitamente de los arts. 2400, 3951 y 3952 Código Civil.

En cuanto a su conservación de los bienes del dominio público, el Estado no solo tiene el 'derecho' sino también y fundamentalmente el 'deber' de velar por su cuidado y preservación, cuestión que resulta inexcusable en tanto su tutela está establecida en interés comunitario. Ello es así por que tales bienes resultan necesarios para la satisfacción de ese interés⁴¹², cuestión que no puede diferirse por circunstancia alguna.

Pero no solo al Estado sino también a los habitantes les compete actuar en la defensa de tales bienes, en tanto la finalidad que los sustenta está establecida en su propio beneficio, no solo cuando la protección se relaciona al aspecto material sino, y fundamentalmente, cuando está dirigida al patrimonio cultural, paisajístico e histórico.

⁴⁰⁸ Dromi, op. cit., pág. 898 .

⁴⁰⁹ Marienhoff, Tomo V, pág. 257.

⁴¹⁰ Marienhoff, Tomo V, pág. 269.

⁴¹¹ CSJN, Fallos, 133:140; 147:180, que declaró ineficaces ventas de bienes del dominio público no desafectados

⁴¹² Marienhoff, Miguel S., «Tratado del dominio público», pág. 269 en obra colectiva «Organización Administrativa, función pública y dominio público», Ediciones R.A.P., 2005.

4.-Uso común y especial.

El uso del dominio público puede ser común o especial. Dromi⁴¹³ describe las características propias que presenta cada uno.

Uso común o general

Es el que pueden realizar todas las personas en forma directa, individual o colectivamente, por su sola condición de tales, sujetándose a la obligación de observar las disposiciones reglamentarias dictadas por autoridad competente⁴¹⁴ (circular con nuestro automóvil por una calle pública; descansar en una plaza; utilizar bebederos en lugares de circulación peatonal, consultar libros en una biblioteca pública, admirar monumentos, etc.).

El uso común se caracteriza por ser libre, pues implica gozar de la cosa o bien público sin someterse a ninguna previa autorización administrativa, salvo que ella resulte de la necesidad de su conservación o del ejercicio de la policía administrativa, cuyas reglas deberán siempre sujetarse al principio de razonabilidad; por lo general gratuito, pues no se requiere pago alguno por su aprovechamiento, excepción hecha de casos especiales en que podría ser oneroso; impersonal o igualitario, es decir no se requiere de una identidad o *status* especial para su aprovechamiento y todos los usuarios estarán en igualdad de condiciones para acceder al uso de la cosa o bien; ilimitado o sin límite de tiempo, pues no hay restricciones para su aprovechamiento mientras permanezca afectado al uso público.

No obstante, ninguna de tales características es absoluta, pues todas ellas tienen particularidades que emergen en cada supuesto de su aplicación (Vg.: para ingresar al museo hay que respetar horarios o pagar una entrada para mantenimiento; no se puede circular por una peatonal en bicicleta; hay ciertos puentes que se utilizan con el sistema de peaje; las aulas de la Universidad solo pueden ser utilizadas por alumnos y docentes, etc.).

En cuanto a la condición jurídica del usuario, aunque la mayor parte de la doctrina haya ubicado el derecho al uso del dominio público como un interés simple de los particulares, es decir de un interés con protección jurídica debilitada, lo cierto es que para la doctrina moderna el administrado tiene un derecho subjetivo al uso común o general de esos bienes, y el Estado la obligación de colocarlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos⁴¹⁵, por cuanto de lo contrario podrá suscitarse su responsabilidad tanto por su acción cuanto por la omisión de cumplir con los deberes a su cargo referidos a la adecuada conservación del bien dominical. Dicha perspectiva, además, contribuye plenamente a una acabada protección de estos bienes, promoviendo una interacción entre los particulares y el Estado con ese fin.

Uso especial o privativo

Uso especial o diferencial es aquel que solo pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva habilitación de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, pues a diferencia de lo que acontece con el uso común o general, el uso especial de un bien del dominio público no satisface en forma inmediata y principal necesidades colectivas, sino que supone, a partir de un acto expreso emanado de autoridad competente, la posibilidad al particular de acrecentar su esfera de acción y su desarrollo económico.

El uso especial puede ser ocasional, cuando por ejemplo se restringe la circulación en algunas calles de la ciudad para dar lugar a una competencia deportiva de velocidad en vehículos de distinto tipo; o regular, cuando se confiere un uso por cierto tiempo a quién reúna las condiciones para ello.

⁴¹³ Dromi, op. cit., pág. 898.

⁴¹⁴ Farrando y Martínez, pág. 484.

⁴¹⁵ Dromi, op. cit., pág. 899; CSJN, fallo del 1º de diciembre/1992, J.A., 1994-II-262); Altamira Gigena, pág. ____; Marienhoff ____

En tal sentido y a diferencia del uso común, el uso especial se destaca por ser reglado, es decir le será posible al particular aprovechar un bien del dominio público en la medida que reúna los requisitos fijados al efecto por la autoridad estatal; es oneroso, por cuanto el acto administrativo que concede el permiso o la concesión generalmente impone un canon o precio como justa contraprestación por el beneficio patrimonial adquirido por el particular; es personal, es decir que quién se aprovecha de este uso especial se trata de alguien perfectamente individualizado que no puede, salvo autorización expresa, ceder o transferir ese derecho; es limitado, en tanto tratándose de un bien destinado a satisfacer normalmente el interés general, no podrá nunca enajenarse su uso en forma permanente, lo que contradiría su misma razón de existir.

5.-Permiso y concesión de uso.

El acceso al uso especial de un bien de dominio público puede producirse por permiso y concesión⁴¹⁶.

Se excluye expresamente el supuesto de 'prescripción del uso' de un bien del dominio público (no su titularidad o propiedad, que es imprescriptible), pues no tiene antecedentes en la práctica y constituye, en realidad, un supuesto teórico que los autores sujetan al dictado de una regla legal que nunca fue instituida⁴¹⁷.

Permiso

Constituye un acto unilateral de la Administración, en donde la voluntad del usuario se manifiesta en momentos colindantes al acto administrativo (cuando solicita el permiso y cuando lo acepta)⁴¹⁸, pero que no resulta necesaria ni se le reconoce valor alguno en su formación y nacimiento. Por el permiso se constituye una situación jurídica individual de naturaleza precaria, en favor de una persona determinada, a la que se le concede un uso especial del dominio público, condicionada al cumplimiento de la ley o a exigencias que se establecen en el acto de habilitación y cuyo incumplimiento dará lugar a su caducidad o cancelación.

El vínculo que el permiso constituye es sustancialmente precario⁴¹⁹, pudiendo la Administración revocarlo sin que tal circunstancia pueda generar en el particular derecho a resarcimiento alguno, pues se considera que constituye una situación de simple tolerancia, modificable a voluntad del que la concede, sin que pueda constituirse en un derecho subjetivo en favor del beneficiario, quién nunca tendrá, en esencia, un derecho perfecto. La ley de procedimientos de Salta expresamente refiere al permiso como un supuesto no indemnizable de revocabilidad del acto administrativo (art. 93 inc. c y 98).

Desde ya que tal situación de precariedad resulta poco compatible con el aprovechamiento económico del dominio público, aunque ello en definitiva responderá a la naturaleza del acto que lo concede y a su finalidad⁴²⁰. No obstante, la circunstancia de que la Administración pueda dejar sin efecto o cesar el permiso por razones de interés público no la autoriza a obrar con arbitrariedad, pues si el damnificado acredita que al extinguir su derecho esta obró con desviación de poder, el acto que así lo haya dispuesto podrá ser impugnado y declarado inválido, tanto en sede administrativa como judicial, e incluso podrá petitionar el particular la reparación del perjuicio que el mismo le haya producido en su patrimonio.

El permiso es generalmente oneroso, pues habitualmente se prescribe el pago de un canon por el tiempo de uso del bien dominical en beneficio del particular, y constituye una actividad sustancialmente discrecional de la Administración, por lo

⁴¹⁶ Dromi, op. cit., pág. 900.

⁴¹⁷ Dromi, Manual, pág. 35.

⁴¹⁸ Farrando y Martínez, pág. 485.

⁴¹⁹ CSJN, Fallos, 165:413.

⁴²⁰ Mairal, op. cit., pág. 104.

que no se encuentra obligada a otorgarlos e incluso puede negarlos cuando lo estime procedente.

Son ejemplos de permiso la extracción de agua de un río mediante bombeo; la instalación de quioscos en plazas públicas, o calesitas, o puestos de ventas de diarios y flores, la instalación de carpas o sombrillas en playas, o toldos en la vía pública, etc.

Concesión

Constituye otro medio para permitir el uso especial de un bien dominical a un particular, aunque se distingue del permiso de uso en cuanto normalmente es utilizada para actividades que tienen cierta relevancia económica o social.

La concesión de uso de bienes del dominio público puede tener origen tanto en un acto administrativo como en un contrato público.

En el caso que resulte de un contrato administrativo, el negocio en cuestión estará sometido, en razón de sus particularidades, a un régimen jurídico exorbitante, situación que habilita a la Administración la posibilidad de modificar la extensión, modo y forma de las prestaciones impuestas, aplicar sanciones, sustituir al cocontratante e incluso, revocar el negocio y disponer su caducidad. La disponibilidad de tales prerrogativas no importa su uso indiscriminado, pues en general la Administración promueve menos precariedad y más seguridad jurídica, lo que incluye la incentivación a invertir en la mejora del servicio al que normalmente se destina el bien público concesionado.

En la concesión de uso de un bien del dominio público bajo forma contractual, la Administración busca la satisfacción de una necesidad colectiva o de un interés general trasladando la gestión o administración del uso del bien dominical a otro sujeto, privado o público. Se constituye en favor del particular, y durante la vigencia de la concesión, un derecho subjetivo de carácter administrativo que debe ser respetado por la Administración, pues su rescisión unilateral o la modificación de algunos de sus contenidos esenciales producirán responsabilidad estatal y darán motivo al concesionario a ser resarcido por el daño que tal situación haya producido a su persona o a su patrimonio.

En cuanto al alcance de la reparación, la jurisprudencia y doctrina sostienen que la indemnización solo alcanzará el daño emergente y no el lucro cesante, aplicándose la normativa referida a la expropiación que así lo establece.

El que la concesión del uso del dominio público sea un contrato oneroso, por el que el beneficiario abona un canon o derecho, no habilita a confundir este tipo de negocio con el de la locación de cosas del Código Civil (art. 1493), del que se diferencia tanto en la naturaleza de los bienes en juego cuanto respecto de su titular, que es el Estado, cuyo accionar está destinado siempre a la realización del interés general.

Cuando reviste la forma jurídica de acto administrativo, es decir cuando la Administración decide por sí transferir a un particular potestades y prerrogativas que posee sobre el bien dominical, lo que se hace es constituir o acordar un derecho en favor del interesado que se instituirá en un derecho subjetivo perfecto, exclusivo y estable, de usar y gozar del bien público concedido en función de su naturaleza y conforme al destino prefijado (Ej.: gestión y administración de un jardín zoológico; de un hospital público; de una playa de estacionamiento propiedad del Estado).

Aunque revista la forma de acto, el contenido será similar al del contrato, en cuanto a su onerosidad, temporaneidad y existencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado.

Su extinción se produce por vencimiento del plazo de la concesión, caducidad en tanto sanción por grave incumplimiento, revocación, renuncia del concesionario, extinción del bien concedido, muerte o quiebra del concesionario y rescisión convencional.

6.- Limitaciones a la propiedad privada en interés público: servidumbres, expropiación, ocupación temporánea

Fueron los romanos los que le dieron a la propiedad los caracteres de «absoluta, exclusiva y perpetua», aunque con el correr de los años y especialmente en el presente, la rigidez de tales elementos fue cediendo al vinculárselos con el concepto de 'función social'⁴²¹, situación que condiciona su carácter absoluto y habilita la intervención del Estado, al que se le reconocen prerrogativas de imponer ciertas limitaciones y restricciones a la propiedad en salvaguarda del interés público. La Corte nacional ha dicho que «El término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido por tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad»⁴²².

Estas limitaciones tienen como única finalidad compatibilizar los derechos del individuo con los intereses superiores de la comunidad que integra, pues conforme al art. 14 de la Constitución Nacional todos los habitantes de la Nación gozan de derechos «conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio», lo que determina que no haya en nuestro sistema jurídico derechos absolutos o ilimitados. Las limitaciones de la propiedad privada en interés público constituyen entonces un capítulo de los condicionamientos de la libertad jurídica por el poder de policía, que afectan una especie de esa libertad como es el derecho de propiedad privada⁴²³.

Las limitaciones al dominio privado pueden ser privadas y públicas, y están reguladas tanto por la ley civil como por la administrativa. Al respecto, el art. 2611 Código Civil establece, que «Las restricciones impuestas al dominio privado solo en interés público, son regidas por el derecho administrativo». No es útil buscar el deslinde entre limitaciones públicas de derecho administrativo y limitaciones provenientes del poder de policía, pues ambas especies están signadas por valoraciones de justicia como orden y seguridad, solidaridad y cooperación, en síntesis, de bienestar general⁴²⁴, y en ambas el único competente es el mismo Estado (solo el Congreso de la Nación y las legislaturas provinciales pueden imponer restricciones a la propiedad en interés público, y exclusivamente el Congreso en cuanto a las de interés privado, que son propias del derecho civil)⁴²⁵.

Se imponen a partir de la necesidad de reconocer que el ejercicio de toda propiedad sufre por parte de los demás, ciertas perturbaciones y perjuicios que en la medida que no excedan de la normal tolerancia que imponen las relaciones humanas, deben ser atendidos normativamente para preservar la convivencia social. Su fundamento lo constituye la directiva del Preámbulo de «promover el bienestar general», como también el art. 75 inc. 18 de la Constitución en cuanto «proveer lo conducente a la prosperidad del país», por lo que la Administración puede exigir su cumplimiento si es necesario en forma coercitiva.

Bielsa enseña que el Código Civil regla las relaciones de vecindad (interés privado), y el derecho administrativo regla en su ámbito las relaciones de comunidad (interés público). A nada obsta lo dicho el que ciertas normas u ordenanzas de naturaleza pública sean aplicables también a las relaciones de vecindad, pero aún así ellas tienen en vista la necesidad o utilidad pública, lo cual ocurre cuando el hecho

⁴²¹ Altamira Gigena, op. cit., pág. 409; Dromi, Manual..., Tomo 2, pág. 61.

⁴²² C S J N, Fallos, 145:307).

⁴²³ Linares, Juan Francisco, «Derecho administrativo», pág. 484, Astrea, 2000.

⁴²⁴ Linares, op. cit., pág. 485.

⁴²⁵ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 510.

trasciende de la esfera del interés privado para ingresar al ámbito de lo público. Esta situación es la que describe el art. 2618 Código Civil, en cuanto a que «Las molestias que ocasionen el humo, calor, olor, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia, teniendo en cuenta las condiciones del lugar, y aunque mediare autorización administrativa para ello». Esto es, si las emanaciones en cuestión perjudican a los vecinos y también una zona de la población, ya no se tratará de vecindad en sentido estricto y procederá la intervención de la autoridad administrativa.

La interpretación realizada judicialmente sobre la protección del dominio en el art. 17 CN, refiere a su uso y aprovechamiento normal, tutelando los derechos de sus titulares en el ámbito privado; pero las restricciones que imponen disposiciones del derecho administrativo se sustentan en la idea de que la actividad de la Administración no debe ser entorpecida por derechos absolutos, en la medida en que ellas no excedan de ciertos límites, pues de lo contrario se tornarían abusivas y por ende, susceptibles de ser descalificadas judicialmente⁴²⁶.

La potestad pública en cuestión reconoce dos límites: el que determina el art. 19 CN, que establece que «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...»; el otro, inserto en el art. 28, que señala que «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio». En ambas normas hay una clara presencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los que configuran la nota de justicia que debe estar presente en toda decisión que se proyecte sobre los derechos de la comunidad.

La limitación administrativa de la propiedad tiene como especies: la restricción, la servidumbre y la expropiación.

Restricción

‘Restricción’ y ‘limitación’ no tienen el mismo significado y hay entre ellas una relación de género a especie. La restricción administrativa constituye una limitación al ejercicio de la propiedad privada que se establece como una condición legal necesaria para el ejercicio del derecho de propiedad; no importa una desmembración de esta como la servidumbre. El sacrificio que se impone en la restricción constituye una tolerancia mínima impuesta por la necesidad de adecuar el derecho de propiedad al interés general o bien común.

Toda restricción está insita en la existencia misma del dominio, y su existencia surge de una ley o de una ordenanza municipal, pues conforme al art. 14 CN el derecho de usar y disponer de la propiedad, como todo derecho constitucional, está limitado por las leyes que regulan su ejercicio.

Las restricciones administrativas a la propiedad privada tienen como cualidades⁴²⁷ específicas la generalidad, pues rigen para todos los propietarios en igualdad de condiciones; son actuales en cuanto constituyen límites normales y permanentes al uso y goce de la propiedad; son constantes en cuanto constituyen una condición normal de la propiedad; son imprescriptibles pues no se extinguen por el no uso del derecho de dominio; son indeterminadas en cuanto comprenden bienes inmuebles y cierta clase de bienes muebles (prohibición de venta de ciertos bienes del patrimonio cultural); no son indemnizables en tanto constituyen una carga mínima de la propiedad y no producen daño específico, o en todo caso la restricción que producen es general y afecta a todos por igual; son ilimitadas en número y clase, dado que pueden consistir en obligaciones de hacer, no hacer o dejar hacer.

Su origen es concurrente y pueden provenir de actos de la Nación, cuanto de las provincias y municipios. Constituyen cuestiones típicas del derecho administrati-

⁴²⁶ Altamira Gigena, op. cit., pág. 411.

⁴²⁷ Dromi, Manual..., Tomo 2, pág. 63; Farrando y Martínez, op. cit., pág. 511.

vo, siendo su fuente más importante –no exclusiva- las ordenanzas municipales que reglan la vida comunitaria en el ámbito urbano con fundamento en el interés general (Vg.: autorización para la construcción de edificios, limitaciones de altura, seguridad y salubridad pública en comercios, exigencias arquitectónicas, control de las condiciones mecánicas de los vehículos que circulan en la vía pública, obligación de hacer veredas, la de hacer baños en edificios privados destinados a una actividad masiva como cine o teatros, permisión para la colocación de medidores de servicios públicos como electricidad, etc.). Su presencia no limita el pleno goce del derecho de propiedad sino que actúa sobre las condiciones del ejercicio de ese derecho.

Las restricciones tienen como límites la razonabilidad, como directiva de adecuación proporcional a la necesidad pública que satisface; integridad, pues no debe alterar, desintegrar o desmembrar la propiedad en tanto sus caracteres de exclusiva y perpetua no son alcanzadas por estas afectaciones administrativas; legitimidad, por cuanto se fundan en una ley material⁴²⁸ y se requiere que el acto que las imponga sea regular en cuanto a su forma, competencia, voluntad y objeto.

Servidumbre

A diferencia de las restricciones, las restantes limitaciones a la propiedad privada implican una desmembración de la propiedad que puede ser parcial o total, según la intensidad con que afecte los caracteres de exclusividad o perpetuidad de la propiedad. En un caso estamos ante una *servidumbre*, que impone al propietario un sacrificio en el uso y goce de la cosa; en el segundo caso habrá una *expropiación*, que extingue el derecho de propiedad para su titular que se ve obligado a transferirlo forzosamente al Estado. Hay sin duda en estos casos un sacrificio particular en beneficio del interés público, que deberá ser compensado económicamente.

Las *servidumbres* constituyen una limitación jurídica al ejercicio del derecho de propiedad, que puede serlo tanto en el interés privado (*servidumbre civil*) como en el interés público (*servidumbre administrativa*). La *servidumbre* es un derecho real sobre inmueble ajeno afectado en beneficio de un tercero (art. 2970 Código Civil).

Cuando estas restricciones provienen del ámbito administrativo, conforme lo dice el art. 2611 Código Civil estarán regidas por el derecho administrativo y no podrán ser resistidas por los propietarios, aunque estos tengan derecho a solicitar una razonable compensación por tal privación. Las *servidumbres administrativas* constituyen un derecho real público⁴²⁹.

Al constituirse producen un desmembramiento de la propiedad privada que afecta su carácter de absoluta y exclusiva, y su pleno uso y goce por el dueño, nace para la Administración una atribución jurídica sobre esa cosa afectada ahora al uso público⁴³⁰.

La *servidumbre* se constituye siempre sobre un bien ajeno a su beneficiario, y puede comprender un bien determinado que pertenezca tanto a un propietario privado, como al dominio público o privado del Estado. Quién lo constituye es siempre una persona jurídica pública estatal (nacional, provincial o municipal) y su destino será siempre el uso público.

La *servidumbre administrativa* habilita a su propietario a reclamar por la compensación del daño que le produce el desmembramiento de su dominio, que está protegido por la cláusula constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17 CN). La reparación debe ser proporcionada al cercenamiento producido.

La *servidumbre* puede instituirse tanto por una ley formal (Congreso Nacional y legislaturas provinciales) cuanto por actos administrativos fundados en ley; por contrato administrativo entre el propietario de la cosa y el ente estatal y también por

⁴²⁸ Linares, op. cit., pág. 487.

⁴²⁹ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 514; Dromi, Manual..., Tomo 2, pág. 66.

⁴³⁰ Altamira Gigena, op. cit., pág. 423.

accesión (cuando hubiere una servidumbre civil preexistente sobre un bien privado que se transforma en administrativa porque la cosa a la cual sirve se convierte en pública).

Expira la servidumbre también por ley, por vencimiento del plazo si se la hubiese constituido por un período de tiempo, por cumplimiento de contrato y por confusión (cuando el bien sobre el que recae la servidumbre pasa a ser propiedad de quién la constituyó).

Las servidumbres están reguladas por diferentes normas. Algunas pertenecen al Código Civil, como el llamado 'camino de sirga' o camino ribereño, por el cual el propietario limítrofe de un río o canal está obligado a dejar una calle o camino público de 35 metros hasta la orilla del río o canal, sin derecho a indemnización alguna, espacio sobre el cual mantendrá su propiedad pero no podrá hacer construcción alguna ni deteriorar el terreno (art. 2639 Código Civil); o la 'servidumbre de acueducto' (art. 3082 Código Civil); otras están contenidas en los códigos de Minería (art. 48 y siguientes), de seguridad de la Navegación, y Aeronáutico (art. 30 a 34); también las hay originadas en leyes especiales como la ley 17.319 de gasoducto; ley 19.552 de electroducto; 18.374 de ferrocarril; de lugares, monumentos e inmuebles históricos (ley 12.665); de fronteras ley 14.027)⁴³¹.

Expropiación

El art. 17 de la Constitución Nacional así como determina la inviolabilidad de la propiedad privada, establece también el medio por el cual el Estado puede hacerse de ella con destino a satisfacer el interés general. En lo pertinente, la norma dice que «...ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada».

El instituto de la expropiación está destinado a conciliar los intereses públicos con los privados, lo cual en los hechos no resulta cosa sencilla⁴³². Constituye la máxima limitación legítima, de derecho administrativo, de que puede ser objeto el derecho de propiedad sobre inmuebles y muebles, incluso derechos⁴³³.

En virtud de la expropiación el Estado extingue el derecho de propiedad sobre un bien determinado, mediante una previa indemnización, para destinarlo a satisfacer una necesidad de utilidad pública.

En el ámbito nacional el procedimiento expropiatorio está reglamentado por la ley 21.499. En su art. 1º refiere a que el fundamento de la expropiación es «la declaración de utilidad pública», que debe hacerse para cada caso, por una ley formal. La antigua ley 1336 (modificada por leyes 1383 y 4272) de Salta, reitera el principio precedente (art. 2º), agregando que «El concepto de utilidad pública, comprende todos los casos en que se persiga la satisfacción de una exigencia determinada por el perfeccionamiento social» (art. 1º). No cabe duda que perfeccionamiento social se asocia con la idea de satisfacción del bien común en un sentido amplio, sea este de naturaleza material o espiritual, tal como lo señala la ley nacional.

El concepto de 'utilidad pública' ha dado lugar a distintas interpretaciones y ha sido materia de numerosas incursiones de la jurisprudencia, no obstante el argumento de que se trata de una 'zona de reserva del legislador', abarcando tal control los supuestos de arbitrariedad manifiesta. Si bien el legislador goza en este campo de un amplio espacio de discrecionalidad en donde juegan aspectos de apreciación política ajenos al control judicial, el principio de 'tutela judicial suficiente' que garantizan los tratados internacionales de derechos humanos y la necesidad de determinar la 'verdad jurídica objetiva', habilitan la intervención judicial en la determinación de la legalidad y razonabilidad de la utilidad pública cuando es controvertida en ese ámbito⁴³⁴.

⁴³¹ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 517; Linares, op. cit., pág. 489; Dromi, Manual..., Tomo 2, pág. 70.

⁴³² Maiorano, Jorge, «La expropiación. Ley 21.499», pág. 13, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.

⁴³³ Linares, op. cit., pág. 490.

⁴³⁴ CJS, Tomo 64:241; ___ Ver caso LURACATAO.

El fundamento de la expropiación no es más que la prevalencia del interés general sobre el particular de los administrados, que cede ante aquel por la necesidad de satisfacer requerimientos comunitarios⁴³⁵, lo que se sustenta asimismo en la directiva de promover el bienestar general y proveer lo conducente a la prosperidad del país.

Ahora bien, en el procedimiento expropiatorio la ley no es más que el comienzo de una serie de exigencias que debe cumplir el sujeto expropiante, el principal de las cuales es que para obtener el Estado la transferencia efectiva de la propiedad debe concretar el pago de la previa indemnización, que deberá ser justa y proporcionada al valor del bien que el particular pierde y a los daños que ello le produzca⁴³⁶.

Son sujetos expropiantes las personas jurídicas públicas estatales (nación, provincia, municipios, entes autárquicos). También están facultadas las personas jurídicas públicas no estatales e incluso las personas jurídicas privadas cuando estuvieren expresamente autorizadas por una ley, o acto administrativo fundado en ley, como es el caso de los concesionarios de obras y servicios públicos (art. 2 ley nacional, y 3 ley de Salta)

El expropiado será cualquier clase de persona, física o jurídica, pública estatal, no estatal o privada. No hay impedimento alguno para que la Nación expropie un bien que pertenezca al dominio público o privado provincial o municipal, ni tampoco para que una provincia por ejemplo, expropie un bien nacional ubicado dentro de su territorio (doctrina del art. 3 ley nacional). Los municipios, en la Constitución de Salta, requieren de una ley formal previa de la Legislatura para poder expropiar, concediéndoseles esta solo la iniciativa legislativa en tal sentido (art. 176 inc. 19).

El objeto de la expropiación podrá ser toda clase de bienes muebles o inmuebles, incluso el subsuelo con independencia del suelo, semovientes y también derechos (de autor, patentes de invención, industriales, etc.), «cualquiera sea su naturaleza jurídica estén o no en el comercio, sean cosas o no» (art. 4 ley de Salta), en la medida en que estén claramente determinados. Si no pudieren determinarse con claridad, debe la ley indicar el modo de hacerlo de la forma más precisa posible en orden al fin u objeto al que están destinados (art. 5 y 7 ley nacional), o remitir tal precisión a un acto específico del Poder Ejecutivo (art. 2 ley de Salta).

La indemnización a abonar debe ser justa e íntegra, pues el expropiado no deberá sufrir perjuicio patrimonial alguno, buscando que su situación resulte idéntica a la que tenía con anterioridad a la expropiación. En tal sentido la ley nacional determina que el perjuicio indemnizable solo comprende el 'daño emergente', o sea el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa de su pérdida, mas no el 'lucro cesante' ni las consecuencias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas, ni por supuesto el mayor valor que pudiera obtener el bien considerando la obra a ejecutarse (idem art. 11 ley de Salta).

El importe de la indemnización debe ser abonado íntegramente y en dinero en efectivo, no pudiendo sufrir quita o disminución tributaria o impositiva, ni ninguna otra de cualquier especie de que se trate, ni siquiera por la invocación de leyes de emergencia administrativa⁴³⁷.

Un bien puede ser declarado de utilidad pública y sujeto a expropiación y sin embargo no promoverse la pertinente acción expropiatoria. En tal caso se considerará abandonada la expropiación si transcurren más de dos años desde la sanción de la ley sin que el Estado inicie el trámite (art. 33 ley nacional y de Salta).

Es posible que sea el particular quién promueva la acción expropiatoria, en cuyo caso esta es conocida como 'expropiación irregular, inversa o indirecta', cuyo procedimiento estará gobernado por las mismas reglas procesales contempladas para el juicio expropiatorio que promueva el Estado. El art. 51 de la ley nacional plantea que ello ocurrirá cuando, existiendo una ley que declara de utilidad pública un

⁴³⁵ CJS, Tomo 83:55.

⁴³⁶ CJS, Tomo 76:641; 83:55.

⁴³⁷ (Conforme CSJN, fallo del 5 de abril de 1995, 'caso Franzini'); CJS, Tomo 76:313; 76:641; 87:523.

bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago previo; o cuando con motivo de la declaración de utilidad pública, una cosa mueble o inmueble resulten indisponibles por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales; o cuando el Estado imponga al titular una indebida restricción o limitación que lesione directamente su derecho de propiedad⁴³⁸.

La 'retrocesión' en cambio (art. 35 y siguientes ley nacional) procederá cuando el bien expropiado tuviere un destino diferente al previsto en la ley expropiatoria, o cuando no se le diere destino alguno luego de transcurridos dos años desde que la transferencia del bien quedó perfeccionada, en cuyo caso el particular propietario tendrá derecho a solicitar la devolución del bien expropiado, ofreciendo reintegrar la indemnización que le fuere abonada. Como lo señala la jurisprudencia nacional, importa volver las cosas al estado anterior al acto que originó el desapoderamiento⁴³⁹.

La retrocesión, reventa, readquisición o reversión, tiene como fundamento el que el Estado, al declarar la utilidad pública, se autolimita en orden al aprovechamiento del bien expropiado, con lo cual al alterar su destino afecta la garantía constitucional de propiedad, transformando la causa de la expropiación en falsa y brindando, entonces, al propietario, la posibilidad de readquirirlo. El fundamento no se modifica cuando al bien no se le da destino alguno, pues ello expone que resultaba innecesaria la expropiación.

El valor a reintegrar estará afectado por la circunstancia tanto de que el bien hubiera disminuido su valor, cuanto que este haya aumentado por mejoras necesarias o útiles introducidas en él.

Ocupación temporánea

Constituye un derecho real de carácter administrativo por el cual un ente público estatal adquiere, por razones de interés público, en forma temporal, el uso y goce de un bien que no le pertenece. Este instituto afecta las cualidades de absoluta y exclusiva de la propiedad⁴⁴⁰.

El art. 57 de la ley 21.499 expresa que «Cuando por razones de utilidad pública fuese necesario el uso transitorio de un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o de una universalidad determinada de ellos, podrá recurrirse a la ocupación temporánea», y el art. 58 que esta ocupación «...puede responder a una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita, o a una necesidad normal no inminente».

La finalidad de este procedimiento habilita al Estado a disponer el uso y goce de ciertos bienes, limitando su uso al particular que ve desmembrado de tal modo su dominio por un plazo determinado. No hay, como en la expropiación, una transferencia definitiva de la propiedad, sino solo una suspensión total o parcial de su libre disponibilidad.

El carácter temporal es esencial a este instituto y es lo que lo diferencia de la expropiación y la servidumbre. La vida de la ocupación temporánea acaba cuando se cumple el fin administrativo que determinó su existencia.

La ley 21.499 señala dos tipos de ocupación temporánea: la normal y la anormal.

La ocupación anormal tiene como motivo un 'estado de necesidad o emergencia' súbita (incendio, inundación, terremoto, etc.) que demanda una respuesta urgente.

El tiempo de la ocupación no podrá tener mayor duración que el lapso estrictamente necesario para satisfacer la necesidad pública que le dio origen, el que en todo caso no podrá superar los dos años (art. 64).

Es por las razones apuntadas que la ocupación anormal puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa y no da lugar a indemnización alguna

⁴³⁸ CJS, Tomo 81:443.

⁴³⁹ Maiorano, op. cit., pág. 142.

⁴⁴⁰ Farrando y Martínez, op. cit., pág. 519; Dromi

sino a la reparación por los daños y deterioros que se causaren a la cosa, o eventualmente, al pago de los daños y perjuicios debidos por el uso posterior con un destino ajeno al que motivó su ocupación (art. 56).

En la ocupación normal el Estado afronta una necesidad normal, no inminente, que debe estar fundada en utilidad pública que deberá ser declarada por ley.

El plazo será variable en función del régimen que se instituya al efecto, por la ley que declaró la utilidad pública con este destino. Si venciere y el bien no fuere restituído, el propietario está habilitado a intimar su reintegro y a iniciar, eventualmente, un proceso de expropiación irregular si no se concretare la devolución.

El propietario deberá ser indemnizado con arreglo a las pautas de la expropiación, debiendo ser la indemnización justa, actual, integral y previa, lo que atiende a la reparación el valor del uso y los daños y perjuicios ocasionados al bien ocupado, como también el valor de los materiales que se hubieren podido extraer del mismo.

Bibliografía sugerencia

- 1) Altamira Gigena, Julio Isidro, «Lecciones de Derecho Administrativo», Advocatus, 2005.
- 2) Bielsa, Rafael, «Derecho Administrativo», Tomo III, Ed. Buenos Aires, 1956.
- 3) Canosa, Armando, «El dominio público», en obra colectiva «Organización Administrativa, función pública y dominio público», Ediciones R.A.P., 2005.
- 4) Dromi, José Roberto, «Manual de derecho administrativo», Astrea, 1987.
- 5) Dromi, Roberto, «Derecho administrativo», Ciudad Argentina, 2004.
- 6) Farrando, Ismael y Martínez, Patricia (Directores), «Manual de Derecho Administrativo», Depalma, 1996.
- 7) Kaul, Inge; Grunberg, Isabelle y Stern, Marc A., «Bienes públicos mundiales», Oxford.
- 8) Linares, Juan Francisco, «Derecho administrativo», Astrea, 2000.
- 9) Maiorano, Jorge, «La expropiación. Ley 21.499», Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.
- 10) Mairal, Héctor, «Nuevas ideas en materia de dominio público», en obra colectiva «Organización Administrativa, función pública y dominio público», Ediciones R.A.P., 2005.
- 11) Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo III-A, Abeledo Perrot, 1993.
- 12) Villegas Basavilbaso, Benjamín, «Derecho Administrativo», Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, 1952.